



ROBERTO PARDOLESI

**CARTELLO E CONTRATTI DEI CONSUMATORI:
DA LEIBNIZ A SANSONE?**

LE Lab Working Paper
No. AT-02-2004

(Bozza - non citare)

CARTELLO E CONTRATTI DEI CONSUMATORI: DA LEIBNIZ A SANSONE?

Roberto Pardolesi

1.- Dopo la messe di commenti, per lo più critici, raccolti da Cass. n. 17475/02¹, l'ordinanza interlocutoria (in epigrafe *sub I*), nel rimettere al Primo Presidente della Cassazione la decisione circa l'opportunità di sottoporre al vaglio delle Sezioni Unite il ricorso avverso la decisione del giudice di pace di Avellino, offre l'opportunità per rivedere alcuni risvolti, fra i più delicati, della vicenda relativa alle 'restituzioni' dei premi assicurativi corrisposti alle imprese sanzionate dall'AGCM per violazione dell'art. 2 l. n. 287/90.

Cercando di affrancarci dai toni emotivi che hanno contrappuntato le varie fasi processuali del cartello assicurativo, così come le sue controverse ricadute legislative (v. d.l. n. 18/03, convertito in l. n. 63/03), mette conto ricordare che il problema non è solo quello di stabilire in concreto se gli assicurati abbiano, o no, a disposizione una via relativamente agevole per far valere le loro ragioni; si tratta, piuttosto (e in termini generali), di verificare la complessiva tenuta del sistema, affinché la soluzione divisata per il caso concreto non inneschi distorsioni sicuramente più gravi di quelle cui si vorrebbe porre rimedio. E proprio questo pericolo sembra annidarsi in una decisione intesa a negare, in prima approssimazione, che ai consumatori possa essere riconosciuta legittimazione attiva nell'azione di danni da illecito antitrust.

2.- Cominciamo da un'osservazione di buon senso. La richiesta risarcitoria presuppone l'illecito. Nel nostro caso, la distorsione del mercato. Chi ripercorra senza preconcetti la storia della disciplina antimonopolistica stenta ad distaccarsi dall'idea -"in principio c'era il monopolio"-- che, all'origine concettuale di tutto il cammino compiuto in materia, vi sia la percezione del dissesto causato dai comportamenti tipici del monopolista, indotto dalla situazione di potere di cui gode ad esercitare una leva assai forte nei confronti dei suoi malcapitati interlocutori. E' vero che, alla prova dei fatti, arginare la condotta unilaterale si è rivelato compito assai difficile, certamente più arduo di quello consistente nell'inquadrare e sanzionare le intese restrittive. Tanto difficile da indurre l'elaborazione più accorsata -nemmeno a dirlo, quella d'oltreatlantico-- a dismettere, meglio sottodimensionare, il versante del

¹ *Foro it.*, 2002, I, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni «extravagantes» per un illecito inconsistente* e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*; in *Danno e resp.*, 2003, 390, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 365, con nota di A. GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*; in *Corriere giur.*, 2003, 342, con nota di I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*.

comportamento individuale, se non nella sofferta (ed “ambigua”) versione della *monopolization* (e relativo *attempt*)². Ma si tratta di una scelta (di opportunità) che non è stata seguita, ad esempio, dalla disciplina comunitaria, risolutamente impegnata a ragionare in termini di abuso di posizione dominante e ad annoverare, al primo posto della tassonomia di condotte vietate a tale titolo, proprio quella consistente nell’imposizione di prezzi e condizioni contrattuali iniqui. Quanto dire che, se a dettare tariffe giugulatorie fosse stata, per avventura, l’unica compagnia assicurativa attiva nel mercato, l’illiceità della condotta consistente, appunto, nelle stipulare polizze estremamente gravose sarebbe apparsa plateale, con l’ovvia conseguenza di innescare la nullità dei relativi contratti di assicurazione³. In siffatte circostanze, nessuno avrebbe rivendicato l’autonomia e separatezza della fattispecie civilistica, per l’ovvia coincidenza tra atto di autonomia privata (in cui si è appunto dispiegato, *ex uno latere*, l’abuso) e condotta illecita.

Appena dietro l’angolo incalza un interrogativo, più retorico che spinoso. Che cosa cambierebbe se a profittare dei consumatori non fosse stata un’impresa singola, padrona del mercato, ma un pugno d’imprese, che in teoria si sarebbero dovute fronteggiare nell’agone concorrenziale, ma che in pratica hanno optato per la più comoda prospettiva di comportarsi collettivamente come un’impresa solitaria?

La risposta è scontata. Una volta chiarito che ad esser vietato è l’esercizio abusivo del potere monopolistico, poco importa se tale potere esista *ex se* in capo ad una impresa, arrivata a tale invidiabile posizione per “luck, superior products or business acumen”, oppure venga creato dal nulla per effetto della collusione tra due o più operatori; se mai, ai ‘congiurati’ può contestarsi qualcosa di più, non certo di meno, rispetto al responsabile di abuso di posizione dominante, nella misura in cui la concertazione anticoncorrenziale si pone come strumento per la creazione artificiosa di un potere di mercato altrimenti inesistente. Ne consegue che, in presenza dell’imposizione di prezzi sovracompetitivi, la coerenza del sistema antimonopolistico postula la condanna della pratica, a prescindere dalla portata unilaterale o collusiva della stessa. In altre parole, se si riconosce che l’utente finale, entrato in rapporto d’affari con l’impresa egemone, può agire per fare accertare l’abusività della condotta, inficiare di nullità il contratto in cui essa si sia tradotta ed ottenere il risarcimento dei danni subiti, non si vede per quale motivo lo stesso ragionamento, con i suoi inevitabili addentellati, non debba valere in presenza di un’intesa che abbia prodotto i medesimi inconvenienti.

² Vaghezza ed ambiguità sono, da sempre, lo stigma della giurisprudenza formatasi intorno alla *section 2* dello Sherman Act. Cfr., per un’analisi impietosa (ed un tentativo, macchinoso, di divisare un approccio atto a dissipare le nebbie), E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, disponibile sul sito SSRN.

³ Com’è noto, dopo qualche iniziale incertezza, dottrina e giurisprudenza si sono pressoché unanimemente orientate nel senso dell’invalidazione dei contratti in cui si sia tradotto il comportamento abusivo.

Per inciso, il passaggio dall'una fattispecie all'altra è destinato a rivelarsi, almeno per il profilo che qui interessa⁴, privo di rilevanza ove solo si tenga conto degli sviluppi registrati dalla nozione di dominanza collettiva. Consolidatasi a fatica nel perimetro più ostile, perché privo di esplicito supporto normativo, quello del controllo delle concentrazioni, essa si è progressivamente candidata come argine –l'unico disponibile– a situazioni in odore di parallelismo tacito da interdipendenza oligopolistica riconosciuta: fino a consentire, appunto, di rilevare un coordinamento là dove non solo mancano gli estremi formali dell'intesa, ma è addirittura plausibile ipotizzare una spiegazione razionale per l'autonomo comportamento del singolo operatore. Diventa allora evidente come la ricostruzione alla stregua d'intesa restrittiva *sub specie* di fissazione di prezzi iniqui (che, si badi bene, non ha a riversarsi necessariamente nel calco del contratto, ma può assumere i tratti, civilisticamente impalpabili, della concertazione comportamentale), ovvero di sintesi egemonica tra più imprese, ma comunque volta ad imporre prezzi iniqui, si ponga in termini di equivalenza potenzialmente assoluta (non a caso, la giurisprudenza europea intima, quando siano dedotte ad un tempo un'intesa vietata ai sensi dell'art 81 tratt. Ce e un abuso di *collective dominance*, di non 'riciclare', per la seconda ipotesi gli argomenti utilizzati per supportare la prima) e rivendichi una ricaduta applicativa tendenzialmente omogenea.

3.- Immaginare, sotto questo profilo, che la considerazione isolata dell'atto di autonomia 'a valle' (nel prezioso *Index verborum prohibitorum* di Floriano D'Alessandro la formula è giustamente messa all'indice; ma, per una volta, ci sentiamo di sfidare l'anatema per l'obiettivo difficoltà di rimpiazzarla con circonlocuzioni tollerabili) consenta di recidere i contatti con la *conspiracy* a monte significa rifugiarsi in una logica astrattamente parcellizzante, che trascura inevitabilmente la considerazione olistica del comportamento anticoncorrenziale: che c'è, o non c'è, a prescindere dal suo emergere, o no, nelle pieghe di una pattuizione⁵.

Più in chiaro (e sforzandosi di semplificare al massimo un passaggio che rischia di portarci troppo lontano). I contratti coinvolti in vicende antitrust sono di due tipi. Il primo è dato da pattuizioni che perseguono frontalmente lo scopo anticompetitivo, ne rappresentano il motore immobile. Il secondo gruppo è costituito da contratti in cui una parte è costretta ad accettare condizioni che l'altra è in grado di imporre sulla scorta di una precedente condotta illecita (intesa restrittiva) ovvero della propria posizione egemone: sogliono essere indicati, con formula a sua volta non felicissima ma certamente espressiva, come "fruit contracts"⁶. A questo filone rimonta la nostra fattispecie. Orbene,

⁴ Per altro verso, infatti, la differente prospettazione ha conseguenze a dir poco macroscopiche. La rilevazione dell'intesa sul prezzo è conclusiva, mentre l'abuso postula la dimostrazione dell'iniquità del prezzo stesso.

⁵ Cfr., al riguardo, gli incisivi rilievi di SCODITTI, cit., 1127 s.

⁶ V., amplius, M. S. GAL, *Harmful Remedies: Optimal Reformatory of Anticompetitive Contracts*, 22 *Cardozo L. Rev.* 91, 96-7 (2000).

dato un siffatto scenario, la pretesa di riguardare l'intesa restrittiva della concorrenza come avulsa dai suoi momenti attuativi (appunto i *fruit contracts*, contratti a valle) --sul presupposto dell'impossibilità di ravvisare un collegamento negoziale tra l'una e gli altri, con conseguente impossibilità di ammettere una propagazione della nullità dell'accordo di cartello alle singole fattispecie negoziali poste in essere dai partecipanti alla collusione-- non solo mette a nudo i limiti di una ricostruzione faticosa e incerta (perché esposta ad obiezioni formali di problematico superamento: come ci si collega ad un'intesa che non abbia tratti somatici negoziali e si cali, piuttosto, nel diverso calco del 'parallelismo consapevole?'); ma, nel segno di un'ottica risolutamente panprivatistica, dimentica che la situazione considerata si presta, con ben altra disinvoltura ed aderenza al dato fattuale⁷, ad essere inquadrata nei termini di una pratica complessivamente illecita, cui afferiscono come parte saliente --se si preferisce, proiezione comportamentale-- i contratti attuativi del disegno cospiratorio, altrimenti destinato a rimanere confinato al livello delle prave intenzioni (dal che discende, com'è ovvio, che detti contratti 'derivati', in quanto inficiati dalla loro afferenza alla trama anticoncorrenziale, siano sanzionati di nullità, secondo l'esplicita indicazione normativa).

In sostanza, viene in luce una relazione di strumentalità necessaria. E ciò in forza di un processo logico che fa il paio, salvi gli aggiustamenti di prammatica, con quello in virtù del quale lo scambio di informazioni è reputato illecito in quanto finalizzato ad attribuire alle imprese che lo pongono in essere un vantaggio strategico sotto il profilo della conoscibilità dei reciproci comportamenti sul mercato; vantaggio destinato a tradursi --ecco il punto!-- in profitti sovracompetitivi (se le informazioni scambiate fossero tenute in un cassetto e non venissero utilizzate, l'intervento antitrust non avrebbe ragione di esistere). Allo stesso modo il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita. Anche ammettendo, senza

⁷ Com'è stato correttamente rilevato, "l'ipotesi più frequente è che le intese non abbiano immediata incidenza sulla funzionalità ed efficienza del sistema di mercato, restando questa affidata ai singoli e ripetuti atti realizzati, nell'esercizio della propria attività, da ciascuno degli aderenti all'intesa conformemente alle norme di azione reciprocamente concordate. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'intesa si pone quale direttiva programmatica, fonte, più che di un obbligo per l'aderente, di una più generica regola di condotta, che trova poi attuazione ed esecuzione nelle concrete politiche commerciali adottate dalle imprese concertanti [...] Altrove, invece, una tale distinzione tra intesa e successiva attività contrattuale appare meno evidente [...] Sotto tale profilo, possono venire in rilievo ipotesi in cui le imprese non si limitano a concordare linee di azione comuni da adottare poi individualmente, ciascuna nei propri rapporti commerciali, trasponendole nel contenuto dei contratti da stipulare con le proprie utenze; bensì ipotesi in cui l'illecito coordinamento delle imprese ha direttamente luogo per l'aggiudicazione del ruolo di 'parte negoziale' nell'ambito di un rapporto che altrimenti non sarebbe venuto in essere". Così C. Lo Surdo, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in corso di pubblicazione in...

davvero volerlo concedere, che l'istituto contrattuale possa essere riguardato alla stregua di monade separata rispetto alla realtà economica cui si rapporta, sarebbe a dir poco controintuitivo imporre una soluzione di continuità rispetto ad un livello, quello della *conspiracy*, che ha senso pratico e dispiega le sue conseguenze negative solo in quanto si traduca operativamente nei contratti di mercato che si vorrebbero separati, autonomi ed indifferenti alla matrice da cui originano.

Va da sé --conviene appena aggiungerlo-- che quanto più abbia a maturare il convincimento circa l'atteggiarsi del diritto antitrust a strumento di completamento del diritto civile⁸, tanto più tenderà a rivelarsi sterile l'idea di scavare un solco fra dimensione negoziale e ricaduta effettuale, in termini antitrust, di un'intesa finalizzata a danneggiare il consumatore. Ma questo è discorso assai più impegnativo, che conviene rimandare ad altra occasione. Per il momento, basti ribadire riassuntivamente che, se non si mettono nel nulla le conseguenze (contrattuali) del cartello, si manca l'obiettivo più importante dell'*enforcement* antimonopolistico.

4.- La nullità è sanzione che mira a privare l'impresa dei frutti dell'illecito; e alimenta qualche interrogativo proprio perché appare, talora, inadeguata rispetto all'obiettivo. Per converso, il rimedio appare normalmente poco utile dal punto di vista di chi, nel ruolo di controparte, abbia subito l'altrui pressione anticompetitiva. In effetti, il riscatto per la vittima del *fruit contract* non alligna nel terreno dell'invalidità negoziale. Il contratto diventa mero elemento di una fattispecie di responsabilità aquiliana⁹.

5.- Sennonché, facendo leva su una lettura estrema dell'insegnamento secondo cui la normativa in materia tutela l'assetto concorrenziale del mercato --se si preferisce, rimarcando il suo respiro (dai più ancora considerato, con ostinazione, univocamente) pubblicistico--, Cass. 17475/02 ha ritenuto di subordinare la facoltà di valersi della tutela prevista dalla l. n. 287/90 alla qualifica di soggetto professionalmente attivo sul mercato (impresa), con esclusione di tutti coloro che vi operano, sì, ma affacciandovisi soltanto episodicamente (consumatori).

Qui, francamente, riesce più difficile capire. E non perché sia, se non smentita, certamente indebolita la metafora corrente che inclina a tradurre l'efficienza allocativa, quale stelle polare dell'*enforcement* antimonopolistico, in benessere dei consumatori. Piuttosto, l'art. 33, comma 2, l. 287/90 evoca l'esperibilità dell'azione di danni, al solo fine di indirizzarla alla competente corte d'appello

⁸ Ve n'è ampia testimonianza nel recente Regolamento n. 1400/2002 sulla distribuzione di autoveicoli, sul quale v. i contributi raccolti in *Contratto e Impr. - Eur.*, n. 1, 2003 e, in particolare, quello di C. OSTI, *Nelle pieghe del Regolamento sulla distribuzione automobilistica*, 49 ss.

⁹ Là dove, beninteso, questa traiettoria sia perseguibile. "In marked contrast with the situation in the US, private actions for damages or for injunctive relief are rare", osserva W. P. J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe* (in corso di pubblicazione, p. 19 del dattiloscritto), che però non esita a concludere che "this situation is a desirable one".

territoriale. Niente di più. Il resto è rimesso *per relationem* alla disciplina generale. Chi vuole potrà, a questo punto, intestardirsi nella ricerca del danno ingiusto e, magari, spingersi sino al punto di teorizzare che una situazione giuridica subiettiva protetta, in termini di diritto di libera iniziativa economica a valenza costituzionale, vada riconosciuta soltanto in capo all'impresa: col risultato, sulla falsariga della risalente elaborazione in materia di slealtà concorrenziale (magari aggiornata mercé la precisazione che il parametro della correttezza professionale di cui all'art. 2598, n. 3, c.c. ha *medio tempore* perso la caratteristica di tipico strumento di difesa endocorporativa, a favore di una graduale oggettivazione dell'ambito applicativo della relativa disciplina, estesa ora anche alla tutela della struttura concorrenziale del mercato¹⁰), di schiudere la tutela antimonopolistica ai soli concorrenti, ancorché coinvolti –quando si abbia a che fare con l'ipotesi di intesa restrittiva– nella perpetrazione dell'illecito. L'esito sconvolge: sulla scorta di un approccio in odore di formalismo oltranzistico, relega i consumatori nell'ingrato ruolo di figli di un dio minore, prigionieri di un paternalismo condiscendente e distratto¹¹. Ma, si obietterà, la riflessione giuridica non si lascia governare da valutazioni soltanto funzionalistiche, sì che è necessario verificare se quella indicata sia opzione dogmatica obbligata. La risposta è negativa. Anzi, l'analisi sottesa propugna un'alternativa di ben altra solidità, che ha il pregio di far tesoro dell'insegnamento delle Sezioni unite della Cassazione nell'ormai celebre sentenza n. 500 del 1999. Se è vero, infatti, che qualunque interesse, in qualche modo riconosciuto rilevante dall'ordinamento, integra –in quanto violato– gli estremi potenziali del danno ingiusto, non si vede perché l'utente finale, direttamente pregiudicato dalla stipulazione di una polizza assicurativa che prevede premi 'gonfiati' per effetto della collusione a monte, non potrebbe 'vendicare' le proprie ragioni sul piano risarcitorio. Qualche tempo fa, ove solo fosse stata prospettata una siffatta eventualità, si sarebbe denunciato con orrore lo sconfinamento nella *Differenztheorie*; oggi, invece, nessuno (o quasi) si azzarderebbe a negare che il danno sofferto dal consumatore integra gli estremi di un *vulnus* ad un interesse che l'ordinamento mostra, in molti e tangibili modi, di riconoscere come bisognoso e meritevole di protezione.

Altra storia, irta di ostacoli, quella della prova. Si danno certamente scenari in cui la verifica materiale del pregiudizio subito dal consumatore riesce di problematico accertamento e di ancor più volatile computazione. Ma non è così, almeno *prima facie*, nella vicenda che ci occupa. Di là dalle declamazioni sulle

¹⁰ Sul punto, seppur in termini meno espliciti, G.M. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, 2002, 115 ss.; e, per una traccia sostanziale quanto risalente nel tempo, C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975.

¹¹ Il modello, nemmeno a dirlo, è quello tradizionale della concorrenza sleale. Il suo recupero nella più allargata dimensione della disciplina antimonopolistica appare sorprendente e quasi diazonico, se rapportato alla risoluta spinta, in atto a livello comunitario, per schiudere ai consumatori la via della repressione della slealtà concorrenziale: v., in proposito la proposta di direttiva, presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003, in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

finalità della legislazione antimonopolistica¹², non si ha ragione di dubitare del fatto che, nella nostra fattispecie, vittima dell'illecito sia giusto l'utente che si vorrebbe tagliar fuori dal circuito risarcitorio, affidandone la tutela alla sola (e meritoria) repressione dell'Autorità e agli effetti indiretti (e, nel nostro caso, improbabili) delle azioni promosse da altre imprese.

Discorso di ben diverso tenore, s'intende, è quello relativo alla praticabilità, per il consumatore, della traiettoria segnata dall'art. 33, comma 2. E' persino ovvio ch'essa appaia, per tanti profili, accidentata (e più onerosa) fino al limite della concreta inagibilità. Ma con osservazioni di tal fatta ci ricolleghiamo al tema, noto quanto ancora irrisolto nei suoi nodi essenziali, circa la giustiziabilità di interessi diffusi in mancanza di strumenti di aggregazione, quali ad esempio le *class actions* dell'esperienza statunitense, capaci -ma a che prezzo!-- di trasformare in forza d'urto quella che, dalle nostre parti, pesa come debolezza strutturale da dispersione congenita dei *claims*. E' a dir poco improbabile che a distonie sistemiche così gravi si possa, persino occasionalmente, porre rimedio con interventi che, fors'anche ispirati da intenzioni apprezzabili, rischiano di scompaginare un sistema già sottoposto a tensioni devastanti. Da che mondo è mondo, correggere un errore con altro errore non ha pagato, se non in un'ottica miope di brevissimo periodo e respiro.

6.- Ai fini che qui interessano alcune considerazioni utili sembrano potersi desumere anche dalla recente produzione legislativa comunitaria. L'attribuzione ai giudici nazionali del potere di applicare, parallelamente alla Commissione, l'art. 81 nella sua interezza, unitamente all'esplicita enunciazione che tale norma punta a tutelare la concorrenza sul mercato (cfr. il Considerando n. 9 del Regolamento 1/2003¹³) e l'efficiente allocazione delle risorse (in tal senso si esprime il progetto di Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, consultabile al sito Internet della Commissione) contribuiscono non poco ad esaltare l'aspetto privatistico del diritto antitrust, come pure il ruolo delle posizioni giuridiche soggettive suscettibili di essere lese da condotte illecite¹⁴. Da parte sua, inoltre, la Corte di

¹² Senza neppure risalire ai dialoghi sui massimi sistemi, tornerà utile rinviare alle pagine di S. NORBERG (responsabile della DG IV), *Competition Policy of the European Commission: In the Interest of Consumers*, disponibile sul sito della Commissione, ove, tra l'altro, si lamenta "[t]he lack of a clear set of rules and economic incentives for claims of damages in the EU member States" per l'impatto negativo che questo stato di cose ha prodotto sui consumatori, "who are not able to make their interests prevail in terms of claims for damages in court". Cosa ancor più grave ove si consideri che, se la nullità del contratto è una sanzione forte, essa "is not sufficient to make good the loss caused by anti-competitive behaviour" (p. 28).

¹³ Reg. (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *G.U.C.E.* del 4 gennaio 2003, L 1.

¹⁴ Non sarà vano ricordare che la "funzione essenziale" delle giurisdizioni nazionali "nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie" si appunta proprio sulla tutela dei "diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati": obiettivo coltivato "in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni" (Reg. 1/2003, Considerando n. 7, corsivo aggiunto).

giustizia non ha esitato a sottolineare la necessità di assicurare a chiunque – persino al corresponsabile dell’accordo limitativo: ma, attenzione!, perché “Mr Crehan is a publican”¹⁵--il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti per effetto di una condotta anticoncorrenziale, pena la vanificazione dell’effetto utile del divieto contenuto nell’art. 81, n.1. Ne discende che l’impronta pubblicistica, la quale continua a caratterizzare la normativa antitrust comunitaria ed interna (senza peraltro esaurirne la *ratio*), non si presta ad essere utilizzata a mo’ di schermo per costruire una teoria della nullità antitrust ad uso e consumo delle imprese. Salvi casi eccezionali, i contratti conseguenti all’intesa restrittiva sovrastante –per certo, quelli sbocciati nel solco del cartello assicurativo-- non costituiscono mere «ricadute estreme» dell’illecito anticoncorrenziale, né sono presieduti da una «logica giuridica interna» autonoma rispetto a quella inquadrata dalla disciplina antitrust.

Sarebbe poi addirittura paradossale cercare supporto nella dinamica oggetto/effetto, a tenore della quale, in presenza di un accordo con contenuto intrinsecamente anticoncorrenziale, non è necessario procedere all’esame delle conseguenze dell’accordo, quasi che la possibilità di arrestare l’indagine all’un livello, *i.e.* alla constatazione di un’intesa vietata *per se*, valesse a corroborare la soluzione di continuità rispetto a quel che si verifica all’altro livello. L’illiceità dell’oggetto serve ad alleviare l’onere probatorio a carico di chi debba dimostrare la violazione; e non vale a togliere dal giro gli effetti, quando essi sono palpabili. Un’impostazione che, in nome di una ricostruzione teorica (tra l’altro, deputata a svolgere la diversa funzione di giustificare un *enforcement* relativamente sommario), precludesse l’opportunità di rimediare a guasti d’immediata evidenza sarebbe, conveniamone, ben più che abdicativa.

7.- Ritorniamo, per una battuta finale che era rimasta nella penna, al primo profilo. La nullità dei contratti attuativi, ha osservato qualcuno, avrebbe ripercussioni catastrofiche: azzerare rapporti che hanno per intero dispiegato i propri effetti metterebbe capo ad un’avventura improponibile e capricciosa. Ma l’obiezione prova troppo, un po’ perché ragionare *ab inconvenienti* non aiuta a ricostruire il quadro secondo linee congruamente sistematiche, e molto più perché la minaccia è evocata con toni sinistri, ma non suffragata dalla ricognizione della reale operatività dei meccanismi restitutori. Che, a volerla condurre seriamente, promette di dare risultati sorprendenti.

¹⁵ Così suona l’incipit della pronuncia –innanzi tutto, una mirabile pièce letteraria-- resa da Justice Park, della High Court, Chancery Division, nel caso *Crehan v. Innpreneur Pub Co.* (26 giugno 2003), ricaduta britannica di una decisione comunitaria famosa perché ‘sconvolgente’: Corte giust. Ce 20 settembre 2001, *Courage v. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con note di A. PALMIERI e R.PARDOLESI, di E. SCODITTI e Gius. ROSSI.