

La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*

SAGGI

Giovanni Stella**

Sommario: 1. Il problema delle fideiussioni conformi a uno schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità *Antitrust*. – 2. Le clausole della fideiussione *omnibus* dichiarate anticoncorrenziali. – 3. Il quadro interpretativo antecedente all'intervento delle Sezioni Unite. – 4. Le Sezioni Unite e la «nullità derivata» parziale del contratto di fideiussione che riproduce le clausole dello schema ABI dichiarate lesive della concorrenza. – 5. I rimedi a disposizione del fideiussore – e del contraente finale in genere – fra tutela reale o esclusivamente risarcitoria. – 6. Nullità parziale del contratto di fideiussione «a valle» dello schema ABI: presupposti e conseguenze. – 7. Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno. – 8. Applicabilità del principio della nullità parziale anche alla fideiussione specifica.

Con una nota sentenza, le Sezioni Unite della Cassazione enunciano la nullità parziale dei contratti di fideiussione contenenti clausole corrispondenti a quelle di uno schema ABI dichiarate illecite, per lesione della libertà di concorrenza, dall'Autorità *antitrust*. La soluzione della nullità parziale, nell'ambito specifico delle fideiussioni conformi allo schema ABI, appare equilibrata e di buon senso, offrendo una forma minima di tutela del fideiussore senza penalizzare eccessivamente gli istituti di credito, in piena conformità con il contenuto del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza n. 55/2005. Tuttavia, la soluzione della nullità delle clausole dei singoli contratti che riproducono il contenuto di clausole di un'intesa fra imprese dichiarata anticoncorrenziale può destare qualche perplessità e presentare aspetti più problematici, allorché dall'ambito specifico delle fideiussioni ABI si passa a un piano più generale degli altri tipi di contratto per cui si presenta la questione del riflesso di un'intesa fra imprese dichiarata lesiva della concorrenza sui singoli contratti stipulati con gli utenti finali.

In a well-known ruling, the United Sections of the Supreme Court declare the partial nullity of surety contracts containing clauses similar to those of an ABI scheme, which have been declared illegal by the Antitrust Authority for violation of the freedom of competition. The solution of partial nullity appears balanced and reasonable in the specific context of ABI-like guarantees, as it provides a minimal form of protection for the guarantor without unduly penalizing credit institutions, which is fully in line with the content of the Competition Authority's Regulation No. 55/2005. However, the solution of invalidating the clauses of individual contracts that reflect the content of clauses of an enterprise agreement declared anti-competitive may cause confusion and have more problematic aspects when moving from the specific scope of ABI guarantees to a more general level of other types of contracts for which the question of reflecting an enterprise agreement declared anti-competitive in individual contracts with end users arises.

Parole chiave: Contratti di fideiussione – Schema ABI – Autorità Antitrust – Nullità parziale – Surety contracts – ABI regulation – Antitrust Authority – Partial nullity

* Contributo pubblicato a seguito di valutazione.

** Professore ordinario di Diritto privato, Università di Pavia, giovanni.stella@unipv.it.

1. Il problema delle fideiussioni conformi a uno schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Antitrust.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 41994/2021 (1), affronta il problema delle fideiussioni *omnibus* predisposte unilateralmente dalle banche in base a uno schema uniforme di «Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie», redatto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel 2002 e dichiarato dall'Autorità amministrativa competente parzialmente illecito, perché in contrasto con la legge che vieta le intese restrittive della concorrenza ossia la l. cosiddetta *antitrust* del 1990 n. 287.

Nel 2005, infatti, la Banca d'Italia, all'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi (2), anche in base a parere conforme dell'AGCM (n. 14251/2005), aveva stabilito che alcune clausole di quello schema ABI sulla fideiussione *omnibus* (artt. 2, 6 e 8), in quanto applicate in modo uniforme dalle banche, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a), della l. *antitrust*.

Prima di addentrarsi nell'esame della pronuncia delle Sezioni Unite, è opportuno descrivere brevemente la fattispecie concreta – caratterizzata da alcuni aspetti particolari – che ne sta alla base. La società per azioni X stipulava con la banca Y, in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di mutuo, per l'importo complessivo di € 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di € 166.000,00, che venivano sottoscritte da un socio della società X, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006. Con successive raccomandate a partire dal 9 febbraio 2009, l'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto. In data 8 agosto 2011, la banca Y depositava presso il Tribunale di Torino ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del fideiussore al pagamento – in relazione alle due fideiussioni – delle

somme di € 56.795,37 e di € 50.385,34. Il Tribunale adito emetteva, quindi, in data 9 agosto 2011, il richiesto provvedimento monitorio, nei confronti del quale l'intimato proponeva opposizione. Il procedimento veniva, tuttavia, sospeso – su istanza dell'opponente – ai sensi dell'art. 295 c.p.c., avendo il medesimo instaurato, nelle more del giudizio di opposizione, altro procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma, ai sensi dell'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, per ivi sentire accertare la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287/1990, dei predetti contratti e l'inesistenza di qualsiasi debito nei confronti dell'istituto di credito, con condanna dello stesso al risarcimento dei danni e alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia. In via subordinata, ferma la richiesta di cancellazione dalla Centrale Rischi, il fideiussore chiedeva dichiararsi la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti della società X, a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 1957 c.c. Osservava, infatti, l'attore che la banca convenuta aveva depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi, previsto dalla norma succitata, dall'ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti.

Con sentenza n. 3746/2016, depositata l'11 giugno 2016 la Corte d'appello di Roma dichiarava la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causata; respingeva la domanda di risarcimento del danno patrimoniale; condannava la banca Y al pagamento in favore del fideiussore, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di € 5.000,00 e ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del fideiussore alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

Avverso tale pronuncia la banca Y proponeva ricorso per cassazione affidato a quattro motivi.

Con ordinanza interlocutoria n. 11486/2021, depositata il 30 aprile 2021, la Prima Sezione civile della Suprema Corte, investita del ricorso, rilevava che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nel-

(1) Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, pubblicata, tra l'altro, in *Pactum (online)*, 24 febbraio 2022, con nota di Molinaro.

(2) Si tratta del Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 L. n. 287 del 1990, vigenti fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005.

le intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, comma, 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, non vi fosse accordo in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi – in sostanza – delineate tre soluzioni: a) nullità totale del contratto a valle; b) nullità parziale di tale contratto, ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) tutela risarcitoria. La prima sezione rimetteva, pertanto, la controversia alle Sezioni Unite, perché venisse data risposta ai seguenti quesiti: «a) se la coincidenza totale o parziale delle fideiussioni con lo schema ABI ritenuto lesivo della concorrenza giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno da parte del danneggiato; b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere; c) se sia, pertanto, ammissibile o meno una dichiarazione di nullità solo "parziale" della fideiussione; d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza tra la fideiussione e lo schema ABI, la potenziale volontà del fideiussore di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia senza le clausole invalide; ovvero, rimosse le clausole invalide, si realizzi un mutamento tale dell'assetto d'interessi derivante dal contratto, da dover condurre necessariamente ad una nullità dell'intera fideiussione».

2. Le clausole della fideiussione omnibus dichiarate anticoncorrenziali.

La S.C., nella sentenza a Sezioni Unite n. 41994/2021, indica preliminarmente quali sono le clausole della fideiussione dichiarate anticoncorrenziali⁽³⁾ e le ragioni del contrasto con la l. n. 287/1990.

Le clausole di cui si discute sono tre. Si tratta dell'art. 2 (cosiddetta clausola di reviviscenza): «il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni pagate dal debitore e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo» (ad esempio, a seguito di revocatoria fallimen-

tare nei confronti del debitore); dell'art. 8 (cosiddetta clausola di sopravvivenza): «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate»; infine, dell'art. 6 (cosiddetta clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) relativa all'esonero della banca dal rispetto dei termini previsti dall'art. 1957 c.c. «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato».

Quanto alle ragioni per cui l'Autorità Garante ha considerato restrittive della libertà di concorrenza le tre clausole menzionate dello schema ABI, va premesso che lo schema uniforme ABI sulla fideiussione rientra, in linea di principio, come tipologia di atto, nell'ambito di applicazione del divieto delle intese anti-concorrenziali di cui all'art. 2 della legge antitrust a tutela della concorrenza e del mercato.

La l. n. 287/1990 mira a garantire un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali fra imprenditori, tutelando la libera competitività sul mercato⁽⁴⁾. L'art. 2 («Intese restrittive della libertà di concorrenza») vieta «le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali [...]» (comma 2), prevedendo che «Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» (comma 3). L'art. 33 («Competenza giurisdizionale») stabilisce, a sua volta, che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno [...] sono promoss[e] davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni»⁽⁵⁾.

(4) Come osserva la stessa Cass., sez. un., n. 41994/2021, cit., la normativa antitrust discende direttamente dall'art. 41 Cost. (sul punto, v. §§ 2.4 e 2.4.1. della motivazione).

(5) Tali norme sono state emanate sulla scia dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex articolo 81, paragrafo 3, del Trattato Comunità Europea): «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

(3) Lo schema ABI di «Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie» si compone di tredici articoli, che disciplinano l'oggetto della garanzia *omnibus* (art. 1), gli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), gli obblighi e le facoltà della banca (artt. 5, 9, 11 e 12); infine, l'art. 13 individua le clausole ritenute non applicabili alla fideiussione prestata da un soggetto che rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-bis, comma 2, c.c. a favore di un soggetto che presenti la medesima qualità.

Lo schema ABI è proprio un'intesa fra imprese bancarie (6) e le clausole in questione, in quanto fissano condizioni contrattuali applicate in modo uniforme, possono appunto limitare la libertà di concorrenza. Infatti la concorrenza fra imprenditori si articola sia sulle condizioni economiche ma anche sulle condizioni puramente contrattuali del negozio; tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio viene offerto.

Va però precisato che queste tre clausole sono state dichiarate anticoncorrenziali non semplicemente per il fatto di essere applicate in modo uniforme (anche perché in tal caso tutte le clausole dello schema ABI avrebbero dovuto essere dichiarate anticoncorrenziali, o comunque almeno altre clausole che prevedono obblighi a carico del fideiussore) (7).

Secondo la valutazione dell'Autorità Garante, le tre clausole in questione imporrebbero al fideiussore oneri ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla disci-

ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; [...]. 2. «Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto».

(6) Più specificamente, art. 2, comma 1, della l. n. 287/90 considera intese (che possono essere restrittive dalla concorrenza) gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché «*le deliberazioni [...] di [...] associazioni di imprese*». Pertanto, le condizioni generali di contratto predisposte dall'ABI relativamente alla «fideiussione bancaria», in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 287/1990 (cfr. provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia).

Al riguardo Cass., sez. un., n. 41994/2021, cit., osserva (§ 2.5.1): «l'art. 2 della l. "antitrust", allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico [...]. Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche. Tale distorsione ben può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici [n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio] meramente "unilaterali" (Cass., 1° febbraio 1999, n. 827)».

(7) Cfr. sul punto e su alcuni vantaggi dell'uniformità contrattuale, evidenziati anche dalla Banca d'Italia, RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 577 ss., in particolare 582.

plina ordinaria (8) senza un'adeguata giustificazione, ossia privilegiando in modo ingiustificato l'interesse delle banche. L'applicazione uniforme delle suddette clausole impedirebbe, pertanto, ai fideiussori di patuire sul punto condizioni contrattuali più eque (9).

Benché si tratti di profilo non richiamato nella sentenza delle Sezioni Unite, pare opportuno precisare che, sempre in base al giudizio dell'Autorità Garante (v. § 81 del Provvedimento n. 55/2005), non sarebbe ingiustificato – nel quadro di un equo contemperamento degli interessi delle parti – l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola di pagamento «a prima richiesta» (cfr. art. 7 dello schema: «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio»). Secondo una diffusa interpretazione, in base alla clausola «a prima richiesta» il fideiussore non potrebbe opporsi al pagamento immediato di quanto domandato dalla banca, ma potrebbe sollevare eccezioni relative al contratto principale dopo avere effettuato il pagamento (secondo il modello della clausola cosiddetta «*solve et repete*» ex art. 1462 c.c.), al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca che, in quanto soggetto solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione. Come si osserva nel provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, la clausola «a prima richiesta» viene così a soddisfare un'esigenza fondamentale di protezione del credito bancario, in quanto consente alla banca di pretendere il pagamento dal garante in via immediata, senza dover esperire a tal fine onerose procedure giudiziarie (o comunque, senza dover attendere il provvedimento conclusivo del giudice). La clausola risulta funzionale, se non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario; in altri termini, senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non verrebbe accettata e non verrebbe quindi concesso il finanziamento. Ne consegue, sul piano della tutela della competitività del mercato, che l'uniformità di questa clausola sarebbe motivata dall'esigenza di garantire una necessaria tutela al credito bancario, senza alcun ingiustificato

(8) Su questi aspetti, cfr. nel dettaglio §§ 84-86 del Provvedimento della Banca d'Italia.

(9) Cfr. § 60 del Provvedimento della Banca d'Italia: l'adozione generalizzata da parte di tutte le banche di queste tre clausole determina effetti anticoncorrenziali perché comporta un'uniformità in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela e impedisce la contrattazione di condizioni migliori.

aggravio della posizione del fideiussore e senza una lesione della libertà di concorrenza (10).

L'Autorità Garante antitrust, ciò premesso e considerato, ha così disposto in conclusione: «a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono lesive della concorrenza in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della l. n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza» (11).

Poiché negli anni successivi la maggior parte delle banche ha continuato a lasciare inalterate nei contratti stipulati con i fideiussori le clausole di cui sopra, si è posto il problema se la nullità delle clausole del modello ABI, dichiarata dall'Autorità antitrust, determini anche la nullità di tali clausole in quanto riprodotte nei singoli contratti di fideiussione «a valle» fra banca e garanti o se il rimedio sia soltanto quello risarcitorio di cui all'art. 33, l. n. 287/1990; con l'ulteriore problema, in caso di risposta nel primo senso, di dover verificare se tale nullità parziale possa addirittura estendersi all'intero contratto (cfr. art. 1419 c.c., secondo cui la nullità di singole clausole importa la nullità totale del contratto se risulta che le parti non avrebbero stipulato il contratto senza le clausole nulle) (12). In

(10) Viceversa, sempre secondo il Provvedimento dell'Autorità Garante (§ 96), la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e le cosiddette clausole di «sovpravvivenza» e «reviviscenza» della fideiussione non sarebbero funzionali e necessarie per garantire l'accesso al credito bancario. Tali clausole, infatti, avrebbero lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza di obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

(11) Come non mancano di sottolineare le Sezioni Unite nella sentenza in commento, la valutazione anticoncorrenziale delle clausole in questione non riguarda la loro difformità dal regime civilistico, profilo irrilevante dal punto di vista antitrust, fermo restando che queste clausole di deroga in sé sono state ritenute valide nella giurisprudenza di legittimità.

(12) Dopo un lungo periodo in cui la vicenda è rimasta, per così dire, dormiente e quiescente, a seguito della sentenza di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, 1063, con nota di FEDERICO, si è cominciata a diffondere fra gli operatori giuridici la tesi della nullità (parziale, se non addirittura totale) delle fideiussioni che ancora oggi riproducono le clausole del modello ABI dichiarate all'epoca illecite dall'autorità Garante (perché lesive della concorrenza). Come detto, tali clausole sono sostanzialmente riprodotte nella maggior parte dei contratti di fideiussione stipulati tra le banche e i garanti, e da qui la notevole rilevanza pratica della questione, posto che dal 2017 i fideiussori hanno iniziato ad eccepire o a far valere la nullità dei contratti stipulati in quanto conclusi in contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma

altri termini, come affermano le Sezioni Unite nella sentenza in commento, si tratta di valutare gli effetti prodotti dall'illecito antitrust rilevato, «a monte», dal provvedimento della Banca d'Italia sulle fideiussioni stipulate «a valle» tra la banca e il fideiussore, chiedendosi se al garante spetti una tutela «reale», ossia a carattere «demolitorio», oppure una tutela esclusivamente risarcitoria.

3. Il quadro interpretativo antecedente all'intervento delle Sezioni Unite.

Le incertezze interpretative sulla tematica in esame derivano principalmente dalla circostanza che la disciplina *Antitrust* non si pronuncia espressamente sulle conseguenze dell'illiceità dell'intesa a monte sui contratti «a valle» (ma v. in senso diverso proprio le Sezioni Unite nella sentenza qui commentata, *infra*). L'art. 2 della l. n. 287/1990 prevede testualmente solo la nullità dell'intesa anticoncorrenziale «a monte» e l'art. 33 regola, sotto il profilo della competenza giurisdizionale, le azioni di nullità (sembrerebbe sottinteso, dell'intesa (13)) e il risarcimento del danno, ma nessuna norma prevede la nullità del contratto «a valle».

Il problema è reso complesso e delicato anche dalla necessità, nell'affrontare l'argomento specifico delle fideiussioni conformi allo schema ABI, di rapportarsi al tema più generale della sorte dei contratti stipulati «a valle» di un'intesa anticoncorrenziale «a monte» dichiarata illecita, rispetto al quale pure sussiste una varietà di indirizzi interpretativi. Si pensi ai casi del «cartello» fra compagnie di assicurazione con cui venga fissato un premio uniforme elevato per una certa polizza, impedendo all'assicurato di stipulare una polizza con un premio inferiore, dell'accordo fra imprese per stabilire un prezzo di vendita uniforme di un certo prodotto o dell'intesa fra alcuni istituti di credito in relazione alla determinazione dell'indice dei tassi Euribor (14). Anche per tali ipotesi si pone il problema della

2, lett. a), della l. n. 287 del 1990, naturalmente laddove la banca avesse chiamato in giudizio o fosse stata in procinto di chiamare in giudizio il garante in relazione al mancato pagamento del debito principale.

(13) Così, ad esempio, Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Italgire*.

(14) Con decisione del 4 dicembre 2013 la Commissione *antitrust* Europea ha accertato l'esistenza, tra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008, di un'intesa anticoncorrenziale tra alcune banche europee – basata su un reciproco scambio di informazioni – avente ad oggetto il tasso Euribor ufficiale e comportante una indebita maggiorazione di tale tasso. Si discute se i singoli mutuatari possano far valere la nullità delle clausole che richiamano tale indice nella determinazione del tasso d'interesse, con conseguente nullità del tasso di interesse indicizzato Euribor, per l'intero periodo 29

sorte dei singoli contratti (di assicurazione, di vendita, di finanziamento ecc.) che sotto il profilo del premio o degli interessi riproducano, in tutto o in parte, un'intesa fra imprese dichiarata illecita perché anticoncorrenziale. Pertanto, la soluzione che si ritiene di fornire alla questione specifica delle fideiussioni conformi allo schema ABI dovrebbe anche essere confrontata e risultare coerente con una risposta alla medesima questione da un punto di vista generale.

In fase di premessa, le Sezioni Unite svolgono un'ampia ricognizione giurisprudenziale e dottrinale sui vari indirizzi interpretativi, con riferimento sia al tema specifico delle fideiussioni conformi allo schema ABI sia alla materia più generale della sorte dei contratti «a valle» attuativi, in tutto o in parte, di un'intesa anticoncorrenziale, in quanto conclusi da terzi con le imprese che hanno posto in essere le intese illecite. Anche alla luce dell'indicato dettato normativo, la giurisprudenza di legittimità meno recente⁽¹⁵⁾ ha affermato che, in caso di contratto che riproduca, in tutto o in parte, il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della normativa *antitrust*, va esclusa la legittimazione del consumatore a proporre una qualsiasi forma di azione; il diritto al risarcimento del danno – per la violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza (art. 33, l. n. 287/1990) – non può essere fatto valere dai singoli c.d. «consumatori finali» (spettando tale risarcimento solo alle imprese che non hanno partecipato all'intesa).

Successivamente, con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 20 febbraio 2005, n. 2207⁽¹⁶⁾ si è riconosciuto che il consumatore, il quale sia danneggiato da un contratto che non ammette alternative per effetto di una intesa anticoncorrenziale illecita, possa chiedere sia l'accertamento della nullità

settembre 2005-30 maggio 2008, sua sostituzione con l'interesse legale e restituzione degli interessi pagati in eccesso.

(15) Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Italgire* in relazione al caso di un'intesa fra 40 compagnie di assicurazione per fissare un certo prezzo di un tipo di polizza elevato e «gonfiato» rispetto alla media europea.

Le Sezioni Unite menzionano la pronuncia di cui nel testo nel § 2.5.2. della motivazione, peraltro riferendola a un caso di fideiussioni ABI.

(16) In *Mass. Foro it.*, 2005. Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, analogo a quello di cui alla nota precedente, il consumatore finale aveva convenuto in giudizio la propria compagnia di assicurazioni, chiedendo il rimborso del 20% del premio corrisposto per una polizza di RC-auto, assumendo che l'ammontare del premio era stato abusivamente influenzato dalla partecipazione dell'impresa assicuratrice a un'intesa fra compagnie dichiarata illecita dall'Autorità competente.

di tale intesa, che il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 33 della l. n. 287 del 1990. Sembra, pertanto, che questa sentenza della Corte di Cassazione abbia sottolineato la differenza che ricorre tra gli accordi «a monte», e cioè le intese, – sanzionate dalla nullità – ed i contratti stipulati «a valle», in relazione ai quali può essere esercitata solo l'azione risarcitoria⁽¹⁷⁾.

In ulteriori precedenti la Corte di Cassazione, con riferimento ad ipotesi diverse dalla fideiussione, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha ristretto la tutela alla proponibilità della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale: «Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti»⁽¹⁸⁾.

Sulla scia di questi precedenti la Procura Generale – nelle «Conclusioni depositate ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con

(17) Si noti, tuttavia, che le Sezioni Unite in commento (n. 41944/2021), dopo aver riportato il principio espresso da Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, di cui sopra nel testo, hanno tratto dalla motivazione della stessa sentenza spunti ritenuti decisivi per la tesi della nullità dei contratti «a valle» dell'intesa vietata: «2.5.4.1. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che “il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile”. In altri termini – stante il “collegamento funzionale” con la volontà anti-competitiva a monte – ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale».

Le Sezioni Unite qui commentate valorizzano inoltre il principio – sempre espresso da Cass., sez. un., n. 2207/2005, cit., – secondo cui la l. antitrust «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti». Anche in tale prospettiva questa pronuncia legittimerebbe il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria (cfr. Cass., sez. un., n. 41994/2021, cit., § 2.12.1).

(18) Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Italgire*; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, *ibidem*; Cass. 20 giugno 2011 n. 13486, *ibidem*.

modificazioni, dalla l. n. 176/2020» (19) – ha argomentato che la vigente normativa *antitrust* nazionale ed europeistica non contiene in sé alcuna previsione che venga a orientare nel senso della nullità dei contratti «a valle», proponendo il seguente principio di diritto: «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti «a valle» mantengono inalterata la loro validità (20) e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito – previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa».

Per la Procura Generale, quindi, unica conseguenza della riproduzione «a valle» dell'intesa anticoncorrenziale sarebbe il risarcimento del danno per fatto illecito, dovendosi, viceversa, escludere qualsivoglia nullità contrattuale. Il risarcimento del danno troverebbe il suo fondamento nella circostanza che lo schema uniforme predisposto dall'ABI, senza alternative, ha costretto il fideiussore a subire condizioni contrattuali svantaggiose e peggiori di quelle che avrebbe potuto pattuire, se non ci fosse stata l'intesa restrittiva della concorrenza. Si tratterebbe di un danno inquadabile giuridicamente nell'ambito della responsabilità precontrattuale derivante da un contratto validamente stipulato, ma a condizioni di minore convenienza per il fideiussore, sulla base del contegno sleale di uno dei contraenti (omessa comunicazione

(19) V. le Conclusioni in *dirittobancario.it*.

(20) V. Conclusioni, 9: «I contratti fra la singola impresa (partecipante all'intesa vietata) ed il cliente sono comunque espressione dell'autonomia privata dei contraenti e l'aver inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto «a valle» di una autonoma ragion di essere e della sua validità». Cfr. già Trib. Ancona, 12 novembre 2019, n. 1914, in *One Legale* «I contratti fra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti, ovvero da una autonoma manifestazione di consenso da cui può discendere indubbiamente anche l'eventuale recepimento all'interno del regolamento contrattuale delle singole clausole eventualmente riproduttive dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa bancaria uniformi al programma anticoncorrenziale le manifestazioni della propria autonomia privata, non appare sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica».

alla controparte delle cause di illiceità del contratto – ossia l'intesa fra imprese – conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza dall'istituto di credito ai sensi dell'art. 1338 c.c.) (21).

Nell'ottica, invece, della nullità dei contratti «a valle», e con riferimento specifico alle fideiussioni conformi allo schema ABI, viene richiamata la sentenza (già sopra menzionata) di Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, in particolare nel passaggio della motivazione in cui la stessa afferma: «allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle “intese”, non [ha] inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». In tal modo, secondo la sentenza delle Sezioni Unite in commento, la pronuncia in esame si porrebbe nella direzione della nullità complessiva e totale, sia della intesa «a monte» (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione «a valle» (22).

Nonostante l'assenza di una previsione normativa espressa, sono state elaborate varie teorie sulla nullità dei contratti «a valle» con l'utente finale, puntualmente richiamate dalle Sezioni Unite.

In base alla motivazione di fondo di tali teorie, in caso di accordo fra imprese dichiarato illecito perché anti-

(21) Nella parte finale delle Conclusioni, 12, la Procura prevede la legittimità dell'azione risarcitoria laddove si dimostri il maggior aggravio economico derivante dall'operazione complessiva, eventualmente anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. come danno da «perdita di chance».

(22) Nel senso della invalidità dei contratti «a valle», le Sezioni Unite citano anche quella giurisprudenza secondo cui la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di nullità e di risarcimento del danno prevista dall'art. 33 della l. n. 287 del 1990, spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorché egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione. E ciò tanto ove sia spiegata un'azione risarcitoria, quanto se sia promossa un'azione restitutoria ex art. 2033 c.c., poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene di aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonché l'impossibilità giuridica che essa produca effetti successivi (Cass., 13 luglio 2005, n. 14716, in *Italggiure*; Cass. 21 gennaio 2010, n. 993, *ibidem*). Se ne deve inferire – sempre secondo le Sezioni Unite – che, anche per le decisioni citate, la nullità dell'intesa «a monte» si riverbera sul contratto stipulato «a valle», che ne costituisce un conseguenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullità del contratto medesimo.

concorrenziale, i singoli contratti «a valle» tra un'impresa partecipante all'intesa e un consumatore finale, riproducenti una o più clausole dell'intesa, costituirebbero sostanziale esecuzione della stessa e realizzerebbero in concreto proprio quegli effetti restrittivi alla libertà di concorrenza che la normativa *antitrust* intende reprimere; la sanzione della nullità dell'intesa sarebbe priva di effettività e risulterebbe *inutiliter data* qualora non potesse estendersi anche ai singoli contratti che ne costituiscono attuazione. In altri termini, avrebbe rilievo decisivo il dato di partenza per cui tutte o alcune clausole di un'intesa fra imprese vengono dichiarate illecite in quanto alterano la libera concorrenza: se poi una di quelle imprese stipula un singolo contratto con il consumatore che riproduce proprio tali clausole, il singolo contratto viene a distorcere effettivamente la libera concorrenza nel mercato e deve essere a maggior ragione dichiarato nullo. Ad esempio, se in base a un «cartello» fra imprese viene fissato il prezzo uniforme di vendita di un certo prodotto che impedisca o renda notevolmente più difficile la pattuizione di un prezzo inferiore più favorevole al contraente debole, la sopravvivenza delle clausole di sovrapprezzo nei contratti «a valle» farebbe sì che il mercato conservi quella struttura anticoncorrenziale la cui formazione il legislatore ha inteso espressamente prevenire. Analoga considerazione vale per il caso delle fideiussioni *omnibus* «a valle» che riproducono le clausole dell'intesa «a monte» dichiarate illecite perché anticoncorrenziali, e quindi perpetuano nei singoli contratti l'assetto anticoncorrenziale che l'ordinamento vuole reprimere, tanto più considerandosi che le fideiussioni conformi allo schema ABI sono contratti stipulati in serie.

Proprio l'assenza di una previsione normativa espresa nella normativa *antitrust* ha sollecitato un'ampia gamma di più specifiche argomentazioni tecnico-giuridiche per giustificare la soluzione della nullità.

La nullità del contratto «a valle» sarebbe un'ipotesi di nullità derivata o indiretta (o per vizio riflesso): se i singoli contratti «a valle» riproducono le condizioni contrattuali dell'intesa nulla, la nullità di quest'ultima si rifletterebbe indirettamente sui singoli contratti finali (23). Più specificamente, si tratterebbe di una nullità frutto del collegamento negoziale in senso tecnico (così

come elaborato dalla giurisprudenza (24)) fra l'intesa anticoncorrenziale «a monte» e i singoli contratti «a valle» con il consumatore, tale da giustificare una considerazione giuridica unitaria della fattispecie; con la conseguenza che, se è dichiarato nullo uno dei negozi collegati, risulta nullo anche l'altro, in applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*.

Sul punto va peraltro osservato che, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, è necessario che ricorra un comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che trascende gli effetti tipici dei singoli contratti e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale. Nel nostro caso un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico, fra l'intesa delle banche aderenti all'ABI e le singole fideiussioni,

e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte.

Invero, la tesi del rapporto di strumentalità fra le intese a monte e i singoli contratti «a valle» viene utilizzata dagli interpreti anche per giustificare la soluzione della nullità parziale e non solo quella della nullità totale. Tanto più in un caso come quello delle fideiussioni conformi allo schema ABI, nel quale la questione della possibile invalidità dei contratti «a valle» sembra dover essere impostata nel senso che la dichiarata nullità dell'intesa «a monte» (che, si badi bene, ha riguardato soltanto tre clausole del modello ABI) determini anche la nullità di tali clausole in quanto riprodotte nei singoli contratti di fideiussione (composti, come si è visto, da numerose altre condizioni contrattuali); solo se la risposta sia positiva, si dovrà valutare in un secondo momento se tale nullità parziale possa estendersi all'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c. Questa impostazione appare obbligata alla luce dell'ulteriore considerazione che le suddette tre clausole dichiarate illecite, almeno *prima facie*, non paiono riguardare elementi essenziali del contratto quali l'oggetto o la causa, sì che possa dirsi che la loro nullità investa inevitabilmente e automaticamente l'intero contratto.

(24) Cfr., sul punto, anche Collegio Coord. ABF (decisione n. 14555 del 19 agosto 2020, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*) che, ravvisando una «necessaria strumentalità» tra l'intesa distorsiva della concorrenza (contratto «a monte») e i suoi momenti attuativi (contratto «a valle»), considera i due accordi come parte di una pratica «complessivamente illecita», riconoscendo che anche il contratto derivato possa essere sanzionato con la nullità (nel caso delle fideiussioni ABI, parziale).

Cfr. Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, in *Italgire*: «Perché possa configurarsi un collegamento di negozi in senso tecnico, che, come tale, imponga la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un profilo oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, sia un profilo soggettivo, costituito dal comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che detto fine sia perseguito da una sola parte all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra».

(23) Le sez. un. illustrano questa tesi nel § 2.10.1. della motivazione, rappresentandola nel senso che la nullità delle intese anticoncorrenziali, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett a) e comma 3 della l. n. 287 del 1990, comporterebbe che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi integralmente nulle per «nullità derivata»

preordinato al raggiungimento di un unico e comune interesse pratico illecito, quello della alterazione del mercato, sembra collidere con il fatto che il terzo contraente «a valle» è normalmente ignaro del disegno anticoncorrenziale assunto «a monte» con il cartello e, comunque, controinteressato alla sua attuazione, stipulando il contratto per soddisfare un proprio interesse che si esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere⁽²⁵⁾. Del resto, benché l'identità delle parti dei due negozi non sia requisito imprescindibile per il loro collegamento negoziale, ove difetti tale identità, come appunto nel caso di specie, l'intento delle parti di consentire a un tale collegamento è meno scontato e richiede una prova rigorosa, perché in questi casi è ben più probabile che l'unitarietà del risultato perseguito da uno soltanto dei contraenti non determini un'interdipendenza funzionale⁽²⁶⁾.

In base ad altra teoria, la nullità del contratto di fideiussione sarebbe una nullità diretta (per vizio proprio): deriverebbe dalla violazione diretta della norma imperativa di cui all'art. 2 della l. *antitrust* intesa come norma di ordine pubblico economico relativa alla libera concorrenza (cfr. art. 1418 c.c.: «i contratti sono nulli quando sono contrari a norme imperative»). L'articolo 2 della l. 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tutela l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti e improntati alla libera concorrenza e, pertanto, il singolo contratto che riproduce clausole dell'intesa per definizione lede tale struttura competitiva del mercato (è contrario all'interesse generale protetto dall'art. 2) e deve anch'esso essere considerato nullo. Sotto questo profilo, si tratterebbe non di una nullità testuale ex art. 1418, comma 3, c.c., la quale è limitata all'intesa, ma di una nullità virtuale

(25) Cfr., indirettamente, Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, citata nella nota precedente. In dottrina, v. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, 2003, 74 ss.; GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Giuffrè, 2018, 82; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008, 98 ss. Nella giurisprudenza sulle fideiussioni ABI, cfr. già App. Torino, 27 ottobre 1998, in *One Legale*; Trib. Treviso, 26 luglio 2018 n. 1623, *ibidem*; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, *ibidem*.

Non appare invece un ostacolo alla configurabilità del collegamento negoziale il fatto che nel caso di specie si tratti di intesa collettiva o deliberazione di associazione di imprese da un lato e contratto individuale dall'altro. Infatti il collegamento negoziale trova pacifica applicazione anche nel caso di collegamento tra atti eterogenei, come nel caso di specie ove si verserebbe in un collegamento tra un'intesa e un contratto (cfr. Cass., 12 settembre 2018, n. 22216, in *One Legale*).

(26) Cfr. Trib. Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623, in *One Legale*.

(desumibile dall'interprete) ex art. 1418, comma 1, c.c. per contrarietà a norma imperativa, priva di espressa previsione in tal senso, a difesa di un interesse pubblico ossia dell'ordine pubblico economico⁽²⁷⁾.

Nell'ambito dell'indirizzo interpretativo favorevole alla nullità dei contratti «a valle» (anche prima dell'intervento delle Sezioni Unite), è prevalsa comunque la tesi della nullità parziale, assoggettata alla disciplina generale dettata dall'art. 1419 c.c.; essa «[...] importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità» (comma 1). In particolare, una recente sentenza della Cassazione, del settembre 2019 n. 24044⁽²⁸⁾, ha dichiarato espressamente che la nullità del contratto sarebbe parziale ossia relativa soltanto alle clausole dichiarate illecite dall'Autorità Garante riproduttive di quelle redatte dall'ABI nello schema uniforme di cui si è detto, mentre il contratto resterebbe valido per il resto⁽²⁹⁾. Secondo tale decisione non si verificherebbe l'estensione della nullità parziale, posto che l'assetto degli interessi delle parti risultante dal contratto non viene pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite. Le

(27) Cfr. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, 1876, con nota di BERTOLOTTI.

Come fanno presente le Sezioni Unite, varianti interpretative del medesimo indirizzo sono quelle per cui la nullità della fideiussione a valle deriverebbe dalla illiceità della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, c.c. (e dell'art. 1343), giacché tale negozio – perseguendo l'interesse non meritevole di tutela all'alterazione del mercato concorrenziale – risulterebbe contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali (§ 2.10.1.1. motivazione); ovvero il contratto a valle – nella misura in cui assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione a monte – sarebbe nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio, ai sensi degli artt. 1418, secondo comma e 1346 c.c. (cfr. § 2.10.1.2.).

(28) Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, 2, 358, con nota di DI MICCO.

(29) Nello stesso senso, cfr. anche Cass., 13 febbraio 2020, n. 3556, in *ItalgIure*: «[...] ai sensi dell'art. 1419 c.c., la nullità integrale del contratto in conseguenza della nullità di singole clausole si determina solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; il che non è né specificamente dedotto né dimostrato e, anzi, è da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca».

Nel senso invece della nullità totale, v. parte della giurisprudenza di merito: Trib. Siena, 14 maggio 2019, in *One Legale*; Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, *ibidem*; Trib. Matera, 6 luglio 2020, *ibidem*; Trib. Matera, 29 luglio 2020, *ibidem*; Trib. Salerno, 19 agosto 2020 n. 208, *ibidem*; App. Bari, 15 ottobre 2020, *ibidem*; App. Roma, 24 maggio 2021, *ibidem*; App. Bari, 23 giugno 2021, *ibidem*.

clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, non inciderebbero sulla struttura e sulla causa del contratto (non trattandosi di clausole essenziali senza le quali il contratto perde la sua funzione e utilità, ma clausole accessorie, senza le quali il contratto può svolgere comunque la sua funzione), e la nullità parziale non pregiudicherebbe la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della dichiaratoria di nullità parziale visto che sono eliminate le clausole a lui sfavorevoli (30).

4. Le Sezioni Unite e la «nullità derivata» parziale del contratto di fideiussione che riproduce le clausole dello schema ABI dichiarate lesive della concorrenza.

Le Sezioni Unite sottolineano la conformità di tale soluzione della nullità (parziale) delle clausole in questione con la *ratio* della normativa antitrust: «Nel caso di contratto di fideiussione che riproduce le clausole anticoncorrenziali dichiarate illecite, tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore quella che nella fattispecie perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust è l'ipotesi della «nullità parziale». La l. *antitrust* «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti» (§ 2.11. motivazione).

Sotto il profilo testuale la S.C. osserva che «[...] il tenore letterale dell'art. 2, comma 3, della l. n. 287 del 1990, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» (§ 2.12.2) (31).

(30) Anche il Collegio di Coordinamento dell'ABF (Decisione n. 14555 del 19 agosto 2020, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*) si è pronunciato per la nullità parziale dei contratti di garanzia osservando che, qualora la nullità parziale del contratto «a valle» riguardi clausole accessorie, esso resti valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali, esso sarebbe integralmente nullo (sul punto v. anche *infra*). A tali fini, le clausole contrattuali sono qualificabili come accessorie quando, ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c. In base a tale criterio, le clausole della fideiussione – sempre secondo il Collegio – sarebbero da qualificarsi senza dubbio come accessorie, cosicché la loro nullità non si estende al resto del contratto.

(31) Cfr. anche DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 8 s., testo e nt. 15: «la locuzione «ad ogni effetto» [...] ben si presta – nel contesto di una imposta-

Questa disposizione legittimerebbe la conclusione nel senso dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, posto che il contratto «a valle» sarebbe esso stesso un «effetto» dell'intesa e dunque non potrebbe che essere colpito dalla nullità, con conseguente legittimazione del contraente finale ad agire per il relativo accertamento (32).

È comunque l'argomento basato sulla *ratio* della normativa antitrust quello che, soprattutto, orienta la Corte verso la nullità dei contratti di fideiussione «a valle» e su cui la stessa si sofferma nei §§ 2.16. ss. della motivazione. In questa prospettiva, si sottolinea come la disciplina di cui all'art. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza nel mercato (33). La normativa antitrust vieta l'alterazione del libero gioco della concorrenza a favore di tutti i soggetti del mercato e la distorsione della competizione di mercato, in qualsiasi forma venga posta in essere, anche – come nel caso di specie – mediante una combinazione di atti di natura diversa (la deliberazione dell'ABI, atto giuridico di natura non contrattuale in combinazione con i singoli contratti di fideiussione stipulati sul mercato), costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola (34). Più nel dettaglio, detta violazione è riscontrata-

zione costituzionalmente orientata della normativa antitrust – a essere letta come prescrizione che vieta alle parti delle intese anticoncorrenziali di dare comunque corso ed esecuzione ai contenuti stabiliti in queste ultime. [...] L'intesa a monte («tra gli aderenti al cartello») produce solo «effetti obbligatori»: nel senso appunto che – di per sé stessa – intenderebbe produrre l'obbligo degli aderenti di dare esecuzione ai contenuti così determinati. Ma l'«effetto reale» della restrizione e falsificazione della concorrenza, di cui all'art. 2 legge n. 287/1990, risulta posto in essere solo dai contratti «a valle».

(32) Cfr. anche Trib. Siena, 14 maggio 2019, cit., in *One Legale*.

(33) Sancito – come si è detto – dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e – attualmente – dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101).

(34) In proposito, le Sezioni Unite richiamano il principio già enunciato da Cass., 1° febbraio 1999 n. 827 secondo cui, allorché l'articolo 2 della l. n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza.

Peraltro, Cass. n. 827/1999 – che, si noti bene, riguardava il caso di un'intesa fra impresa stipulata prima dell'entrata in vigore della l. n. 287/1990, ma che, disponendo per il futuro, per un periodo di alcuni anni, era stata eseguita anche nel vigore della nuova normativa – con il suddetto enunciato non si riferisce mai, specificamente, alla nullità dei contratti «a valle» e sembra piuttosto

bile in ogni caso in cui tra atto «a monte» e contratto «a valle» sussista un nesso «funzionale» o strumentale volto a produrre un effetto anticoncorrenziale. La S.C. conclude nel senso che «La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza [...] in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale. È [...] il predetto “nesso funzionale” (35) tra l'«intesa» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che – in violazione dell'art. 1322 cod. civ. – riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento [...]» (§ 2.16.2. motivazione).

Ciò che, in effetti, nel caso di specie appare particolarmente evidente, posto che – come osservano sempre le Sezioni Unite (§ 2.16.3. motivazione) – vengono in considerazione nella prassi, non certo singoli e occasionali contratti «a valle» che riproducono l'intesa «a monte», ma contratti in serie che attuano l'intesa anticoncorrenziale, così determinando un drastico abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato.

La S.C., sempre per ragioni inerenti alle specifiche finalità della normativa *antitrust*, esclude l'idoneità quale rimedio – a disposizione del consumatore

– della sola tutela risarcitoria, con esclusione della «tutela reale» (ritenendo invece che la tutela risarcitoria sia ammissibile in uno con l'azione di nullità del contratto): « [...] » l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. L'obbligo del risarcimento dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno – come nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno» (§ 2.13.1.) (36).

Sotto questo profilo deve riconoscersi che, nel caso delle fideiussioni conformi allo schema ABI, la tutela risarcitoria risulterebbe di scarsa efficacia per il garante, atteso che le clausole illecite non incidono su prezzi o condizioni economiche (sul punto v. anche *infra*) (37).

Per converso, secondo le Sezioni Unite, il riconoscimento alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivelerebbe un'adeguata tutela,

riferirsi alla fase dell'intesa «a monte», come si evince abbastanza chiaramente dal seguente passaggio: «L'art. 2 l. n. 287 del 1990 (c.d. l. “antitrust”), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le “intese” fra imprese [...] non ha inteso riferirsi solo alle “intese” in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare “voluto”. Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”. Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali” [...]».

(35) Le sez. un. insistono molto sulla circostanza che il collegamento in questione non sarebbe certo un «collegamento negoziale», come opina parte della dottrina, attesa la possibilità che l'intesa «a monte» possa essere realizzata, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono siffatta natura.

Invero, il collegamento negoziale trova pacifica applicazione anche nel caso di collegamento tra atti eterogenei, come nel caso di specie ove si verserebbe in un collegamento tra un'intesa e un contratto (cfr. Cass., 12 settembre 2018, n. 22216, cit., in *Italggiure*).

(36) DOLMETTA, op. cit., 10; DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 411.

Cfr. anche Coll. ABF Milano, 4 luglio 2019, n. 16558 (relatore DENOZZA): «il semplice risarcimento dei danni potrebbe anche soddisfare le esigenze di protezione delle singole vittime, ma non tutelerebbe l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti e anticoncorrenziali che è il bene giuridico principalmente tutelato dal diritto antitrust. L'illiceità dell'intesa prevista dal legislatore antitrust dovrebbe essere interpretata in conformità con l'interesse generale e, sotto questo profilo, l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sarebbe quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono. Una soluzione che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (e a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasciando sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell'intesa stessa, sarebbe invece incoerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust (a titolo di esempio, a fronte di un'intesa che abbia per oggetto l'impegno a concludere esclusive con una determinata impresa, la sopravvivenza delle clausole di esclusiva nei contratti “a valle” farebbe sì che il mercato conservi quella struttura anticoncorrenziale la cui formazione il legislatore ha inteso espressamente prevenire)».

(37) Cfr. DOLMETTA, op. cit., 10.

non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello generale alla trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust (§ 2.13.2 motivazione). Si tratterebbe di una «nullità speciale», ossia interna alla normativa antitrust, posta a presidio di un interesse pubblico, il c.d. «ordine pubblico economico», tutelato dalle norme imperative nazionali ed europee *antitrust*. Detta nullità avrebbe una portata più ampia di quella codicistica di cui all'art. 1418 c.c. e delle altre già conosciute dall'ordinamento, come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (c.d. secondo contratto)(38) e la nullità nei rapporti tra imprese (c.d. terzo contratto), in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti, avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili a fattispecie di natura contrattuale(39).

Con riferimento al diritto dell'unione europea, al fine di evidenziarne la compatibilità con la soluzione della nullità (parziale) dei contratti a valle le Sezioni Unite osservano che il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione «a valle» dell'intesa vietata a monte costituirebbe il comune denominatore e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario (§ 2.14. ss. motivazione)(40).

Una volta esclusa l'idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, la Suprema Corte ritiene che nel caso delle fideiussioni conformi allo schema ABI la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria,

(38) In questa prospettiva interpretativa delle Sezioni Unite, la nullità prevista dall'art. 2, l. n. 287/1990 sarebbe strumentale alla tutela dell'interesse generale alla libertà di concorrenza e non avrebbe una funzione di tutela dei «contraenti deboli» che operano nel mercato.

(39) Cfr., sul punto, VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni "a valle": la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2022, 156.

(40) Le Sezioni Unite richiamano in senso decisivo (v., in particolare § 2.14.3. motivazione) anche il principio, affermato nelle decisioni della Corte di Giustizia Europea (v., ad esempio, sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71), secondo cui la nullità dell'intesa dichiarata anticoncorrenziale è assoluta e, pertanto, la stessa intesa non potrebbe essere opposta ai terzi, tra essi ricomprese, quindi, le parti – estranee all'intesa – della contrattazione «a valle» della stessa (o meglio, si dovrebbe dire, il consumatore).

espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata – appunto – a tali clausole (§ 2.15 ss. della motivazione)(41). Infatti, l'art. 1419, primo comma, c.c. (secondo cui la nullità di singole clausole si estende all'intero contratto se risulta che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità) esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, dei contratti, ancorché contenenti singole clausole nulle. L'estensione all'intero contratto della nullità che colpisce singole clausole ha carattere eccezionale per cui l'interessato dovrebbe dimostrare che il contratto privo delle clausole nulle non ha più alcuna utilità in relazione agli interessi con esso perseguiti dalle parti(42).

Come si afferma ancora nella sentenza in commento, tale prova tuttavia ben difficilmente potrebbe essere fornita nel caso in esame: «Ed invero, avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) – salvo la rigorosa allegazione e prova del

(41) Non si può non osservare che questo passaggio della motivazione delle sez. un. «stona» con una ricostruzione obiettiva degli effetti della «nullità parziale» (quale, invero, viene svolta nei passaggi successivi della motivazione), posto che tale nullità non dovrebbe essere certo sancita in base all'interesse «attuale» di una delle parti contraenti (oltretutto, la parte «forte» del rapporto), bensì in base alla ricostruzione ipotetica della volontà delle parti ex art. 1419 c.c.

(42) Cfr. motivazione della sentenza n. 41944/2021: «§ 2.15.1 [...] è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto [...] § 2.15.2. La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass. 05/02/2016, n. 2314). Agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige, infatti, la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto accertato dal giudice. Per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (Cass. 21/05/2007, n. 11673)».

contrario – avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva – al riguardo – il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti» (§ 2.15.3. motivazione della sentenza) (43).

Le Sezioni Unite concludono nel senso che «La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la “nullità derivata” del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole» (§ 2.15.4) (44).

(43) V. in senso critico su questo assunto del S.C., DOLMETTA, op. cit., 15, secondo cui esso potrebbe valere nella prospettiva del credito già deteriorato per il quale la banca agisce per il rientro, ma non in quella – pur sempre ipotetica – del momento di conclusione del contratto (come richiesto dall'art. 1419 c.c.), ossia nell'ipotesi in cui il rilascio della garanzia venga posto dalla banca come (contestuale e) condizionante l'effettiva concessione del credito.

(44) Cfr. anche Cass., 30 marzo 2022, n. 10237, in *Italggiure*: «La Corte di appello [...] ha dichiarato la nullità in toto delle fideiussioni sulla considerazione che la Banca non avrebbe avuto interesse e non avrebbe concluso i contratti in questione, ove privi delle clausole nulle, senza considerare la decisiva circostanza che l'eccezione era stata sollevata dai garanti, e non dalla Banca, e che, pertanto, l'indagine circa la effettiva volontà di concludere il contratto – anche ove privo delle clausole anticoncorrenziali e, quindi, a condizioni meno gravose – doveva riguardare per l'appunto i garanti e non la Banca, e che il relativo onere probatorio gravava sulle parti interessate alla declaratoria di nullità degli interi contratti e, quindi, sempre sui garanti».

La giurisprudenza di merito, negli ultimi mesi, ha ovviamente ribadito il principio espresso dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 41994/2021 secondo cui viene sancita l'applicazione della nullità parziale alle sole clausole contrattuali illecite, permanendo la validità della fideiussione nella restante parte: v. Trib. Roma, 18 febbraio 2022 in *One Legale*; Trib. Lecce, 20 gennaio 2022, n. 156, *ibidem*; Trib. Reggio Emilia, 17 novembre 2021, n. 1336, *ibidem*; Trib. Torino, 11 febbraio 2022, n. 584, *ibidem*.

5. I rimedi a disposizione del fideiussore – e del contraente finale in genere – fra tutela reale o esclusivamente risarcitoria.

Le Sezioni Unite fanno propria la tesi della nullità «derivata» delle clausole delle fideiussioni «a valle» riprodotte di quelle dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità amministrativa, nullità che però rimane parziale senza estendersi all'intero contratto. La soluzione della nullità parziale, nell'ambito specifico delle fideiussioni conformi allo schema ABI, appare sicuramente equilibrata e di buon senso, offrendo una forma minima di tutela del fideiussore senza penalizzare eccessivamente gli istituti di credito, in piena conformità con il contenuto del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (45). Soprattutto, non determina alcun stravolgimento del mercato, del sistema creditizio e delle garanzie, come invece si sarebbe verificato in caso di declaratoria di nullità totale dei contratti (46). Del resto, l'esito della nullità parziale nel campo delle fideiussioni *omnibus* di per sé non appare destinato a lasciare grandi strascichi, una volta esaurito l'impatto della declaratoria di nullità di tali clausole sui giudizi in corso – impatto però limitato, come vedremo, pressoché esclusivamente alla clausola di deroga dell'art. 1957 c.c. – e una volta che le banche avranno eliminato (47) o modificato opportunamente le clausole in questione. Nella fattispecie delle fideiussioni ABI, il rimedio della nullità (parziale) risulta senz'altro quello più efficace per assicurare al garante una tutela effettiva, rispetto ad una esclusiva tutela risarcitoria che di per sé risulterebbe di difficile applicazione ed efficacia, atteso che l'intesa non ha inciso su prezzi o condizioni economiche, ma sulla «libertà di scelta» del consumatore di condizioni contrattuali, determinando un danno la cui individuazione e quantificazione appare assai difficile.

(45) Cfr. Trib. Pavia, 5 febbraio 2020, n. 184, in *One Legale*: «la soluzione della nullità generale del singolo contratto di fideiussione sarebbe viziata da illogicità, risultando una sanzione non proporzionata rispetto al contenuto decisionale dei provvedimenti 14251 dell'AGCM e n. 55 del 2.5.2005 di Banca d'Italia, posto che si sanzionerebbe in modo maggiormente grave il contratto “a valle”, tra il consumatore e la banca (nullità totale) dell'intesa “a monte” tra le banche» (nullità solo delle tre clausole in questione).

(46) In particolare, tutti i fideiussori sarebbero liberati dalle loro obbligazioni e le banche dovrebbero affrettarsi a chiedere di dichiarare la nullità dei mutui già concessi, perché non assistiti da garanzie.

(47) Data la scarsa applicazione nella prassi delle clausole cosiddette “di sopravvivenza” e “di reviviscenza”, ci si potrebbe anche attendere che gli istituti di credito decidano di eliminare tali clausole dai contratti di fideiussione *omnibus*.

Per converso, la soluzione della nullità delle clausole dei singoli contratti che riproducono il contenuto di clausole di un'intesa fra imprese dichiarata anticoncorrenziale può destare qualche perplessità e presentare aspetti più problematici, allorché dall'ambito specifico delle fideiussioni ABI si passa al piano più generale degli altri tipi di contratto per cui si presenta il problema del riflesso di un'intesa fra imprese dichiarata lesiva della concorrenza e i singoli contratti stipulati con gli utenti finali.

Le Sezioni Unite, pur sulla scorta di un impianto motivazionale di ampio respiro che spazia lungo tutto l'arco delle interpretazioni relative alla sorte dei singoli contratti stipulati fra un'impresa partecipante a un'intesa dichiarata nulla ai sensi della legge *antitrust* e il consumatore finale, limitano poi le proprie conclusioni alle fideiussioni conformi allo schema ABI, e quindi in relazione a clausole qualificate come «accessorie» e non «essenziali», con la conseguente declaratoria di nullità parziale dei singoli contratti. Per quanto il principio non venga ulteriormente sviluppato e approfondito, la Suprema Corte mostra chiaramente di ritenere che, ove si tratti di clausole contrattuali valutate come «essenziali», sussisterebbe la nullità totale del contratto «a valle», e ciò con riferimento alle fideiussioni ABI ma anche, indirettamente, ad altri negozi di diverso tipo (per cui si presenti lo stesso problema del rapporto fra intesa dichiarata lesiva della concorrenza e singoli contratti consecutivi a tale intesa). In altri termini, nel momento in cui si afferma la nullità delle clausole della fideiussione conformi al modello ABI, implicitamente si riconosce – su un piano generale – che qualsiasi clausola contrattuale la quale riproduca, in tutto o in parte, un'intesa anticoncorrenziale dichiarata illecita deve essere dichiarata nulla; se poi quella clausola è essenziale nel contratto in questione (perché riguardante, ad esempio, il prezzo di una vendita o il premio di un'assicurazione o qualsiasi altra condizione contrattuale essenziale), allora sarà inevitabilmente nullo l'intero contratto.

Una conferma di questa deduzione si ricava dalla recente decisione del Collegio di Coordinamento ABF – anteriore a quella delle Sezioni Unite della Cassazione – sul medesimo tema (48). Il Collegio di Coordinamento ABF, in modo assolutamente coerente con la sua decisione nel senso della nullità parziale delle fideiussioni «a valle» attuative dello schema ABI ha

(48) Decisione 19 agosto 2020, n. 14555, in *www.arbitrobanca-riofinanziario.it*.

riconosciuto che, se la nullità parziale del contratto a valle riguarda clausole accessorie (come nell'ipotesi della fideiussione conforme al modello ABI), il contratto resta valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali di qualsiasi contratto, esso sarà integralmente nullo. Il Collegio, fra i vari principi di diritto enunciati, ha quindi sottolineato che «1. Qualora un contratto riproduca uniformemente i prezzi di acquisto o di vendita o le altre condizioni contrattuali che un'intesa anticoncorrenziale ha fissato in precedenza, le relative clausole contrattuali sono nulle. 2. Per quanto riguarda il prezzo di acquisto o di vendita, in particolare, la nullità della relativa clausola importa la nullità dell'intero contratto, a meno che non siano previsti dalla legge strumenti per integrare tale lacuna (ad es., secondo quanto prevede l'art. 1474 c.c. a proposito della vendita, ovvero l'art. 117, ult. comma, t.u.b. a proposito dei contratti bancari). 3. Per quanto riguarda le altre condizioni contrattuali, la loro nullità importa la nullità dell'intero contratto soltanto quando esse siano essenziali. Quando esse siano invece accessorie, il contratto resta valido per il resto» (sul punto v. *supra*, nt. 29).

È proprio nella indicata prospettiva di carattere più generale che la soluzione della nullità (anche totale) dei contratti consecutivi a un'intesa dichiarata illecita sul piano anticoncorrenziale può risultare non del tutto condivisibile.

In proposito non si può non evidenziare la gravità delle conseguenze di una estensione della nullità ai contratti «a valle». Si immagini lo scenario di un'intesa «a monte» dichiarata illecita e poi, con effetto «a cascata», la nullità di tutti i singoli contratti stipulati a valle (magari con possibile estensione della nullità anche ai negozi con i terzi aventi causa): i singoli contraenti finali dovrebbero ritenersi esposti, al di fuori di ogni consapevolezza, e anche a distanza di tempo, a una cancellazione retroattiva dei loro più diversi rapporti contrattuali con pregiudizio alla utilità e alla sicurezza degli scambi commerciali, come pure a quel principio della conservazione dei contratti che, secondo le stesse Sezioni Unite (v. *supra*), dovrebbe costituire principio guida in materia negoziale (49).

(49) Cfr. Tar Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1643 ss., con nota di PAGLIARA. In dottrina, v. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 601-602.

Come osserva anche la Procura Generale citando una sentenza della Corte Suprema tedesca degli anni '50 «l'estensione a tutti i contratti consecutivi della sanzione della nullità darebbe luogo a conseguenze imprevedibili ed incontrollabili oltre che ad alterazioni dell'assetto economico».

Si pone inoltre il problema di come conciliare la soluzione della nullità del contratto, rilevabile d'ufficio e invocabile da chiunque abbia interesse, con la circostanza che la nullità del contratto «a valle» può risultare pregiudizievole per l'utente finale (50) (per inciso, le Sezioni Unite nella sentenza in commento non chiariscono il profilo della legittimazione soggettiva a far valere la nullità dei contratti «a valle»).

Sotto questo profilo, non bisogna farsi fuorviare dal caso di cui ci stiamo occupando in questa sede, quello della fideiussione conforme al modello ABI: qui si tratta ovviamente di ipotesi in cui la nullità della garanzia giova ai fideiussori, se abbiano già pagato o se siano chiamati in giudizio per pagare. In altre fattispecie, invece, la nullità del contratto a valle non giova al consumatore, se non addirittura è contraria al suo interesse, potendo comportare la perdita della prestazione contrattuale (51). Nel caso menzionato del premio di assicurazione uniforme maggiorato rispetto a quello pattuito senza l'intesa illecita fra le compagnie, l'interesse dell'utente finale non è alla nullità del contratto di assicurazione «a valle» (si pensi al caso in cui la nullità venga fatta valere da un'impresa estranea all'intesa fra le altre compagnie), ciò che farebbe venir meno la copertura e il pagamento dell'indennizzo, bensì al danno per il sovrapprezzo pagato. Ancora, la soluzione della nullità attivabile da parte di chiunque vi abbia interesse potrebbe privare il consumatore del bene o del servizio di scambio acquistato, in ipotesi con un costo vantaggioso (si pensi alle intese fra imprese per applicare a un certo prodotto un prezzo al ribasso al fine di provocare l'uscita di imprese concorrenti fuori dal mercato). Nelle ipotesi di contratti bancari di finanziamento contenenti clausole riprodotte di condizioni di un'intesa dichiarata illecita, la dichiarazione di invalidità del contratto «a valle» risulterebbe lesiva della posizione del consumatore, poiché ne discenderebbe l'immediata esigibilità nei confronti del mutuatario, a titolo di indebito oggettivo, delle somme erogate dalla banca (52).

Per tutelare il consumatore contro gli effetti pregiudizievoli della caducazione del contratto individuale che lo riguarda, si dovrebbe ipotizzare una nullità di protezione a legittimazione relativa, azionabile a se-

conda della convenienza nelle diverse fattispecie e che non sarebbe azionabile dalla controparte (della parte protetta) (53). Tale configurazione presenta, peraltro, notevoli difficoltà in assenza di uno specifico riferimento normativo in tal senso e risulta incoerente con l'ipotesi della nullità *ex art. 1418*, comma 1, c.c. per violazione di norma di ordine pubblico (tra l'altro nel caso delle fideiussioni *omnibus* ABI normalmente il garante non risulta qualificabile come consumatore nei rapporti con la banca).

In questo senso resta legittimamente il dubbio, se la mancanza di una previsione testuale della nullità dei contratti «a valle» costituisca in realtà una scelta consapevole del legislatore per evitare che tali rapporti siano travolti dall'intesa anticoncorrenziale (54).

In proposito, deve ribadirsi che non sembra ricorrere una fattispecie di nullità testuale, giacché il comma 2 dell'art. 2 l. *antitrust* (così pure l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea-TFUE) sancisce espressamente la sola nullità degli accordi concorrenziali tra imprese elencati al comma 1, senza alcun riferimento ai contratti stipulati «a valle», tra le imprese e gli utenti finali (55). Sotto questo profilo, la valorizzazione effettuata dalle Sezioni Unite dell'inciso di cui all'art. 2 l. n. 287/1990 – le intese vietate sono nulle «ad ogni effetto» – come comprensivo della nullità dei contratti «a valle» si configura, a mio avviso, come

(53) LONGOBUCCO, op. cit., 371 s.; DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 407.

Nel senso che la nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI sia «una nullità che può essere fatta valere solo dal ricorrente ed è rilevabile d'ufficio soltanto nel suo interesse», v. Coll. Coord. ABF, Decisione 19 agosto 2021, n. 14555, cit., in *www.arbitrobancariofinanzio.it*, senza però particolari approfondimenti sulle ragioni di tale assunto.

(54) Cfr. anche le Conclusioni della Procura Generale, 6.

(55) Cfr. Trib. Verona, 21 giugno 2018, n. 1473, in *One Legale*; Trib. Pavia, 5 febbraio 2020, n. 184, *ibidem*. V. già Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2001, II, 87, con nota di FALCONE; Trib. Milano, 25 maggio 2000, *ibidem*. Cfr. anche Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Italgiure*, che fa riferimento allo stesso impianto della l. 297/1990, fin dalla premessa «inquadriativa» contenuta nell'art. 1 («Le disposizioni della presente l. in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese...»), quale scelta normativa, consacrata nell'ultimo comma dell'art. 2 e nel secondo comma dell'art. 33 di privilegiare una tecnica di incidenza repressiva affidata, quanto al piano più propriamente civilistico, alla strumento della nullità delle intese. In dottrina, v. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 397 ss.

(50) LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 393.

(51) Cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Utet, 2021, 370.

(52) Cfr. App. Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 87 ss.

una forzatura interpretativa. Da un lato quell'inciso ben può essere inteso come un semplice pleonaso o rafforzativo dell'assunto principale («le intese sono nulle»), da altro lato si fa una certa fatica a comprendere, se quella fosse stata effettivamente la volontà del legislatore, per quale ragione – su un punto di tale rilevanza – non siano stati espressamente estesi gli effetti della nullità anche ai contratti «a valle».

Quanto alla normativa dell'Unione Europea, come si è visto, le Sezioni Unite osservano che essa – pur prevedendo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno quale forma di tutela di base da assicurare ai consumatori – lascerebbe alla competenza interna degli Stati membri la regolazione delle conseguenze della nullità dell'intesa dichiarata anticoncorrenziale (§§ 2.14. ss. motivazione)(56). Il problema sembra, però, riproporsi anche sulla base di questo rinvio, una volta escluso che nel nostro diritto nazionale sussista una norma che testualmente ed espressamente preveda la nullità dei contratti «a valle».

Si noti, poi, che l'art. 2 l. *antitrust* secondo cui «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» ricalca sostanzialmente, pur con la variazione letterale, l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea («le intese vietate sono nulle di pieno diritto»)(57). Se si considera che le Sezioni Unite danno atto pacificamente che la normativa europea non ha preso posizione sulla sorte dei contratti «a valle» (58), ne deriva una certa debolezza dell'affermazione delle medesime secondo cui la norma nazionale, nella sua formulazio-

(56) La Corte di Giustizia, 14 dicembre 1983, C- 319/82, richiamata dalle stesse Sezioni Unite, ha stabilito che «le ripercussioni della nullità dell'intesa fra impresa sui singoli contratti stipulati a valle dell'intesa sono stabilite dal giudice nazionale, a norma del diritto del suo paese».

(57) Cfr. Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, cit., in *Italgiure*. La stessa Cass., sez. un., n. 41994/2021, cit., § 2.16.4 della motivazione affermano espressamente la sostanziale identità delle due formulazioni normative; v. anche Procura Generale, Conclusioni, 5. In dottrina, cfr. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 415 ss.: «Le formule “ad ogni effetto” e “di pieno diritto” echeggiano espressioni francesi che oltralpe stanno ad indicare il massimo grado dell'invalidità, e cioè la nullità assoluta»; OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Tratt. contr. Roppo*, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 701; VOTANO, op. cit., 158.

(58) V. motivazione di Cass., sez. un., cit., n. 41994/2022, § 2.14.1., 27.

Sull'impossibilità di estendere la regola della «nullità di pieno diritto» delle intese anticoncorrenziali ai contratti «a valle», v. Corte giust. 14 dicembre 1983, in causa C-319/82, citata dalle stesse Sezioni Unite n. 41994/2021 (cfr. anche conclusioni Procura, 9-10). Del resto il testo originale del Trattato prevede che le intese sono “*automatically void*”, espressione che ancora di più appare totalmente priva di riferimento con i contratti «a valle».

ne relativa alla nullità delle intese «a ogni effetto», comprenderebbe la nullità dei contratti «a valle».

Oltre all'art. 2 l. n. 287/1990, varie norme dell'ordinamento nazionale e dell'Unione Europea depongono nel senso della nullità esclusivamente dell'intesa e della sola tutela risarcitoria a favore del contraente finale.

L'art. 33 della stessa l. del 1990 n. 287, come si è visto, prevede con riferimento al menzionato art. 2, che «Le azioni di nullità [dell'intesa] e di risarcimento del danno [...] sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata (in materia di proprietà industriale ed intellettuale) [...]» (59).

L'azione collettiva prevista dall'art. 140 bis c. cons. (d.lgs. n. 206/2005) è espressamente limitata «all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni» a ristoro «del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali» (v. ora titolo VIII-*bis* del libro quarto c.p.c.). La medesima concezione è stata confermata anche dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 («Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»). In particolare, l'art. 1 prescrive che «1. Il decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. 2. Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni» (v. ora titolo VIII-*bis* del libro quarto c.p.c.).

(59) Cfr. Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, 1, 466: «[...] all'art. 33 co. 2°, la l. n. 287 del 1990 ha previsto una tutela civilistica, autonoma e concorrente rispetto alle funzioni esercitate dall'Autorità, ad opera della Corte d'appello competente per territorio in relazione ad azioni di nullità, risarcimento danni e ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti d'urgenza per violazione delle disposizioni antitrust; qualcosa lascia dedurre che se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti»; in senso conforme Trib. Treviso, 6 ottobre 2016, in *One Legale*.

Con riferimento alle norme di matrice europeistica, già nella direttiva 2014/104/UE «relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea» non si prevede una tutela in termini di nullità del contratto, del soggetto danneggiato dalla intesa restrittiva della concorrenza (60). Il Regolamento (CE) del 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, fornisce indicazioni a favore del solo rimedio risarcitorio (cfr. considerando n. 7: «Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni»).

Sul punto va infine osservato che, contrariamente a ciò che indicano le Sezioni Unite con la sentenza n. 41994/2021 in commento, l'orientamento precedente della Corte di legittimità non sembra così univocamente diretto a sancire la nullità dei contratti «a valle» (61). In particolare, la decisione n. 2207 del 2005 (anch'essa a Sezioni Unite) sembra riconoscere al consumatore, pur considerato «soggetto del mercato», soltanto la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa come presupposto della conseguente legittimazione all'azione di risarcimento dei danni direttamente cagionati dall'intesa, senza far mai riferimento espressamente, a ben vedere, alla nullità dei contratti a valle (62) e anzi affermando abbastanza inequivocabilmente, in motivazione, che le azioni risarcitorie si configurerebbero quali mezzi idonei a mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato (63).

(60) Trib. Verona, 1° ottobre 2018, n. 3763, in *One Legale*; Trib. Napoli, 17 ottobre 2019, *ibidem*.

(61) A proposito della discutibile lettura – da parte di sez. un. 41994/2021 – della motivazione di Cass. n. 827/1999, v. *supra* nt. 33.

(62) Per questa interpretazione della sentenza cfr. anche le Conclusioni della Procura, 7 e 12.

(63) V. § 1.g., ultimo capoverso, della motivazione. V. anche § 1.h. ove si afferma: «Dunque innanzi alla Corte d'appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento [...] la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla “cospirazione anti-competitiva” e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa re-

Anche i passaggi della motivazione di tale sentenza (v. *supra* nt. 16) solitamente invocati dagli interpreti (fra cui, ovviamente, le Sezioni Unite in commento) a sostegno della tesi della nullità, possono tranquillamente essere letti, a mio avviso, come strumentali al fine di giustificare la legittimazione del consumatore (fino a quel momento controversa) a far valere esclusivamente la nullità dell'intesa e il risarcimento del danno ex artt. 2 e 33 l. n. 287/1990.

Alla stregua di quanto sopra, l'esclusivo rimedio risarcitorio con riferimento ai contratti «a valle», su un piano generale e al fine di contemperare le varie esigenze in conflitto, potrebbe essere considerato quello preferibile, in quanto idoneo a tutelare sia l'interesse collettivo alla conservazione degli scambi commerciali nel mercato sia l'interesse del singolo consumatore danneggiato dagli effetti della distorsione anti-concorrenziale a non vedersi comunque privato del bene o servizio acquistato (ove si intenda la nullità del contratto «a valle» come azionabile da parte di chiunque) sia l'interesse generale all'effettività della struttura competitiva del mercato (nella misura in cui le richieste risarcitorie da parte dei consumatori, anche tramite azioni collettive ex art. 140 bis d.lgs. n. 206/2005, possano agire da deterrente per le imprese intenzionate ad adottare intese anticoncorrenziali e a darvi attuazione) (64).

6. Nullità parziale del contratto di fideiussione «a valle» dello schema ABI: presupposti e conseguenze.

Una volta che si sia «imboccata» – pur con i dubbi sopra manifestati – la strada della nullità delle clausole della fideiussione «a valle» che riproducono le corrispondenti clausole dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità Garante, il principio sulla nullità parziale, anziché totale, affermato dalle Sezioni Unite

alizzano il vantaggio che la l. intende inibire [...]. Ritiene pertanto la Corte, poiché la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente il danno ingiusto ex art. 2043 c.c. (SU n. 500 del 1999), che colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della l. n. 287 del 1990».

(64) La soluzione favorevole al rimedio risarcitorio, con esclusione di ogni ricaduta in termini di nullità dell'atto negoziale concluso con i terzi, ha trovato conforto anche nella giurisprudenza comunitaria. Cfr. C. giust. 13 luglio 2006, in causa C-295/04: «le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità».

appare condivisibile, dovendosi senz'altro presumere che le parti avrebbero comunque concluso il contratto senza le clausole nulle, alla stregua dell'art. 1419, comma 1, c.c. Il fideiussore risulta meno onerato per l'assenza di tali clausole e quindi *a fortiori* avrebbe prestato fideiussione per far ottenere il finanziamento al debitore principale; mentre la banca avrebbe sicuramente voluto una garanzia più debole – comunque idonea a proteggere il credito tramite tutte le altre clausole, *in primis* quella «a prima richiesta – piuttosto che un finanziamento senza alcuna garanzia (come si dovrebbe ipotizzare in caso di ritenuta nullità totale del contratto di garanzia con sopravvivenza del contratto principale).

Il discorso non sembra mutare, se in alternativa al criterio soggettivo dato dalla volontà ipotetica o potenziale delle parti, si utilizza quello oggettivo, secondo cui l'estensione all'intero negozio della nullità di una clausola si verifica quando la nullità è relativa a un elemento essenziale del negozio. In altri termini, la nullità può estendersi all'intero contratto solo quando il negozio, senza la clausola invalida, risulti del tutto inutile, alla luce di una valutazione *ex ante* dell'interesse delle parti (ossia ponendosi nella prospettiva anteriore alla stipula del contratto). Si tratta di un criterio oggettivo di applicazione del principio di estensione, che richiama la regola inglese, suggestiva, cosiddetta «della matita blu» («*blue pencil rule*»)(65): il contratto viene conservato se è formulato letteralmente in modo tale che le parti nulle possano essere cancellate, appunto con un tratto di matita blu, senza che il contratto perda perciò di significato e possibilità di attuazione (66). Anche sotto questo profilo, sembra di doversi escludere che le clausole in questione siano essenziali nell'economia complessiva del negozio, per cui senza di esse la garanzia sarebbe inutile; tra l'altro costituendo tali clausole delle deroghe alla disciplina codicistica, in loro assenza si applicherebbe il regime normativo legale. In tema di fideiussioni *omnibus*, si sarebbe potuto porre un problema di nullità totale dei singoli contratti di garanzia ove la clausola dichiarata anticoncorrenziale fosse stata, ad esempio, quella relativa alla fissazione uniforme di un tetto massimo garantito (cfr. art. 1938 c.c.), perché in tal caso la clausola avrebbe riguardato l'oggetto del contratto e quindi un elemento essenziale;

(65) Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Italggiure*.

(66) Trib. Bolzano, 11 febbraio 2022, n. 153, *One Legale*: «[...]l'espunzione delle clausole in questione dal tessuto dell'atto negoziale rende solo più onerosa l'escussione della garanzia ed aumenta il rischio di poterla perdere, ma di certo non la rende inutile o di impossibile realizzazione».

tale ragionamento non è riproducibile con riferimento a clausole secondarie e accessorie quali quelle, di cui oggi si discute, riguardanti la reviviscenza o la sopravvivenza della garanzia o ancora la deroga all'art. 1957 c.c. Del resto, come si è visto sopra, anche secondo lo stesso Provvedimento della Banca Italia del 2005 n. 55 sarebbe semmai essenziale la clausola «a prima richiesta», per ciò che si è esposto in precedenza, a differenza delle tre clausole in questione.

In via puramente astratta e ipotetica, la Suprema Corte ammette la possibilità di una nullità totale della fideiussione in caso di prova contraria alla presunzione che il garante avrebbe concluso il contratto anche senza clausole nulle, ossia in caso di prova di essenzialità delle clausole in questione (67), ed è prevedibile che questa sarà la via che i fideiussori intraprenderanno per sostenere la nullità dell'intero contratto. Invero, parte della giurisprudenza di merito – prima dell'intervento delle Sezioni Unite – ha osservato che le clausole censurate riguarderebbero elementi essenziali nel contratto, di efficacia sostanziale e temporale della garanzia fideiussoria, per cui le clausole colpite da nullità sarebbero da reputarsi irrinunciabili per i contraenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419, comma 1, c.c., con conseguente nullità dell'intero contratto (68).

Peraltro, a ben vedere, considerata la «standardizzazione» delle condizioni generali della fideiussione *omnibus*, non si vede come la valutazione di non essenzialità delle clausole in questione, già effettuata dalle Sezioni Unite, possa essere modificata in relazione ad altro singolo contratto di garanzia sostanzialmente identico a quello sottoposto alla valutazione della S.C. Né si potrebbe ritenere, al riguardo, che in tema di contratti conclusi mediante utilizzazione di moduli o formulari predisposti da una sola delle parti, le clausole così unilateralmente formate (ed eventualmente sottoposte a doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.)

(67) Cfr. anche la massima ufficiale delle Sezioni Unite: «I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la l. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della L. succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti» («nel senso dell'essenzialità – per l'assetto di interessi diviso – della parte del contratto colpita da nullità»: così nel § 2.18 della motivazione).

(68) Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, in *One Legale*; Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, *ibidem*.

siano per ciò stesso da ritenersi essenziali, con la conseguente estensione della loro eventuale nullità all'intero contratto(69). Come osservato dalla giurisprudenza di legittimità, sia pure in altro contesto, anche rispetto alle clausole contenute in moduli o formulari predisposti da una delle parti deve valutarsi l'«essenzialità» della pattuizione in ipotesi nulla, ai fini della estensione della nullità, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c.: in linea di principio, l'esigenza di un contraente (normalmente un'impresa), di disciplinare in maniera uniforme tramite condizioni generali una serie indefinita di contratti futuri investe per sua natura non soltanto il contenuto ritenuto essenziale di quei contratti, ma anche quello accessorio o marginale(70).

Sempre nella parte della motivazione sulla nullità parziale risulta, a mio avviso, un po' equivoco il riferimento della Suprema Corte alla circostanza che il fideiussore, in quanto socio della società debitrice principale, avrebbe un interesse economico al finanziamento, quale criterio per presumere che il garante avrebbe concluso il contratto di garanzia anche in assenza delle clausole da dichiararsi nulle(71) (sottintendendosi che questo criterio non varrebbe per il fideiussore che non rivesta tale ruolo, ad esempio perché semplice familiare del debitore principale).

Innanzitutto, la circostanza che la garanzia sia meno onerosa senza le clausole «incriminate» vale, indifferentemente, sia per il fideiussore-socio sia per il fideiussore che non abbia tale qualità (ad esempio il fideiussore-parente non partecipante dell'attività di impresa del debitore principale), e appare in sé sufficiente per affermare che la garanzia sarebbe stata prestata anche in caso di assenza delle clausole nulle. Inoltre nella prassi il fideiussore *omnibus*, sia che si tratti di socio d'affari del debitore principale sia che

si tratti di parente di quest'ultimo(72), in ipotesi pure estraneo all'attività d'impresa svolta dal debitore principale, è sempre cointeressato al finanziamento e quindi la sottolineatura, da parte delle Sezioni Unite, del ruolo del garante quale socio del debitore appare sostanzialmente superflua.

Tanto è vero che nel passaggio della motivazione successivo a quello sopra indicato, la S.C. corregge il tiro precisando, tramite il riferimento al Provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, che «il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia».

Vediamo ora le conseguenze sul piano pratico e giudiziale della dichiarata nullità delle tre clausole citate (nullità parziale)(73).

Per quanto concerne la clausola di reviviscenza, è possibile che una banca agisca contro il fideiussore per chiedere il pagamento di una somma già pagata dal debitore, ma oggetto di revocatoria (o di altra forma di annullamento o inefficacia) e quindi restituita al debitore medesimo. In tal caso, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola di reviviscenza, il fideiussore sarà liberato *de plano* dall'obbligazione o potrà chiedere la restituzione delle somme versate in attuazione di tale obbligazione(74) (si tratta, pe-

(69) Così Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, cit., in *One Legale*.

(70) Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, secondo cui non potrebbe certo ritenersi (almeno dal punto di vista del predisponente) che sia ipoteticamente voluta la nullità totale del contratto – e quindi la cessazione dell'attività di impresa (o di un settore di impresa) regolata da quelle condizioni generali – anche per la mancanza di una condizione che regoli un profilo accessorio del contratto.

(71) V. § 2.15.3. motivazione: «[...] il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) – salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario – avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario». Sul punto, v. anche Trib. Bolzano, n. 153/2022, cit., che sottolinea nel senso della mancata estensione della nullità parziale, l'interesse economico del fideiussore al finanziamento in quanto socio della debitrice principale.

(72) Cfr. Trib. Rovigo, 14 febbraio 2022, n. 138, in *One Legale* che peraltro dal rapporto di parentela del fideiussore con il debitore principale fa discendere un interesse economico del primo al finanziamento.

Invero, il garante che sia parente del debitore potrebbe avere anche un interesse puramente non patrimoniale a rilasciare la garanzia, per ragioni di solidarietà familiare, di riconoscenza o di gratitudine, senza un interesse economico, neanche indiretto, al sostegno dell'attività economica del debitore.

(73) Si intende che il fideiussore che agisce per la declaratoria di nullità della garanzia rilasciata in favore della banca, in quanto in contrasto con la disciplina antitrust, e/o per il risarcimento del danno, deve provare il carattere uniforme dell'applicazione dello schema negoziale, requisito richiesto dalla Autorità Garante ai fini della dichiarazione di anti-concorrenzialità. Inoltre, la domanda di nullità del fideiussore potrebbe essere rigettata ove volta a far dichiarare solo la nullità “totale” della fideiussione e non anche la nullità “parziale”, non rilevabile d'ufficio dal giudice: cfr. sul punto Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Italgire* e, per una recente applicazione, Trib. Biella, 12 febbraio 2022, n. 58, in *One Legale*.

(74) Cass., sez. un., n. 41994/2021, cit., § 2.20.3: «Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 cod. civ., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647) [...]»; v. anche Coll. Coord. ABF n. 10755/2021, cit., in *arbitro*.

raltro, di controversia statisticamente non molto frequente e riguardante pressoché esclusivamente ipotesi di revocatoria fallimentare).

Quanto alla clausola cosiddetta “di sopravvivenza”, si è visto che in base al suo tenore «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». Se il finanziamento risulta nullo (ad esempio, per mancanza di forma scritta), il debitore deve restituire le somme che ha ricevuto e, appunto, la fideiussore resta in vita per garantire la restituzione del capitale erogato in attuazione di un contratto invalido. Ciò premesso, l’eventuale nullità della clausola di sopravvivenza non pare possa avere un particolare impatto sulle controversie in corso, perché presuppone l’accertamento della nullità del finanziamento erogato (quanto al capitale), e anche tale tipo di controversia è statisticamente marginale.

La questione più delicata si pone per la nullità della clausola che esonera la banca dai termini di cui all’art. 1957 c.c., destinata invece ad avere una notevole incidenza sulle cause in corso e ad alimentare le controversie circa i riflessi di tale nullità.

In questo caso, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola di deroga all’art. 1957 c.c., si dovrebbe in prima battuta verificare se la banca abbia agito giudizialmente nel termine di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione principale (ad esempio, a seguito della revoca dell’affidamento fatto al debitore principale) e in caso di riscontro negativo il fideiussore sarebbe liberato dalla sua obbligazione di garanzia. Peraltro, in tale situazione non mancherebbero dei margini di difesa per l’istituto di credito: se nella fideiussione è inserita, come normalmente è inserita, la clausola di pagamento «a prima richiesta», questa – nell’interpretazione giurisprudenziale prevalente – comporta una deroga parziale all’art. 1957 c.c., nel senso che per evitare il termine di decadenza di cui alla norma (sei mesi) non occorrerebbe una vera e propria azione giudiziale, ma sarebbe sufficiente una richiesta stragiudiziale(75). Conseguentemente, sarebbe suffi-

bancariofinanziario.it.: «Alla nullità (parziale ovvero totale) del contratto consegue il diritto del ricorrente di domandare la restituzione delle prestazioni ivi previste, ove esse siano state nel frattempo eseguite».

(75) *Ex multis*, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27333, in *Italggiure*; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Contratti*, 2004, 271, con nota di MONTICELLI.

Nella controversia oggetto della sentenza delle Sezioni Unite (il cui procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo – si rammenta – risulta essere stato sospeso in attesa della decisione sulla questione della nullità delle fideiussioni ABI) il garante assumeva che

ciente per la banca dimostrare di essersi attivata nei confronti del debitore (o del fideiussore) anche con una semplice lettera di diffida o costituzione in mora nei sei mesi successivi alla scadenza dell’obbligazione principale, per evitare la liberazione del garante. Sotto altro profilo, pur trattandosi di questione estremamente controversa, va tenuto presente che secondo un vasto orientamento giurisprudenziale la fideiussione *omnibus* (soprattutto per effetto della clausola «a prima richiesta» sopra ricordata) avrebbe i caratteri del contratto autonomo di garanzia(76). Sul punto la Corte di Cassazione ha più volte ritenuto che, nel contratto autonomo di garanzia, la disciplina dell’art. 1957 c.c.

la banca convenuta avesse depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi previsto dalla norma succitata dall’ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti. Si tratterebbe peraltro di verificare – sulla base della specifica documentazione agli atti – se per effetto della clausola «a prima richiesta», le varie raccomandate inviate alla debitrice principale con la richiesta di restituzione dello scoperto possano in realtà essere valse ad impedire il termine di decadenza decorrente dal momento della scadenza dell’obbligazione principale.

(76) Ovviamente non è possibile in questa sede affrontare la complessa questione se la fideiussione *omnibus* «a prima richiesta» sia qualificabile quale contratto autonomo di garanzia (ma è noto, peraltro, che per giurisprudenza consolidata – v. ad. es. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 – la stessa assenza di accessorietà nella garanzia autonoma va intesa in senso relativo, considerati il meccanismo delle rivalse fra le parti e il collegamento economico della garanzia col contratto principale). Mi limito, in una sintesi estrema, a osservare che la tesi (sviluppatasi soprattutto dopo la menzionata Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Italggiure*, che ha indicato, invero con riferimento precipuo a una polizza fideiussoria, come la presenza della clausola «a prima richiesta» sia indizio di un contratto autonomo di garanzia) secondo cui la fideiussione *omnibus* sarebbe in realtà una garanzia autonoma (così ad es., fra le tante, Trib. Lucca, 24 maggio 2016, in *One Legale*) non mi pare convincente (così anche, ad es., Trib. Bolzano, n. 153/2022, cit., in *One Legale*, se si considera che tale sottotipo di fideiussione (non a caso prestata non già da una banca o da una compagnia di assicurazione, come è tipico per le garanzie autonome, ma da un socio d’affari o da un parente del debitore principale), conserva comunque sostanzialmente la funzione di garanzia dell’adempimento dell’obbligazione altrui (sia pure entro un tetto massimo garantito) e non ha certamente quella tipica funzione cauzionale propria (come avverte la stessa Cass., sez. un., n. 3947/2010) della garanzie autonome e delle polizze fideiussorie; d’altro canto, la Banca d’Italia, come si è visto, caldeggia una qualificazione della fideiussione *omnibus* con clausola «a prima richiesta», ma priva della clausola «senza eccezioni», come una fideiussione con clausola *solve et repete*, che in quanto tale non sarebbe priva del carattere di accessorietà (così, ad es., Cass. 29 marzo 1996, n. 2909). Sul tema in genere rinvio a STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1 ss.

non trova applicazione per sua natura, a meno che le parti non la abbiano voluta espressamente richiamare fra le norme applicabili (77), con la conseguenza che la supposta nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. non avrebbe rilevanza nel caso di specie e il fideiussore non sarebbe comunque liberato.

Per converso, se nel caso di accertata nullità parziale la banca, nella controversia, non si è avvalsa delle facoltà contemplate dalle clausole in questione o il garante non ha eccepito la decadenza del creditore ai sensi dell'art. 1957 c.c., la loro eventuale invalidità non assumerebbe alcuna concreta rilevanza, non essendosi, appunto, l'istituto di credito avvalso delle condizioni illecite pattuite (78).

7. Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno.

Il garante, qualora provi di aver subito un danno a causa dell'intesa anticoncorrenziale, potrà preten-derne il risarcimento a titolo di responsabilità extracontrattuale dalla parte che abbia partecipato a tale intesa (cfr. art. 33 l. n. 287/1990), naturalmente ove il danno sia concretamente provato secondo i principi generali, ad esempio quanto al nesso di causalità tra l'intesa e il danno subito dal contraente finale (79).

Per quanto concerne il fondamento del diritto al risarcimento del danno, si può affermare che in conseguenza dello schema uniforme dichiarato parzialmente nullo, non sussistendo alternative, il fideiussore è stato costretto a subire condizioni contrattuali svantaggiose e peggiori di quelle che avrebbe potuto pattuire se non ci fosse stata l'intesa restrittiva della concorrenza.

Ciò chiarito sul piano teorico, va però riscontrato che nella fattispecie delle fideiussioni conformi allo schema ABI, la tutela risarcitoria risulta, almeno *prima facie*, davvero di ardua applicazione, sotto due diversi profili.

Innanzitutto, in questa ipotesi verrebbe contestata un'intesa collusiva che non ha inciso su prezzi o condizioni economiche, ma su condizioni giuridiche puramente contrattuali, con conseguente incertezza

(77) Cfr. da ultimo, Cass., 28 marzo 2017, n. 7883, in *Italggiure*; Cass., 9 agosto 2016, n. 16825, *ibidem*; Cass., 12 febbraio 2015, n. 2762, *ibidem*.

(78) Cfr. Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128, in *One Legale*.

(79) Nel senso che la parte partecipante all'intesa anticoncorrenziale e che ha stipulato il contratto con il consumatore risponderà del danno che abbia cagionato al ricorrente, a titolo di responsabilità extracontrattuale, cfr. già Cass., sez. un., n. 2207/2005, cit.; Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, cit., in *Giur. it.*, 2020, 2, 358. Cfr. anche Coll. Coord. ABF, cit., n. 10755/2021, *arbitrobancario-finanziario.it*.

sull'*an* e sul *quantum* dei danni risarcibili (in termini di danno emergente o lucro cessante).

Deve, infatti, essere tenuto ben presente che la fideiussione (in particolare, quella *omnibus*) viene normalmente prestata a favore della banca senza alcun corrispettivo e quindi senza alcun costo "vivo" per il fideiussore, posto che quest'ultimo è cointeressato in qualità di socio d'affari o di parente del debitore principale alla concessione del finanziamento (come è noto, solo le garanzie autonome in senso proprio – tra cui le polizze fideiussorie – vengono rilasciate da banche o compagnie di assicurazione in cambio di una commissione quale corrispettivo per il servizio professionale di intermediazione svolto).

Quindi è da escludere che il garante possa lamentare un danno *sub specie* di maggiori costi «vivi» subiti per effetto delle clausole illecite imposte dall'intesa anticoncorrenziale «a monte» (80). Inoltre, sempre in una prospettiva squisitamente economico-patrimoniale, se si parte dal presupposto – invero non certo nella prassi – che quanto più sono stringenti gli obblighi contrattuali imposti al fideiussore, tanto meno sono onerose le condizioni economiche del finanziamento per il debitore principale (ad esempio, in termini di tasso di interessi), si potrebbe addirittura pensare che, per effetto di quella clausole più onerose per il garante, il debitore principale ha ottenuto un finanziamento a condizioni economiche meno pesanti, ciò che in un certo senso finirebbe per avvantaggiare lo stesso fideiussore, cointeressato al finanziamento.

Una soluzione praticabile potrebbe essere quella di una liquidazione, in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*, di una somma come perdita di chance, per non avere potuto il fideiussore scegliere liberamente sul mercato un contratto di garanzia a condizioni per lui più favorevoli e meno onerose (81).

(80) Al di fuori del tema delle fideiussioni ABI, cfr. invece Coll. ABF Napoli, decisione 16 febbraio 2015, n. 1126, in *www.arbitrobancariofinanziario.it* relativa a un caso in cui un'intesa «a monte» fra istituti di credito aveva determinato un significativo e generalizzato incremento dei costi del servizio (commissioni per disposizioni RID). Venendo in considerazione un'incidenza della intesa illecita «a monte» sui costi del servizio reso dall'intermediario, risultati maggiorati per effetto di quell'intesa, pur ritenendosi valido il contratto con il cliente finale, si è potuto riconoscere il diritto dello stesso a una riduzione del *surplus* di costo del servizio determinato dall'intesa illecita fra imprese.

(81) App. Roma, 11 giugno 2016, n. 3746 (sentenza confermata dalle sez. un. n. 41994/2021 qui in commento) ha riconosciuto un danno non patrimoniale da informazioni inesatte per € 5.000,00. La Procura Generale, a sua volta, fa riferimento a un non meglio precisato danno all'immagine (a causa delle difficoltà di accesso al credito bancario) quale conseguenza che potrebbe derivare dall'a-

A quanto sopra si aggiunga che il risarcimento del danno può essere richiesto specificamente per la nullità parziale dello specifico contratto «a valle»: si dovrebbe configurare una responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., per omessa comunicazione alla controparte delle cause di invalidità del contratto conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza, così da suscitare in quest'ultima l'affidamento incolpevole nella validità del contratto.

Tale forma di responsabilità precontrattuale viene quindi singolarmente a concorrere con quella extracontrattuale configurabile ex art. 33 l. n. 287/1990.

8. Applicabilità del principio della nullità parziale anche alla fideiussione specifica.

Si può porre il problema della possibile estensione dei principi affermati dalla Sezioni Unite anche alla fideiussione specifica (rilasciata a garanzia di uno specifico e determinato credito, ad esempio un credito derivante da un singolo finanziamento) e non solo alla fideiussione *omnibus*.

L'orientamento prevalente tende ad escludere che la nullità possa valere per una fideiussione specifica che riproduca le clausole dell'intesa vietate. Ciò in base alla considerazione che il provvedimento della Banca d'Italia del 2005 ha riguardato espressamente un modello negoziale di fideiussione *omnibus* e quindi la nullità derivata dei contratti «a valle» può riguardare solo le fideiussioni che riproducono il modello «a monte» dichiarato illecito (82).

Questa tesi, pur prevalente in giurisprudenza, non appare del tutto convincente perché l'autorità garante non ha dichiarato restrittivo della concorrenza in sé lo schema delle fideiussioni *omnibus*, ma ha ritenuto restrittive della concorrenza esclusivamente le tre clausole specifiche più volte citate. Se queste tre clausole si ritengono nulle in quanto riprodotte nei singoli contratti «a valle» attuativi dell'intesa (o meglio, consecutivi all'intesa), ciò dovrebbe valere indipendentemente dal fatto che il contratto «a valle» sia una fideiussione *omnibus* oppure una fideiussione specifica. In altri termini, la *ratio* della pronuncia della Banca d'Italia di accertamento di un'illecita intesa restrittiva della con-

dozione generalizzata di moduli anticoncorrenziali in difetto di una contrattazione individuale (conclusioni, p. 14). Per un caso di pratica commerciale scorretta nel quale è stata liquidata equitativamente una somma come perdita di chance per non avere potuto il consumatore scegliere liberamente sul mercato a condizioni migliori, v. Coll. Milano ABF, 16 marzo 2015, n. 1899.

(82) Anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, v. Trib. Brescia, 4 marzo 2022, n. 529, in *One Legale*.

correnza, in relazione alle tre clausole in esame, poggia non tanto sulla natura *omnibus* o specifica della fideiussione in cui le stesse sono inserite, quanto sul contenuto delle clausole in discussione (ingiustificatamente sfavorevole al fideiussore), nella misura in cui esse siano applicate in modo uniforme e generalizzato, trattandosi tra l'altro pacificamente di clausole predisposte unilateralmente su modulo prestampato (come si può riscontrare anche nel caso di fideiussione specifica). Proprio l'identico contenuto delle clausole di cui a una fideiussione specifica rispetto alle clausole del modulo ABI non può che far presumere – come avviene per le corrispondenti clausole dello schema di fideiussione *omnibus* – che si tratti delle stesse clausole oggetto all'epoca di un'intesa restrittiva della concorrenza volta ad applicarle in modo uniforme secondo un unico modello diffuso in via generalizzata salva prova contraria dell'istituto di credito (ad esempio, relativa a una trattativa individuale con il cliente) (83).

La Sezioni Unite non si occupano direttamente della questione, però il caso oggetto della sentenza è pacificamente un caso di fideiussione specifica. La circostanza che nel giudizio relativo a detta fideiussione non sia stata revocata in dubbio l'applicabilità della nullità parziale a una fattispecie di fideiussione specifica, indirettamente potrebbe avvalorare il principio per cui la nullità parziale vale anche per questa figura di garanzia.

(83) Le superiori considerazioni trovano riferimento in parte della giurisprudenza più recente sul tema – v. Trib. Chieti, 16 marzo 2021, in *One Legale* – la quale ha, a mio avviso correttamente, affermato: «Quanto poi alla estensione della nullità anche alle fideiussioni specifiche, va affermato che una distinzione, tra fideiussione “omnibus” e non, non è convincente perché la differenza non riguarda le condizioni della garanzia stessa (identiche, per entrambe, al noto schema ABI censurato dall'autorità antitrust) ma divergono solo nel relativo oggetto...». Sulla estensibilità della nullità alle fideiussioni specifiche, cfr. App. Bari, 15 ottobre 2020, *ibidem*: «È nulla la fideiussione specifica conforme allo schema ABI vietato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005 e la nullità è totale in ragione del carattere essenziale che va riconosciuto alle clausole dello schema»; Trib. Vicenza, 23 agosto 2021, *ibidem*, che ha sottolineato la sostanziale identità fra le clausole riportate nella lettera di fideiussione specifica per cui era controversia e quelle ritenute illegittime dalla Banca d'Italia. Cfr. in senso affermativo anche Trib. Padova, 7 giugno 2020, *ibidem*; Trib. Matera, 6 luglio 2020 e App. Torino, 20 luglio 2020, *ibidem*.