

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



Estratto



G. Giappichelli Editore



GIOVANNI STELLA

Professore ordinario di diritto privato – Università di Pavia

FIDEIUSSIONI OMNIBUS CONFORMI ALLO SCHEMA ABI*

SOMMARIO: 1. Il problema delle fideiussioni omnibus conformi al modello ABI. – 2. Le clausole dello schema di fideiussione omnibus dichiarate lesive della concorrenza dall'Autorità Garante e la giustificazione del provvedimento. – 3. L'ordinanza di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810. – 4. La questione se la nullità (parziale) dell'intesa ABI "a monte" comporti la nullità delle clausole corrispondenti dei contratti di fideiussione "a valle". – 5. Segue. La tesi della nullità delle clausole (dichiarate lesive della concorrenza) nei contratti di fideiussione "a valle". – 6. Segue. Obiezioni all'orientamento sulla nullità e la tesi del rimedio risarcitorio. – 7. La questione dell'uniformità di applicazione delle clausole dichiarate lesive della concorrenza. – 8. Le conseguenze dell'eventuale nullità delle clausole dichiarate lesive della concorrenza: l'ipotesi della nullità solo parziale. – 9. La nullità delle singole clausole e l'integrazione legale del contratto ex art. 1419, comma 2, c.c. – 10. Segue. Il problema dell'estensione della nullità delle singole clausole all'intero contratto di fideiussione ex art. 1419, comma 1, c.c. – 11. Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno.

1. – Oggetto del presente scritto è il problema delle fideiussioni omnibus predisposte unilateralmente dalle banche in senso conforme a uno schema di "Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie", redatto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel lontano 2002¹.

La questione nasce dal fatto che nel 2005 la Banca d'Italia, all'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi, aveva stabilito che alcune clausole di quello schema ABI (sulle quali v. *infra*), in quanto applicate in modo uniforme dalle

* L'autore è componente del Collegio ABF di Milano. La posizione espressa in questo contributo ha carattere personale e non è in alcun modo riferibile al Collegio.

Il presente scritto ha preso spunto da una relazione svolta il 18 novembre 2019, presso l'Università Statale di Milano, al Convegno "Il diritto bancario tra innovazioni legislative, decisioni delle Corti e orientamenti dell'Abf".

¹ Gli schemi contrattuali predisposti dall'ABI erano denominati originariamente "Norme uniformi bancarie" (cosiddette NUB), successivamente sono stati denominati "Condizioni generali relative al rapporto banca cliente", al fine di rimarcare la loro non vincolatività.



banche, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza vietata, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a), della legge – cosiddetta “*antitrust*” – n. 287 del 10 ottobre 1990.

Dopo un lungo periodo in cui la vicenda è rimasta, per così dire, dormiente e quiescente, a seguito di una recente sentenza della Cassazione del 12 dicembre 2017 n. 29810² 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): ciò in quanto tali garanzie, in relazione alle clausole in oggetto, costituirebbero attuazione dell'intesa restrittiva della concorrenza dichiarata illecita *illo tempore*. Secondo questo indirizzo, le fideiussioni conformi al suddetto schema ABI sarebbero da considerare, in base a una terminologia ormai diventata di uso comune, i negozi “a valle” di un'intesa “a monte”, la cui illiceità è già stata accertata dall'Autorità competente (sia pure limitatamente ad alcune clausole) e, quindi, sarebbero travolti anch'essi dalla nullità dell'intesa “a monte”.

Considerato il notevole clamore sollevato dalla suddetta sentenza della S.C., va *in limine* segnalato – nel senso di un ridimensionamento della portata della sentenza della Cassazione del dicembre 2017, ammesso e non concesso (sul punto v. *infra*) che tale sentenza abbia davvero configurato una nullità delle fideiussioni in questione – che una più recente Cassazione del settembre 2019 n. 24044³ ha dichiarato espressamente, sia pure in modo sintetico, che le clausole riproduttive dell'intesa dichiarata illecita e inserite nelle fideiussioni non sarebbero nulle, comportando solo eventualmente il risarcimento del danno a favore del fideiussore. Sempre nella stessa sentenza si osserva che, anche a voler configurare una nullità del contratto, tale nullità sarebbe soltanto parziale (ossia relativa soltanto alle clausole dichiarate illecite dall'Autorità Garante), come del resto aveva deciso lo stesso giudice di merito. La nullità parziale, come vedremo, può – a seconda del concreto oggetto della controversia – essere rilevante a tutela del garante, ma non avrebbe comunque quegli effetti dirompenti derivanti da una declaratoria di nullità totale del contratto⁴.

² Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810, *Corr. giur.*, 2018, 8-9, p. 1063, nota di FEDERICO.

³ Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, *Giur. it.*, 2020, 2, 358 nota di DI MICCO.

⁴ Al momento della pubblicazione del presente scritto, l'ultima sentenza della Cassazione pubblicata che si è occupata del tema delle fideiussioni *omnibus* conformi al modulo ABI, è Cass. civ., ord., 19 febbraio 2020, n. 4175, la quale si è però limitata ad enunciare il principio per cui “La nullità della fideiussione posta a fondamento dell'azione revocatoria è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, ma non può essere accertata sulla base di una ‘nuda’ eccezione, sollevata per la prima volta con il ricorso per cassazione, basata su contestazioni in fatto in precedenza mai effettuate, a fronte della quale l'intimato sarebbe co-



Va in ogni caso osservato – sempre in fase di premessa – che, prendendo le mosse dalla fattispecie di base cui ho accennato (clausole di una fideiussione riprodottrici delle condizioni generali predisposte dall'ABI e dichiarate lesive della concorrenza), per arrivare a sostenere la nullità della fideiussione, soprattutto la nullità totale, si devono superare tutta una serie di delicati problemi giuridici che si frappongono sulla strada per arrivare a questa conclusione.

2. – È fondamentale, per il prosieguo del discorso, indicare quali sono le clausole della fideiussione “incriminate” e per quali motivi sono state dichiarate frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza.

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. 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 per fallimento 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*»; 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 cod. civ. «*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*».

Tali clausole, in generale, prevedono degli oneri per il fideiussore diversi e ulteriori ri-

stretto a subire il “*vulnus delle maturate preclusioni processuali*” (nella specie, un istituto di credito aveva esercitato l'azione revocatoria nei confronti di alcuni fideiussori e questi ultimi hanno eccepito, solo davanti alla S.C., la nullità della garanzia da loro prestata perché conforme allo schema contrattuale elaborato dall'ABI, di cui si discute).



spetto a quelli previsti dalla disciplina codicistica, con l'effetto di rendere più gravosa la posizione del garante e di rendere più vantaggiosa, invece, la posizione contrattuale della banca ⁵.

Così, la clausola che dispone, per il caso di estinzione del debito principale (ad esempio per pagamento da parte dello stesso debitore), la "reviviscenza" della garanzia ove successivamente il debito principale risorga per effetto dell'annullamento del pagamento e della restituzione di quanto incassato dalla banca, può risultare particolarmente gravosa per il garante. Si pensi all'ipotesi in cui il pagamento eseguito dal debitore a favore della banca sia oggetto di revocatoria a seguito di fallimento dello stesso: il fideiussore che a quel punto sia escusso dalla banca si troverebbe nell'impossibilità o estrema difficoltà di esercitare il regresso nei confronti del soggetto garantito ormai fallito. Inoltre, la clausola in questione può comportare la deroga all'art. 1945 c.c. in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca ottenendo la restituzione di quanto abbia eventualmente pagato in eccedenza rispetto al dovuto: in tal caso il fideiussore sarebbe comunque obbligato a rimborsare alla banca le somme che la stessa risulti tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni spettanti al debitore ⁶.

La clausola che estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale, prevede un obbligo del garante ulteriore e diverso rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, e in deroga all'art. 1945 c.c. Una siffatta previsione potrebbe indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate ⁷.

Per quanto concerne la clausola di deroga all'art. 1957 c.c., il termine di decadenza – normalmente di 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale – previsto dalla norma per l'esercizio dell'azione da parte del creditore contro il debitore principale ha la funzione di non esporre il garante per un tempo troppo lungo alla possibile azione del creditore (anche per salvaguardare il suo diritto di regresso verso il debitore principale), mentre la banca creditrice, in virtù di tale deroga, disporrebbe di un termine molto più lungo (coincidente con quello della ordinaria prescrizione) per escutere la garanzia fideiussoria.

⁵ Cfr. § 12 del Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia.

⁶ Cfr. § 85 del Provvedimento n. 55.

⁷ Cfr. § 86 del Provvedimento n. 55.



Si tratta ora di approfondire le ragioni per cui queste clausole sono state considerate, dall'Autorità Garante, restrittive della concorrenza.

L'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 per la tutela della concorrenza e del mercato (cosiddetta *antitrust*) considera intese (che possono essere restrittive dalla concorrenza) gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché *“le deliberazioni di associazioni di imprese”*⁸.

Le condizioni generali di contratto predisposte dall'ABI relativamente alla *“fidejussione bancaria”*, in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, legge n. 287/1990⁹.

Il comma secondo dell'art. 2 della legge n. 287/1990 vieta, fra l'altro, *“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...”*. Il terzo comma precisa che *“Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”*.

Secondo l'Autorità Garante, tali clausole prevedono per il fideiussore oneri ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla disciplina ordinaria senza un'adeguata giustificazione e in mancanza di un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti; potrebbero quindi comportare effetti anticoncorrenziali in seguito a un'eventuale adozione generalizzata da parte delle banche, limitando in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, sotto il profilo delle condizioni contrattuali, il prodotto offerto e ostacolando la pattuizione di migliori clausole contrattuali per il garante¹⁰.

⁸ V. legge 10 ottobre 1990, n. 287, *“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”*, art. 2 (*Intese restrittive della libertà di concorrenza*): *“1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. 2. Sono vietate 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: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”*.

⁹ Cfr. provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia.

¹⁰ La restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato



Si deve sottolineare che le tre clausole dello schema ABI sono considerate lesive della concorrenza, non per il semplice fatto che siano adottate in modo generalizzato e uniforme dalla maggior parte delle banche, anche perché in tal caso dovrebbero essere considerate lesive della concorrenza indistintamente tutte le clausole dello stesso schema. Invero, anche tenendo conto del legittimo interesse delle banche a razionalizzare i rapporti giuridici di massa tramite condizioni generali di contratto, sono state considerate illegittime sotto il profilo anticoncorrenziale solo le clausole uniformi che prevedono un trattamento deteriore per il garante in modo ingiustificato e squilibrato rispetto all'assetto degli interessi delle parti, in quanto volte a scaricare sul garante oneri e conseguenze che la banca potrebbe assumere su di sé¹¹. Sotto questo profilo, sempre secondo l'Autorità Garante, 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 del pagamento “*a prima richiesta*” (cfr. art. 7 dello schema: “*il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio*”). In base a questa clausola, il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca, che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale, ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento (cosiddetta clausola *solve et repete*), al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca (che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione). Come emerso nel corso dell'istruttoria, tale clausola – consentendo al creditore di

rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI. Osserva ancora l'Autorità Garante che “*La concorrenza tra gli operatori si articola sia sulle condizioni economiche sia sui contenuti del contratto: tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio o il prodotto vengono resi (§ 55 Provvedimento)... sono da ritenersi in contrasto con le regole della concorrenza gli schemi contrattuali atti a: – fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti; – precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto (§ 56 Provvedimento).*”

¹¹ Cfr. § 60 del Provvedimento della Banca d'Italia: l'Autorità di controllo ha proceduto a verificare se l'uniformità delle singole clausole fosse giustificata con l'esigenza di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche, ovvero se la diffusione generalizzata di talune clausole potesse produrre effetti anticoncorrenziali in quanto inducesse una completa uniformità in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela.

Sul punto cfr. CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della corte di cassazione*, in *Diritto bancario.it*, 2018, p. 2 ss.



pretendere il pagamento dal garante in via immediata, senza dover esperire a tal fine onerose procedure giudiziarie – risulterebbe funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario e ad un'adequata protezione delle esigenze connesse al credito bancario (in altri termini, senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non verrebbe accettata e non verrebbe quindi concesso il finanziamento)¹². Tale valutazione, secondo l'Autorità Garante troverebbe conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola a prima richiesta essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio di credito¹³.

Viceversa, sempre secondo il Provvedimento dell'Autorità Garante, la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e le cosiddette clausole di "sopravvivenza" 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 stessa¹⁴.

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 legge n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza"*.

¹² Cfr. § 81 del Provvedimento: *"La clausola 'a prima richiesta' è particolarmente importante ai fini di un'adequata protezione delle esigenze connesse al credito bancario, poiché permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione; al contempo, essa consente al fideiussore di far valere i suoi diritti in un momento successivo, al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione"*.

¹³ Infatti, nel quadro dell'Accordo sul Capitale (Basilea 2) affinché una garanzia personale possa essere considerata come strumento di riduzione dei requisiti della banca finanziatrice, è essenziale che il contratto non consenta al garante di evitare o ritardare il pagamento di quanto dovuto, in caso di inadempimento del debitore: pertanto, la clausola "a prima richiesta" assolve a questa caratteristica, ma al contempo non determina un ingiustificato squilibrio della posizione del garante, perché quest'ultimo può sempre agire per la restituzione di quanto ingiustamente pagato, facendo valere successivamente le eccezioni (meccanismo del *solve et repete*).

¹⁴ § 96 Provvedimento Banca d'Italia.



Tale provvedimento evidentemente ha implicato l'accertamento, da parte dell'Autorità Garante, che all'epoca quelle clausole erano applicate in modo generalizzato dalla maggior parte delle banche. In conseguenza di tale accertamento, l'ABI aveva inviato a suo tempo alle banche associate la comunicazione di un nuovo modello di condizioni generali della fideiussione *omnibus*, con l'eliminazione di quelle tre previsioni e con l'invito a considerare lo schema di fideiussione come una traccia priva di valore vincolante o di raccomandazione, che poteva essere modificata in ogni sua parte.

3. – Nel caso oggetto dell'ordinanza di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, a fronte di una richiesta del garante di dichiarazione di nullità di una fideiussione conforme al modello ABI del 2002, dichiarato nullo come si è visto dal provvedimento della Banca in funzione di autorità garante del 2005, la Corte di Appello aveva respinto la domanda in quanto il contratto di fideiussione (stipulato nel febbraio 2005) era anteriore al suddetto provvedimento della Banca d'Italia del maggio 2005.

Nel censurare il ragionamento della Corte territoriale, la Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: *“In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione “a valle” di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse “a monte” (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprend[e] anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità Garante indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza”.*

L'articolato principio di diritto enunciato dalla S.C. pare volto sostanzialmente ad affermare che, ai fini dell'applicazione della disciplina sulle intese anticoncorrenziali vietate di cui alla legge n. 287 del 1990, art. 2, devono considerarsi quali contratti “a valle” costituenti l'applicazione delle intese illecite concluse “a monte” anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità Garante, a condi-



zione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del contratto "a valle" oggetto del giudizio, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza. Il così definito ambito di applicazione temporale della disciplina anti-trust ben potrebbe riguardare però, anche nelle intenzioni della S.C., soltanto la legittimazione del contraente finale a far valere la nullità dell'intesa "a monte" e a chiedere il risarcimento del danno, non a far valere specificamente la nullità del contratto "a valle"¹⁵.

In altro passaggio della motivazione la S.C. afferma: "... la Corte territoriale ... non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto [febbraio 2005] per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze (maggio 2005), poiché se la violazione "a monte" (abi 2002) è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antitrust)". Anche su questo punto, il ragionamento svolto dalla Corte non ha, a mio avviso, una natura assertiva ("la Corte territoriale non dovrà escludere la nullità"), ma soltanto ipotetica ("la Corte territoriale non può né potrà escludere la nullità"), risultando chiaramente incentrato soltanto sul profilo temporale per cui ai fini dell'applicazione della legge antitrust (che, si ripete, potrebbe essere limitata al riconoscimento della legittimazione del contraente finale a far valere la nullità dell'intesa e a chiedere il risarcimento del danno) il contratto "a valle" rileva anche se anteriore all'emanazione del provvedimento dell'Autorità garante¹⁶.

In ogni caso, sicuramente rimane impregiudicata la questione, come vedremo più rilevante, se si tratti di nullità totale o parziale¹⁷. Del resto, secondo una sorta di interpretazione autentica, la successiva e già menzionata Cass. n. 24044/2019, ha chiarito che l'ordinanza di Cass. n. 29810/2017 concerneva l'efficacia temporale del provvedimento

¹⁵ La S.C., nel principio di diritto, fa semplicemente riferimento al negozio "denunciato come nullo" nella domanda del ricorrente.

¹⁶ Cfr. CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 19. Nel senso, invece, che la sentenza in esame sembri accogliere la tesi della nullità totale dei contratti "a valle", v. 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.*, 2, 2020, p. 379; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, n. 3, pp. 3 ss.

¹⁷ CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 2 ss.



della Banca d'Italia, e non già l'effettiva nullità delle clausole il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione¹⁸.

4. – Ciò premesso, la questione giuridica centrale e principale da affrontare è se l'illiceità (parziale) dell'"intesa" ABI, e quindi la sua nullità, comporti la nullità delle singole fideiussioni stipulate dalle banche¹⁹ con gli utenti, ossia i fideiussori, in conformità a quell'intesa. Tale interrogativo si inserisce nel tema più generale delle possibili conseguenze dell'accertamento di nullità di un'intesa anticoncorrenziale sui contratti "a valle" riproduttivi dell'intesa e stipulati dall'impresa che ha partecipato all'intesa con i consumatori finali, dovendosi valutare se ne derivi la nullità anche di tali singoli contratti²⁰.

Va tenuto presente che il problema generale può riguardare fattispecie molto eterogenee e diverse fra di loro: si pensi, oltre alla vicenda delle fideiussioni conformi al modello ABI, ai casi del cartello di compagnie di assicurazione che fissi un prezzo uniforme elevato per una certa polizza, impedendo all'assicurato di stipulare una polizza a un prezzo inferiore²¹ o del cartello di alcuni istituti di credito in relazione alla determinazione dell'indice dei tassi Euribor²².

Nel caso delle fideiussioni di cui qui si discute, la questione, più propriamente, va impostata nel senso se 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. In altri termini, posto che il provvedimento dell'Autorità Garante ha sancito l'illiceità so-

¹⁸ Anche Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846 – la quale ha enunciato un principio di diritto in tema di onere della prova della applicazione uniforme delle clausole (sul punto, v. *infra*) – in un passaggio della motivazione, *incidenter tantum*, sembrerebbe essersi pronunciata, ma solo in via ipotetica, nel senso della nullità dei contratti a valle di intese anticoncorrenziali dichiarate illecite: "Quel che assume rilievo, ai fini della predichiesta inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207..."

¹⁹ Il quesito riguarda propriamente le banche che hanno partecipato all'intesa e quindi aderenti all'ABI, ossia pressoché tutte le banche operanti in Italia.

²⁰ Sul tema generale, cfr. ONORATO, *La nullità delle intese*, in CICATRALÀ-GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2011, pp. 201 ss.

²¹ Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

²² Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9708, sentenza esaminata più specificamente *infra*.



lo delle menzionate tre clausole dell'intesa ABI, non ci si potrebbe certo chiedere, in via diretta, se tale dichiarazione di nullità investa il singolo intero contratto di fideiussione, ma solo se la nullità di queste tre clausole del modulo ABI si propaghi alle corrispondenti clausole inserite nel singolo contratto di fideiussione; semmai, in caso di risposta affermativa, si dovrà poi valutare se l'eventuale nullità si estenda a l'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 contratto²³.

In relazione, invece, ad altre fattispecie di violazione delle norme sulla libertà di concorrenza, laddove il singolo contratto riproduca integralmente una certa intesa anticoncorrenziale (o una clausola relativa in modo chiaro a un elemento essenziale del contratto, quale il prezzo del bene di scambio) non può escludersi che il problema della nullità dell'intesa investa *tout court* fin da subito l'intera nullità del singolo contratto a valle (salva l'applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c. sulla sostituzione delle clausole nulle con norme imperative)²⁴.

5. – Si premette che in questa materia – anche in una prospettiva di carattere generale e non limitata alle fideiussioni ABI – risulta problematico giustificare la nullità dei contratti “a valle”, dovendosi prendere le mosse dal presupposto²⁵ che la legge *antitrust* nell'art. 2 prevede testualmente solo la nullità dell'intesa anticoncorrenziale “a monte” e nell'art. 33 regola, sotto il profilo della competenza giurisdizionale, le azioni di nullità (dell'intesa) e il risarcimento del danno, ma in nessuna norma prevede la nullità del contratto “a valle”²⁶.

²³ Come si verificherebbe, ad esempio, in caso di nullità di una clausola sul prezzo del contratto, almeno laddove il prezzo stabilito dalle parti non sia sostituito imperativamente da altro prezzo fissato dall'autorità (cfr. art. 1339 c.c., in combinazione con l'art. 1419, comma 2, c.c.).

²⁴ In tema di fideiussioni *omnibus*, a puro titolo di esempio, si sarebbe potuto porre direttamente un problema di nullità dei singoli contratti di garanzia ove la clausola dichiarata anticoncorrenziale fosse quella relativa alla fissazione uniforme di un tetto massimo garantito (cfr. art. 1938 c.c.), perché qui la clausola avrebbe riguardato *ictu oculi* l'oggetto del contratto e quindi un elemento essenziale; tale ragionamento non è riproducibile con riferimento a clausole, almeno apparentemente, secondarie quali quelle, di cui oggi si discute, riguardanti la reviviscenza o la sopravvivenza della garanzia o ancora la deroga all'art. 1957 c.c.

²⁵ V. però quanto si dirà, *infra*, nel testo e nella nota 34.

²⁶ Critico sul punto LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 379, secondo cui da un lato l'art. 33 della legge *antitrust* è una norma sulla competenza e quindi è da escludere che abbia



Ciò nonostante, la nullità (parziale o totale a seconda dei casi) dei singoli contratti “a valle” riproduttivi di clausole o condizioni di un’intesa tra imprese dichiarata illecita è stata sostenuta con una tale varietà di teorie che non è possibile in questa sede darne conto compiutamente, ma soltanto per sommi capi²⁷. Va ribadito, del resto, come già accennato, che il problema della possibile nullità dei contratti “a valle” di intese illecite ai sensi della legge *antitrust* del 1990 si è posto ben prima e al di fuori della problematica odierna delle fideiussioni *omnibus* conformi agli schemi ABI²⁸.

La motivazione di fondo delle varie teorie sulla invalidità dei contratti con l’utente finale, è che 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 sostanziale esecuzione, finalizzano la collusione “a monte” e realizzano quegli effetti restrittivi alla libertà di concorrenza che la normativa *antitrust* intende reprimere²⁹. In sostanza, secondo questa concezione, data la fissazione da parte di un cartello di imprese di un prezzo uniforme elevato che impedisca la fissazione 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.

Più specificamente, si tende a configurare una sorta di “nullità derivata” dei singoli contratti attuativi di un’intesa anticoncorrenziale in violazione della legge *antitrust*, soprattutto quando – come nel caso di specie – i singoli contratti “a valle” riproducono le condizioni contrattuali dell’intesa nulla, così che l’illiceità di quest’ultima si propagherebbe e si rifletterebbe indirettamente sui contratti finali³⁰. I contratti “a valle” costituirebbero lo strumento con cui l’intesa illecita entra sul mercato e sarebbero essenziali per

voluto limitare i rimedi derivanti dall’applicazione di norme generali di diritto privato, da altro la norma si riferisce genericamente a “le azioni di nullità”, le quali potrebbero essere intese in senso estensivo.

²⁷ Alquanto significativamente, v. GENTILI, *La nullità dei ‘contratti a valle’ come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 4, 2019, pp. 675 ss., con riferimento alla sola dottrina: “Si contendono il campo, infatti, quantomeno sette tesi” (a cui va aggiunta quella dello stesso Autore, per cui invero sarebbero almeno otto, su cui v. *infra*, in questo §).

²⁸ Di frequente la questione si è posta per la nullità di alcune NBU nel settore dei contratti bancari.

²⁹ GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1999, I, 79 ss.; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 158 ss.

³⁰ MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., 164-165; BERLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole antitrust ed effetti sui «contratti a valle»: una ipotesi di soluzione a un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 345 ss.; BASTIANON, *Nullità a cascata? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, 1075 ss.



la realizzazione effettiva e finale della restrizione della concorrenza; nella misura in cui consentono alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta e di realizzare l'extraprofitto oggetto dell'intesa illecita, parteciperebbero direttamente e inscindibilmente della illiceità dell'intesa "a monte". Sussistendo una "necessaria strumentalità" tra l'intesa distorsiva della concorrenza e i negozi attuativi, i due accordi dovrebbero essere considerati come parte di una pratica "complessivamente illecita", estendendo anche al singolo contratto il rimedio della nullità³¹.

Ancora, la legge n. 287/1990 mirerebbe ad assicurare, non soltanto la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., ma anche la protezione delle ragioni del consumatore, al quale dovrebbe essere garantita la conservazione di un regime di effettiva concorrenzialità del mercato: a questo ultimo dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di far valere l'illiceità tanto dell'intesa anticoncorrenziale, quanto del singolo contratto mediante il quale gli sono state imposte condizioni ingiuste e svantaggiose³².

Nel senso della nullità (non solo delle clausole in questione ma addirittura totale) dei contratti di fideiussione conformi allo schema ABI, si è pronunciata vasta parte della giurisprudenza di merito, seguendo sostanzialmente il modello della nullità per illiceità "derivata" e di frequente dando (erroneamente) per scontato il presupposto che con ordinanza n. 29810/2017 la Corte di Cassazione avrebbe dichiarato nulli, per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 (legge antitrust), i contratti di fideiussione che contengano le norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, in quanto concretizzazione e sbocco illeciti delle intese vietate³³.

³¹ Secondo PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, nota a Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2004, I, p. 466 ss., il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita. In senso conforme, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, nota a Cass. civ. ord., 28 novembre 2018, n. 30818, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 517 ss.

³² Trib. Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018, richiamando la già citata Cass. n. 29810/2017: "la Legge Antitrust detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari tutti i soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo dello stesso; e quindi proprio tale interesse risulta violato quando viene eluso il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, per cui il consumatore ha diritto a far valere la nullità del contratto a valle".

³³ Oltre alla sentenza citata nella nota precedente, si vedano, *ex multis*, App. Bari, sez. II, 21 marzo 2018, in *banca dati Giuffrè*: "...Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche [lo schema predisposto dall'ABI] rispetto alla normativa antitrust vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative....secondo il Supremo Collegio, la violazione dell'art. 2 della Legge Antitrust, consumatasi a monte nella predisposizione e nell'ado-



In tale contesto non è mancato chi ha voluto anche vedere nella legge *antitrust* un riferimento testuale alla nullità dei singoli contratti “a valle”. Si è infatti osservato che la sanzione prevista dalla normativa antitrust (art. 2) è la nullità “*ad ogni effetto*” delle intese vietate: 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 accertamento³⁴.

La tesi della nullità delle clausole dei singoli contratti di fideiussione è sostenuta con vigore anche dalla giurisprudenza ABF, in particolare dal Collegio di Milano con una recente e significativa decisione³⁵. Partendo dal presupposto che “*scopo della legge 287/1990 è quello di pretendere dei risultati (un mercato in cui la concorrenza non sia*

zione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati a valle in conformità allo schema, giacché questi costituiscono lo sbocco sul mercato dell’intesa illecita....Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l’illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all’accertamento effettuato dalla B.I....”; Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, in banca data Wolters Kluvers, nota di TOSCHI VESPASIANI: “*L’illecito anticoncorrenziale consumato con lo schema ABI, non può che travolgere con la nullità il negozio concluso ‘a valle’, per la violazione dei principi della Legge Antitrust in quanto il cosiddetto contratto ‘a valle’ costituisce lo sbocco dell’intesa a monte vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, con la lesione del diritto del consumatore finale a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza*”; Trib. Salerno, sez. I, 5 febbraio 2020, in banca dati Wolters Kluver: “*l’invalidità dell’intesa ‘a monte’ tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estend[e] in via derivata al contratto di garanzia ‘a valle’, stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l’intesa ‘a monte’, ancorché conclusa tra soggetti diversi da quelli che stipuleranno il contratto ‘a valle’ ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia...qualsiasi forma di distorsione della competizione del mercato (che rappresenta un valore costituzionale ai sensi dell’art. 41 Cost., dunque espressione di un interesse generale), in qualunque modo posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l’accertamento della violazione dell’art. 2 della normativa antitrust, per cui è inevitabile concludere che l’intero portato, a valle di quella distorsione, debba essere assoggettato alla sanzione della nullità...Alla luce di quanto innanzi esposto, dunque, consegue che la fideiussione conclusa da (...) con la Banca convenuta è affetta da nullità totale per essere in contrasto con il disposto dell’articolo 2 della L. n. 287 del 1990*”; sostanzialmente nello stesso senso, v. già Trib. Salerno, I sez., 23 agosto 2018, n. 3016 sito *Il caso.it*, 2019.

³⁴ Cfr. in tal senso Trib. Padova, sez. II, 11 febbraio 2020, secondo cui la circostanza che l’ultimo comma della citata disposizione normativa qualifichi le suddette intese come “nulle ad ogni effetto” sarebbe il frutto di una precisa, scelta legislativa, che ha inteso vietare la propagazione degli effetti dell’intesa anticoncorrenziale. Aggiunge il Tribunale che “*È del resto notorio che il principale sbocco di simili intese è rappresentato proprio da atti aventi natura contrattuale, posto che le imprese che partecipano ad un’intesa anticoncorrenziale (nel caso, di specie per far parte dell’associazione che ha elaborato lo schema di fideiussione e per farne pedissequa applicazione) per beneficiare dell’effetto discorsivo della concorrenza, devono modificare o mantenere le loro condizioni contrattuali nei confronti della clientela, così da acquisire o conservare l’indebito vantaggio*”. Contra, Trib. Treviso, 26 luglio 2019, n. 1623, secondo cui la previsione che “*Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*” sarebbe pleonastica.

³⁵ Coll. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558 (relatore DENOZZA), *Contratti*, 2020, 1, 91.



falsata) e di escluderne altri (un mercato in cui la concorrenza sia limitata)”, il Collegio osserva che 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 antitrust³⁶.

Parte della dottrina ha cercato di giustificare la possibile invalidità dei contratti a valle con argomentazioni maggiormente ancorate ai presupposti civilistici della nullità³⁷.

Quella del contratto “a valle” sarebbe un’ipotesi di *nullità derivata* per vizio riflesso, frutto del *collegamento* negoziale in senso tecnico (così come elaborato dalla giurisprudenza) intercorrente tra l’intesa illecita “a monte” e il contratto attuativo – dal punto di vista dell’impresa – dello scopo anticoncorrenziale; tale collegamento imporrebbe una considerazione unitaria della fattispecie in applicazione del principio *simul stabunt simul*

³⁶ Coll. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, cit., secondo cui, 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.

Va evidenziato, peraltro, che il Collegio ABF Napoli, 16 febbraio 2015, in un caso analogo a quello delle fidejussioni *omnibus*, di fissazione da parte dell’ABI delle condizioni-tipo per la regolazione dei servizi RID in conto corrente, ha affermato: “se è impossibile negare che l’esistenza della violazione di norme disciplinatrici della concorrenza realizzatasi sub specie di coordinamento nella definizione delle condizioni economiche dei contratti destinati ad essere conclusi con la clientela è destinata in qualche modo a riflettersi su tali contratti, non è tuttavia possibile sostenere che quel riflesso debba ravvisarsi necessariamente nella nullità della pattuizioni contrattuali che si conformano al contenuto dell’intesa vietata”.

³⁷ Per un quadro sulle varie tesi favorevoli alla nullità, anche con riferimento al rapporto in generale fra intesa anticoncorrenziale “a monte” e singoli contratti “a valle”, cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Milanofiori Assago, 2016, pp. 335 ss.; GENTILI, *La nullità dei ‘contratti a valle’ come pratica concordata*, cit., p. 675 ss.; BELLI, *Contratto a “valle” in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, nota a Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810, *Giust.civ.com*; BORRILLO, *La nullità della fidejussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 3 ss.



cadent e la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe automaticamente anche i contratti che a questa danno attuazione³⁸.

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 legge *antitrust* intesa come norma di ordine pubblico economico relativa alla libera concorrenza. Sotto questo profilo, si tratterebbe non di una nullità testuale *ex art.* 1418, comma 1, c.c. che è limitata all'intesa³⁹, ma di una nullità virtuale *ex art.* 1418, comma 2, c.c. per contrarietà a norma imperativa, priva di espressa comminatoria al riguardo, a difesa di un interesse pubblico ossia dell'ordine pubblico economico⁴⁰. Da qui ulteriori specificazioni, per cui l'accordo stipulato in conseguenza della violazione di una norma *antitrust* si caratterizzerebbe per avere un'autonoma causa illecita, *ex artt.* 1343 e 1418, comma 2, c.c., perseguendo l'interesse non meritevole di tutela all'alterazione del mercato concorrenziale⁴¹. Oppure si ravvisa l'ipotesi della nullità per illiceità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., ove il contratto "a valle" riproduca, in particolare sul piano dell'oggetto del contratto, le determinazioni di un'intesa ("a monte") in violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Si menzionano, al riguardo, le intese relative all'adozione di condizioni contrattuali uniformi circa il prezzo del contratto, tramite le quali l'illecita determinazione viene solitamente riprodotta nel singolo contratto finale, peraltro unilateralmente, senza che il consumatore sia in grado di negoziare quanto fissato previamente nell'accordo tra imprese⁴².

³⁸ Così BERTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi*, cit., p. 345 ss.

³⁹ Cfr. peraltro la tesi secondo cui, configurando i contratti con gli utenti finali che riproducono testualmente il prezzo o altre condizioni uniformi stabilite con l'accordo fra imprese, quali "*pratiche concordate fra imprese*" ai sensi dell'art. 2 legge *antitrust* (costituite quindi da un lato dall'accordo fra le imprese volto a fissare condizioni uniformi e da altro lato dai singoli contratti attuativi riproduttivi di tali condizioni uniformi), i singoli contratti sarebbero direttamente nulli per contrasto con il suddetto art. 2: ONORATO, *La nullità delle intese*, cit., 204 ss.; BASTIANON, *Nullità a cascata?*, cit., p. 1074; GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss.

⁴⁰ Cfr. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 1876, con nota di BERTOLOTTI.

⁴¹ Cfr. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 226 ss.

⁴² BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, in nota ad App. Brescia, 29 gennaio 2000, cit., in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss.; CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 452, che prospetta sul punto la tesi dell'illiceità dell'oggetto del contratto "a valle" e della conseguente nullità della clausola relativa al prezzo ma solo per il *surplus* indebitamente corrisposto (con conseguente restituzione del sovrapprezzo *ex art.* 2033 c.c.). Alla nullità potrebbe accedere, secondo l'Autore, il rimedio risarcitorio *ex art.* 1338 c.c. (per omessa comunicazione delle cause di invalidità del contratto).

Per certi versi, anche l'ipotesi relativa alle clausole della fideiussione *omnibus* riproduttive delle condizioni dello schema ABI ritenute illecite rientrano in tale fattispecie, con la differenza che qui tali clausole non riguardano il prezzo del contratto né, in ogni caso, l'oggetto del contratto in senso stretto.



6. – Le varie teorie sopra illustrate, anche quelle orientate a configurare rigorosamente i presupposti civilistici della nullità dei contratti “a valle”, prestano il fianco ad alcune obiezioni.

Va, innanzitutto, ribadito che non è ravvisabile una fattispecie di **nullità** testuale, giacché il comma 2 dell’art. 2 legge *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, e nulla dice sui **contratti** stipulati, “a valle”, tra le imprese e gli utenti finali⁴³. L’art. 33. legge del 1990 n. 287 prevede, a sua volta, con riferimento al menzionato art. 2, che “*Le azioni di nullità [dell’intesa] e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata (in materia di proprietà industriale ed intellettuale) di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni*”⁴⁴.

L’azione collettiva prevista dall’art. 140 *bis* Cod. Consumo (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*”.

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*

⁴³ Cfr. Trib. Verona, III sez., 21 giugno 2018, n. 1473, in *banca dati Giuffrè*; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, *ibidem*. V. già Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 87, nota di FALCONE; Trib. Milano, 25 maggio 2000, *ibidem*; T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 1643 ss., con nota di PAGLIARA, *Intese restrittive della concorrenza nell’ambito di gara*. 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, p. 397 ss.

⁴⁴ Cfr. Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, 1, p. 466: “... all’art. 33 co. 2°, la legge 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*; la 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, sez. III, 6 ottobre 2016, in *banca dati Giuffrè*.



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 sovracompensozioni". Nessun accenno si rinviene in tale testo normativo, come del resto nella stessa direttiva 2014/104/UE, a una tutela in termini di nullità del contratto del soggetto danneggiato dalla intesa restrittiva della concorrenza⁴⁵. Anche 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 risarcitorio⁴⁶. Una volta si sarebbe invocato il brocardo "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", ma certo oggi si potrebbe ipotizzare che non sia stato un silenzio consapevole del legislatore, ma una sua dimenticanza⁴⁷.

Inoltre, ciascuna delle ipotesi considerate di nullità derivata o diretta presenta delle criticità in materia di presupposti civilistici della nullità.

Così è difficilmente configurabile un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico, fra l'intesa delle banche aderenti all'ABI e le singole fideiussioni, che imponga la considerazione unitaria della fattispecie⁴⁸. 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 ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale⁴⁹. Nel caso oggetto di studio la tesi del collegamento negoziale, basata sul

⁴⁵ Trib. Verona, 1° ottobre 2018, n. 3763, in *banca dati Giuffrè*; Trib. Napoli, 17 ottobre 2019, *ibidem*.

⁴⁶ 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*".

⁴⁷ Cfr. sul punto, significativamente, GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., pp. 675 ss., che così argomenta sul silenzio del legislatore antitrust: "*Dimenticanza o esclusione?*".

⁴⁸ Ciò non tanto perché si tratti di intesa collettiva da un lato o deliberazione di associazione di imprese e contratto individuale dall'altro. Infatti il collegamento negoziale trova pacifica applicazione anche nel caso di collegamento tra atti eterogenei, come sarebbe nel caso di specie ove si verserebbe in un collegamento tra un'intesa e un contratto (cfr. Cass., ord., 12 settembre 2018, n. 22216, in *banca dati Giuffrè*).

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 11942, in *banca dati Giuffrè*: "*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*".



presupposto che due o più contratti siano tra loro connessi e preordinati al raggiungimento di un unico e comune interesse pratico illecito, quello della alterazione del mercato, sembra destinata a scontrarsi inevitabilmente con il fatto che il terzo contraente a valle è normalmente ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e, comunque, controinteressato alla sua attuazione⁵⁰. L'utente finale non partecipa soggettivamente al disegno anticoncorrenziale complessivo e stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere⁵¹. 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 funzionale⁵².

Analoga critica vale per la teoria della nullità diretta, derivante da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, secondo cui l'accordo stipulato in conseguenza della violazione di una norma antitrust si caratterizzerebbe per avere una autonoma causa illecita, non perseguendo un interesse meritevole di tutela. Si deve infatti obiettare che nel caso di specie manca un comune intento delle parti circa l'interesse pratico perseguito mediante la stipulazione degli accordi negoziali "a valle"⁵³. Invero, quasi sempre le intese anticoncorrenziali sono frutto di accordi riservati tra imprese, i quali non vedono

⁵⁰ Cfr., indirettamente, Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 11942, citata nella nota precedente. In dottrina, v. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, p. 74 ss.; GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 82; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 98 ss. In giurisprudenza, cfr. già App. Torino, 27 ottobre 1998, cit.; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993.

⁵¹ Cfr. Trib. Ancona, 12 novembre 2019, n. 1914: "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 riprodotte 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". Il Tribunale ha concluso che l'illiceità delle intese a monte, fra imprese bancarie, non è idonea a determinare l'integrale nullità del contratto a valle, ma solo la nullità delle clausole che riproducano il contenuto dello schema contrattuale censurato dal provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, nella specie le clausole nn. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione sottoscritto dall'attore, che anche ove eliminate non inficiano l'obbligo di garanzia assunto di parte opponente.

⁵² Cfr. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623.

⁵³ GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 82 ss.; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 98 ss.; ID, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.



in alcun modo coinvolto il contraente finale⁵⁴. Gli accordi negoziali che conseguono ad una intesa anticoncorrenziale sono da considerarsi autonomi in quanto svolgono una propria funzione economica a prescindere dalla intesa vietata. Semmai solo l'imprenditore persegue, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto; l'altro contraente (nel nostro caso, il fideiussore) stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere⁵⁵.

In merito, infine, alla tesi della nullità del contratto "a valle", sotto il profilo dell'oggetto (artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), essa risulterebbe riferibile solo alle intese i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole (relative all'oggetto del contratto) destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi rispetto all'intesa illecita (tipicamente i "cartelli di prezzo"). In tale situazione, tuttavia, oggetto dell'accordo illecito ex art. 2 della legge n. 287/1990 sarebbe l'uniformazione del prezzo o di altre condizioni contrattuali fra determinate imprese, tale da pregiudicare la libertà di concorrenza nel mercato, piuttosto che il prezzo determinato nel singolo contratto⁵⁶. Non vi sarebbe quindi un contrasto diretto tra la clausola negoziale che recepisce la condizione determinata in modo uniforme dall'intesa e il disposto dell'art. 2 della legge *antitrust*.

La tesi della nullità virtuale del cosiddetto contratto "a valle", per violazione di norma imperativa ex art. 1418, comma 1, c.c. (in difetto di espressa previsione in tal senso), pare collidere con la circostanza che tale tipo di nullità (virtuale), su un piano generale, è configurabile soltanto se si tratti di norma inderogabile, a tutela di interessi generali, che riguardi direttamente elementi intrinseci al contratto, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto e alla sua validità ovvero imponga determinate condizioni di liceità

⁵⁴ Come ampiamente riferito da LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, cit., pp. 338-339 e LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 388, la letteratura tedesca configura la distinzione tra contratti attuativi dell'intesa, i cosiddetti *Ausführungsverträge*, tra i singoli cartellisti e terzi complici (per esempio assumendo anche il contraente finale un impegno di boicottaggio previsto nell'intesa principale, o un impegno limitativo della produzione o della circolazione di determinati beni, ecc.) e contratti "a valle" in senso stretto, i cosiddetti *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza; i primi, in quanto parte costitutiva dell'intesa vietata sono esposti alla medesima sua sanzione, i secondi sono viceversa considerati esenti dalla nullità.

⁵⁵ LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive*, cit., p. 391; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.; v. già GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 83 ss.; MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari*, cit., p. 72. In giurisprudenza, v. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.; Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., in *banca dati Giuffrè*; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, in *banca dati Giuffrè*.

⁵⁶ Cfr. MELI, *Autonomia privata*, cit., p. 169; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.



della stipulazione, quali ad esempio particolari autorizzazioni amministrative ovvero l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri⁵⁷. Con riferimento alla legge *antitrust*, la norma imperativa (“Sono vietate le intese...”) non concerne direttamente il contenuto del contratto “a valle” tra impresa e cliente, ma ha per oggetto unicamente il comportamento tenuto “a monte” dai soggetti aderenti all’accordo la cui condotta risulta antigiusuridica (tenendo conto che l’art. 2 della legge *antitrust* si riferisce non solo alle “intese”, ma anche alle “pratiche concordate” e alle deliberazioni delle imprese, non configurabili propriamente come contratti)⁵⁸. Si dovrebbe pertanto applicare il criterio generale per cui l’inosservanza di norme, sebbene imperative, che impongano o precludano alle parti taluni comportamenti, non può determinare la nullità dell’atto negoziale eventualmente posto in essere in loro violazione, in mancanza di una previsione testuale in tal senso, e la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustificerebbe soltanto l’adozione di rimedi risarcitori⁵⁹.

Quale ulteriore significativo argomento contrario alla tesi della nullità dei contratti “a valle”, è stato evidenziato che tale nullità può risultare in sé pregiudizievole per l’utente finale⁶⁰. 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 la nullità del contratto a valle non giova al consumatore, se non addirittura è contraria al suo interesse⁶¹,

⁵⁷ Cfr. Cass. civ., 24 novembre 2015, n. 23914. Per l’inapplicabilità della nullità virtuale al caso delle fideiussioni conformi al modello ABI, sulla base delle argomentazioni di cui nel testo, v. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit.; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n.1993, cit.

⁵⁸ Per la dottrina, cfr. GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 100; MELI, *Autonomia privata*, cit., 170 s. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 105 s.; ID, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI*, cit., p. 397 ss. Per la giurisprudenza, cfr. ancora Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit. e Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., in *banca dati Giuffrè*.

⁵⁹ Sul cosiddetto principio della non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, cfr. Cass. civ., S.U., 19 settembre 2007, n. 26724: “La violazione di norme imperative poste a tutela di interessi generali, comporta nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., solo laddove si tratti di norme di validità ovvero di norme che attengono alla struttura, al contenuto intrinseco del contratto (o che impongono determinate condizioni di liceità della stipulazione, quali particolari autorizzazioni amministrative, ovvero l’iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri). Differentemente le norme che vietano determinati comportamenti, come quelle che proibiscono condotte anticoncorrenziali, seppure siano volte alla tutela di interessi generali superiori, non sono norme di validità, ma norme di responsabilità. La violazione di quest’ultime, in assenza di una esplicita previsione normativa, non può comportare nullità del contratto, ma consente la possibilità di avvalersi di diversi rimedi quali quello risarcitorio”.

⁶⁰ Cfr. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 393.

⁶¹ Anche nello stesso caso delle fideiussioni ABI, pensiamo all’ipotesi in cui tutte le banche, preso atto



comportando la perdita della prestazione contrattuale⁶². Nel già menzionato caso del “cartello” su un prezzo uniforme maggiorato per le polizze, la nullità della polizza farebbe venir meno la copertura assicurativa e la società di assicurazione potrebbe rifiutare per tale ragione il pagamento dell’indennizzo. Si pensi ancora alla pratica del “*dumping*” (ovvero della vendita di beni su di un mercato estero a un prezzo inferiore al loro costo di produzione sul mercato di origine al fine di conquistare un nuovo mercato), la quale costituisce condotta anticoncorrenziale vietata dagli accordi GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) del 1947 e del 1994 e dai Regolamenti Europei n. 384/1996 e 2026/1997: seguendo la logica della nullità dei contratti a valle, se ne dovrebbe desumere la nullità dei singoli contratti di compravendita con i consumatori, che si vedrebbero quindi esposti o alla retrocessione del bene (nel caso si dichiari la nullità totale), ovvero al pagamento del sovrapprezzo (nel caso opposto in cui si ravvisino gli estremi della nullità parziale *ex art. 1419 c.c.*)⁶³. Nelle ipotesi di contratti bancari di finanziamento contenenti clausole riprodottrici 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 banca⁶⁴.

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 relativa⁶⁵, azionabile a seconda della convenienza nelle diverse fattispecie. Tale configurazione presenta peraltro notevoli difficoltà in assenza di uno specifico riferimento normativo in tal senso e risulta incoerente con l’ipotesi della nullità virtuale *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

della tanto conclamata nullità di tali fideiussioni, facciano valere la nullità delle garanzie appena stipulate o ancora in corso di fisiologica esecuzione, chiedendo di riflesso la restituzione anche dei finanziamenti già erogati al debitore principale, in virtù dell’applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c. ai contratti collegati (su quest’ultimo punto, v. meglio, *infra*, in questo § e § 9).

⁶² LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, p. 370.

Con riferimento al fenomeno delle pratiche commerciali scorrette, nel senso che il rimedio della nullità del contratto stipulato dal consumatore non sia “*fisiologicamente congeniale alla disciplina delle pratiche scorrette e può essere sanzione sovrabbondante rispetto all’interesse del consumatore al mantenimento del vincolo*”, v. CAPOBIANCO, *Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Dir. merc. ass. e finanz.*, 2018, pp. 27-28.

⁶³ Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.

⁶⁴ Cfr. già App. Torino, 27 ottobre 1998, cit. in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2001, II, p. 87 ss.

⁶⁵ LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, pp. 371-372.



consumatore nei rapporti con la banca). Oppure si dovrebbe ipotizzare, come suggerito dalla recente decisione del Collegio ABF di Milano sopra richiamata, che l'obbligo del risarcimento del danno comunque gravante sull'imprenditore partecipante all'intesa debba in ogni caso garantire il ristoro di tutte le conseguenze negative sopportate dal consumatore, ivi comprese quelle che dovessero derivare dalla dichiarazione di nullità del contratto stipulato "a valle" dell'intesa illecita. Soluzione, però, che – oltre a privare il consumatore del bene o del servizio di scambio acquistato (che potrebbero in ipotesi essere anche infungibili) – rischia di essere complessivamente più macchinosa e anti-economica rispetto a quella che lascia intatto il contratto e prevede a carico delle imprese protagoniste dell'intesa l'obbligo di risarcimento dell'eventuale "danno differenziale".

Nella giurisprudenza di legittimità, in relazione ai casi in genere di contratti attuativi di intese anticoncorrenziali dichiarate illecite, tranne la parentesi probabilmente fraintesa della Cassazione del 2017 sulle fideiussioni conformi al modello ABI, risulta una propensione verso il rimedio risarcitorio, piuttosto che verso la nullità dei contratti "a valle".

In particolare, Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. (in una significativa fattispecie sul rapporto fra intesa anticoncorrenziale illecita e singolo contratto attuativo dell'intesa) ha enunciato il principio per cui l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, il quale abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, è la possibilità di chiedere l'accertamento della nullità dell'intesa e il risarcimento del danno⁶⁶. Si noti, tra l'altro, che le argomentazioni utilizzate dal Supremo Collegio per giustificare l'obbligo di risarcimento del danno nei confronti dell'utente finale sono le medesime che in genere adducono i sostenitori della tesi della nullità dei contratti a valle: la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque (anche il consumatore o utente finale) abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere⁶⁷; il contratto cosiddetto "a valle" costituisce

⁶⁶ Nel caso di specie si trattava dell'azione di un consumatore per il ristoro del sovrapprezzo pagato per la polizza assicurativa, in dipendenza di un "cartello" anticoncorrenziale tra imprese di assicurazione della r.c.a. volto a fissare un prezzo unico e uniforme elevato imposto all'assicurato, per cui l'assicurato si era trovato nella situazione di pagare più di quanto una contrattazione che non fosse derivata dal cartello, avrebbe implicato. A fronte di un contrasto (v. Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, 1, p. 1121, nota di PALMIERI; in *Dir. industr.*, 2003, 172, nota di COLANGELO e Cass. civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it.*, 2000, p. 939, nota di AFFERNI), sul quesito se i consumatori, ossia i soggetti non imprenditori e pertanto terzi rispetto all'intesa, fossero legittimati ad esperire l'azione di nullità della stessa di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990, la questione della loro legittimazione ad agire è stata rimessa alle Sezioni Unite.

⁶⁷ Si riconosce, così, la possibile "plurioffensività" del comportamento vietato (cfr. già in tal senso Cass.



lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, lo strumento attraverso il quale i partecipanti alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire⁶⁸. Nella concezione della Suprema Corte appena illustrata, colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia in concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art 33 della legge n. 287/1990 (azione di nullità dell'intesa e di risarcimento del danno)⁶⁹; le azioni risarcitorie, le quali tra l'altro attualmente possono essere collettive *ex art. 140 bis* d.lgs. n. 206/2005, si configurerebbero quali mezzi idonei a mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato⁷⁰.

La successiva e recente Cass. n. 24044/2019, già menzionata, ha escluso la nullità della fideiussione conforme al modello ABI, richiamando proprio le sezioni unite della stessa Cassazione, 2005 n. 2207, così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi "a monte", e cioè le intese, dichiarate illecite per violazione della normativa anti-trust e sanzionate dalla nullità, e i contratti stipulati "a valle", in relazione ai quali potrebbe essere esercitata soltanto l'azione risarcitoria⁷¹.

civ., 1° febbraio 1999, n. 827): un'intesa illecita può ledere, oltre alla autonomia di mercato dei soggetti che la attuano, il patrimonio del singolo soggetto estraneo all'intesa, concorrente o meno degli autori della intesa, ossia gli imprenditori terzi rispetto al cartello (in concorrenza con quegli imprenditori che vi hanno aderito e che risultano a tale titolo pregiudicati dall'intesa) e i soggetti consumatori che concludono contratti con le imprese in attuazione dell'intesa illecita.

⁶⁸ Cfr. motivazione della sentenza, la quale – si ribadisce – è volta ad argomentare la legittimazione del consumatore a far valere la nullità dell'intesa "a monte" e il risarcimento del danno *ex art. 33* della legge n. 287/1990: *"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 anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile. Nella delineata prospettiva dunque il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua. Il contratto a valle è proprio lo strumento attraverso il quale i partecipanti alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire... 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"*. In senso conforme, Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640.

⁶⁹ Interpreta in tal senso la sentenza in commento della S.C. anche LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 381.

⁷⁰ Cfr. in motivazione Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

⁷¹ Cfr. anche il seguente chiaro passaggio della motivazione: *"...quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che 'Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della legge n. 287/1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti*



In conclusione, sul punto, la tesi della nullità del contratto (o di alcune sue clausole) stipulato in conseguenza dell'illecita intesa anticoncorrenziale risulta principalmente basata sul principio – sicuramente suggestivo dal punto di vista della politica del diritto *antitrust* e ben incarnato dalla pronuncia del Coll. ABF di Milano – secondo cui costituirebbe un paradosso ritenere che la legge n. 287/1990 abbia voluto eliminare, con la previsione di nullità, l'intesa fra imprese che abbia ordito effetti distorsivi del mercato e contestualmente lasciare integri quei contratti che diano esecuzione all'intesa, dando vita a un reale mercato anticoncorrenziale.

L'indirizzo contrario (che pare più convincente), sottolinea in una prospettiva più squisitamente civilistica le difficoltà di configurare la nullità dei singoli contratti “a valle”, sia per l'assenza di previsioni testuali nel contesto delle disposizioni sulla tutela della concorrenza sia per la carenza dei presupposti del collegamento negoziale e della nullità virtuale, posto che tali singoli contratti – anche per la partecipazione del contraente finale estraneo all'intesa – risultano dotati di una propria causa a sé stante e realizzano il corrispondente schema di interessi. Si è detto, inoltre, dell'inconveniente della prospettiva invalidità dei contratti a valle per cui, da un lato il terzo contraente potrebbe subire in realtà un danno e da altro lato, su un piano generale, gli scambi risulterebbero paralizzati⁷². A quest'ultimo proposito, si aggiunga che l'eventuale nullità (totale) della fideiussione ABI si dovrebbe propagare a sua volta al contratto principale di finanziamento, alla luce dei principi sul collegamento negoziale. Ai contratti collegati (quali risultano indubbiamente il contratto di finanziamento e quello di garanzia) risulta infatti applicabile

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' (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011)”.

Dopo avere espressamente affermato che la nullità dell'intesa “a monte” può dare diritto soltanto al risarcimento del danno a favore dell'utente finale, con un “salto logico” non del tutto condivisibile la S.C. ha precisato che la nullità del contratto “a valle” sarebbe soltanto parziale. Critici sull'impianto motivazionale, contraddittorio, della sentenza sono anche LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., pp. 379 e 382 e CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.

⁷² Su quest'ultimo punto, cfr. esemplarmente T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 1643 ss., cit.: «non si può fare a meno di sottolineare la estrema gravità delle conseguenze di un'ipotetica estensione della nullità ai contratti “a valle”. Se si tiene conto del carattere normalmente occulto, per i terzi, della causa determinatrice della ipotizzata nullità “a pioggia”, e, nello stesso tempo del rigore che permea la disciplina normativa della nullità, si ricava che tutti i terzi dovrebbero ritenersi esposti, al di fuori di ogni consapevolezza e possibilità di controllo anche da parte loro, ed anche a distanza di tempo, all'alea di una possibile vanificazione retroattiva dei loro più diversi rapporti contrattuali con buona pace per la sicurezza delle relazioni giuridiche e la stessa tutela del mercato; la difesa dei terzi pare per contro già sufficientemente assicurata dagli ordinari e pacifici strumenti impugnatori e risarcitori».



la disposizione dell'art. 1419 c.c., per modo che la nullità di un contratto può importare la nullità del contratto connesso, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi ⁷³ (sul punto v. anche *infra*, § 9).

In questa prospettiva il rimedio risarcitorio, su un piano generale ⁷⁴ e al fine di contemperare le varie esigenze, potrebbe essere considerato quello preferibile, in quanto idoneo a tutelare sia, in certa misura, l'assetto anticoncorrenziale del mercato (la possibilità di richieste risarcitorie da parte dei consumatori, anche tramite azioni collettive, agirebbe da deterrente per le imprese intenzionate ad adottare intese anticoncorrenziali e a darvi attuazione ⁷⁵) sia l'interesse del singolo consumatore danneggiato dagli effetti della distorsione anticoncorrenziale a non vedersi comunque privato del bene o servizio acquistato sia, infine, l'interesse generale alla conservazione degli scambi nel mercato ⁷⁶.

⁷³ V., per tutte, Cass. civ., 18 gennaio 1988, n. 321, cit., *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214.

⁷⁴ Come si vedrà *infra*, § 11, il rimedio risarcitorio si configura invero di difficile attuazione nel caso specifico del fideiussore che ha stipulato una fideiussione conforme al modello ABI.

⁷⁵ Cfr. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, pp. 393-394.

⁷⁶ Cfr. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari*, cit., p. 67. Per un'indagine anche di diritto comparato, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 387 ss.

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 (sentenza *Courage* del 2001): la Corte di Giustizia ha riconosciuto anche al consumatore che lamenti uno specifico pregiudizio che sia conseguenza immediata e diretta delle regole concorrenziali il diritto di invocare il rimedio di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990.

Con riferimento alle fideiussioni conformi al modello ABI, a favore della sola tutela di carattere risarcitorio, con esclusione della nullità, v., fra le altre, Trib. Napoli, 17 ottobre 2019, cit., in *banca dati giuffrè*; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit., *ibidem*; Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., *ibidem*; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, cit., *ibidem*; Trib. Napoli, 1° marzo 2019, n. 233, *ibidem*. In dottrina, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 393; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.

Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9708, cit., ha affrontato la questione della possibile nullità delle clausole del contratto di leasing attinenti la pattuizione degli interessi mediante il richiamo all'indice Euribor, posto che con la decisione del 4 dicembre 2013 la Commissione Europea ha accertato l'esistenza, tra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008, di un'intesa anticoncorrenziale tra alcune banche europee avente ad oggetto l'Euribor (l'accertata intesa ha avuto ad oggetto un reciproco scambio di informazioni tra gli intermediari, volto a "ridurre anticipatamente il fattore d'incertezza che sarebbe altrimenti stato presente sul mercato circa il comportamento futuro degli altri competitors" nel fissare i tassi di interesse sui vari prodotti, influenzando così illegittimamente sulla successiva rilevazione dell'Euribor). Secondo il Tribunale il singolo utente non è legittimato ad invocare la nullità delle clausole che richiamano tale indice nella determinazione del tasso d'interesse, posto che l'ordinamento non prevede la nullità dei contratti attuativi dell'intesa nulla "a monte". V. però, in senso contrario, Trib. Pescara, 28 marzo 2019, n. 557, il quale ha ritenuto che debba essere dichiarata la nullità del tasso di interesse indicizzato Euribor, per l'intero periodo 29 settembre 2005-30 maggio 2008, "per contrarietà a norme imperative o comunque per contrarietà all'ordine pubblico economico integrato anche dalle disposizioni contenute nei trattati comunitari" (p. 55 della sentenza), affermando altresì che trattasi di una nullità di protezione e rilevandola d'ufficio. Sulla base



7. – Deve ora essere affrontata una questione, estremamente dibattuta, che si pone sia nell'ipotesi in cui si ritenga che la stipulazione di fideiussioni conformi allo schema ABI possa essere dichiarata nulla, totalmente o parzialmente, sia nell'ipotesi in cui si consideri, invece, che il garante possa chiedere solo il risarcimento del danno.

L'Autorità Garante ha affermato, come si è visto, che gli artt. 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 in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990. Lo stesso provvedimento dell'Autorità Garante ha esplicitamente affermato che le clausole dello schema oggetto di contestazione erano del tutto lecite in quanto relative a norme derogabili da parte dell'autonomia privata⁷⁷; l'effetto anticoncorrenziale derivava dal fatto che esse risultavano inserite in uno schema negoziale predisposto dall'associazione bancaria suscettibile di applicazione in maniera uniforme. In altri termini, il richiamato provvedimento della Banca d'Italia sembra avere vietato l'uso uniforme di quello schema negoziale, ossia l'adozione delle medesime clausole (conformi al modello ABI) ad opera della maggior parte delle banche (e in modo costante nel tempo), e già non già un uso di tali clausole da parte di un singolo intermediario o da un numero ristretto di intermediari (e in modo occasionale non ripetuto nel tempo).

Sulla portata e applicazione di questo requisito dell'uniformità delle clausole in questione, come accennato, si è creato un evidente contrasto giurisprudenziale.

Secondo un orientamento, 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, dovrebbe provare il carattere uniforme dell'applicazione dello schema negoziale, requisito come si è detto richiesto dalla Autorità Garante ai fini della dichiarazione di anticoncorrenzialità⁷⁸. Il solo fatto che una banca abbia

di questo principio di diritto, il Tribunale ha dichiarato la nullità del tasso nel periodo descritto, lo ha rideterminato secondo il disposto dell'art. 117, commi 4 e 7 del TUB, e ha condannato l'istituto di credito alle conseguenti restituzioni degli interessi pagati in eccesso.

⁷⁷ V. in particolare § 78 Provvedimento Banca d'Italia. Cfr., sul punto, Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893.

⁷⁸ Cass., ord., 28 novembre 2018, n. 30818, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 523, nota di CALABRESE: "Il fideiussore che agisce per la declaratoria di nullità della garanzia rilasciata in favore della banca, in quanto in contrasto con la disciplina antitrust, deve provare tutti gli elementi costitutivi del proprio diritto, tra cui il carattere uniforme dell'applicazione dello schema negoziale, requisito richiesto dalla Autorità Garante né il fideiussore può utilmente invocare la presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa". Cfr. anche la motivazione: "Il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata è certamente elemento costitutivo della pretesa attorea,



proposto al cliente un contratto contenente dette clausole non potrebbe ritenersi di per sé stesso elemento sufficiente a dare effettivo conto della sussistenza di un'intesa uniforme. Pertanto, il garante dovrebbe provare che detto schema negoziale è di fatto adottato da un numero significativo di istituti di credito, in modo da dare conto della sua attuale uniforme applicazione, anche considerando il fatto che lo stesso Provvedimento della Banca d'Italia si chiudeva con un richiamo all'ABI di emendare lo schema contrattuale dalle clausole censurate, in accoglimento della valutazione compiuta dalla Autorità Antitrust, come poi di fatto avvenuto⁷⁹.

Di tutt'altro avviso un diverso indirizzo interpretativo, secondo cui ai fini dell'accertamento della conformità delle clausole dei contratti di fideiussione all'intesa (fra le banche) restrittiva della concorrenza vietata dalla legge n. 287/1990, art. 2 e dichiarata illecita dalla Banca d'Italia, sarebbe sufficiente valutare se le clausole contenute nel contratto dedotto in giudizio coincidano con le condizioni dello schema ABI espressivo della vietata intesa restrittiva⁸⁰. Sotto questo profilo, anche su un piano generale, la Cassazione ha più volte ri-

essendo la sua necessità pacificamente prevista nel provvedimento della Banca d'Italia su cui l'attore fonda, in buona sostanza, la sua pretesa. In quanto elemento costitutivo del diritto vantato, dunque, esso doveva essere provato dall'attore, secondo la regola generale di cui all'art. 2967 c.c. Né il ricorrente può utilmente invocare, a sostegno della propria tesi, la giurisprudenza di questa Corte, giustificata anche con il criterio della vicinanza della prova, in materia di presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa (cfr., ad es., Cass. 11904/2014, 7039/2012). Nel caso che ci occupa, infatti, è appunto contestata la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale avuto riguardo alla presenza di un suo elemento essenziale (il carattere uniforme di cui si è detto), che il provvedimento della Banca d'Italia non ha accertato, ma ha indicato in termini soltanto ipotetici".

⁷⁹ Così Trib. Milano, 15 luglio 2016 n. 8893, cit.; cfr. anche Trib. Roma, 19 settembre 2019: "l'eccezione di nullità della fideiussione richiede la prova della vigenza dell'intesa restrittiva al tempo della sottoscrizione del contratto, della sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard, della sua applicazione in modo uniforme da parte degli operatori e della riconducibilità causale all'intesa dell'adozione del contenuto della fideiussione (Cass. Ordinanza 30818 del 2018, richiamata anche dalla successiva sentenza 13846 del 2019); la fideiussione oggetto di causa è stata stipulata nel 2010, e non risulta che successivamente al provvedimento della Banca di Italia sia mai stato vigente alcuno schema contrattuale di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, predisposto dall'ABI, né è stato offerto alcun elemento in base al quale si possa ritenere che l'adozione del contenuto della fideiussione sottoscritta dagli opposenti sia riconducibile, a così lunga distanza di tempo dal provvedimento, all'applicazione uniforme da parte degli operatori del medesimo schema contrattuale che ne è stato oggetto"; nello stesso senso v. Trib. Roma, sez. XVII, 3 maggio 2019, n. 9354, in *Giur. it.*, 2020, 2, 358, nota di Di Micco; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, *banca dati Giuffrè*; Trib. Velletri, 14 maggio 2019, n. 921; Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128; Trib. Milano, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 1628; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, cit.

⁸⁰ V. Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846, che ha enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui alla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11,



conosciuto che la prova acquisita nel procedimento di accertamento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è in grado di esonerare il danneggiato dalla reiterazione degli accertamenti di fatto o della valutazione degli elementi già operata in sede di procedimento amministrativo e di giudizio avverso il provvedimento di accertamento dell'infrazione, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi nel procedimento avanti l'Autorità amministrativa⁸¹.

possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario".

Anche la menzionata ordinanza n. 29810/2017 della Suprema Corte, richiamando i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sul valore di prova privilegiata del Provvedimento dell'Autorità Garante in sede di giudizio civile, ha considerato – contrariamente all'ordinanza n. 30818/2018 – provata la sussistenza dell'illecito antitrust per il fatto stesso della coincidenza delle clausole del contratto dedotto in giudizio con quelle dello schema ABI dichiarate illecite; in senso conforme, Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, n. 480; Trib. Catanzaro, sez. II, 5 marzo 2020; Trib. Padova sez. II, 11 febbraio 2020. In dottrina, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss., che richiama l'ampia dottrina secondo cui il tema della "prova" dell'intesa anticoncorrenziale riveste un ruolo fondamentale all'interno del giudizio civile, poiché, stante l'evidente asimmetria informativa del soggetto privato rispetto all'illecito, egli difficilmente è in grado di provare l'intesa, se non avvalendosi degli accertamenti già compiuti nel procedimento amministrativo. Così anche Coll. ABF Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, con la precisazione che, peraltro, avendo il provvedimento della Banca d'Italia accertato l'esistenza dell'intesa, non ci sarebbe nessuna esigenza, né sul piano costitutivo della fattispecie, né sul piano probatorio, di accertare di volta in volta la ricorrenza dell'uniformità.

In ogni caso, se non venga prodotto ritualmente lo schema predisposto dall'ABI oggetto dei rilievi della Banca di Italia (e lo stesso provvedimento dell'Autorità) sarebbe precluso al giudice del merito l'accertamento della corrispondenza ad esso delle clausole in questione: in tal senso v. App. Brescia, sez. I, 21 giugno 2019, in Sito *Il caso.it*, 2019; App. Torino, 19 settembre 2019, n. 1527; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, cit., *banca dati Giuffrè*; Trib. Arezzo, 1° aprile 2020, n. 254, *banca dati Giuffrè*; Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767; Trib. Milano, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 1628, cit. Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184.

⁸¹ Cass. civ., 31 ottobre 2016, n. 22031, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 562; Cass. civ., 23 aprile 2014, n. 9116, in *Foro amm.*, 2014, 2494.

Attualmente, in virtù dell'art. 7 ("Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza") d.lgs. n. 3/2017 l'accertamento dell'illecito antitrust viene a costituire una vera e propria "prova legale" e dunque, non mera "prova privilegiata", nel giudizio di risarcimento del danno nei confronti dell'autore della violazione. Peraltro, il mero richiamo a quanto statuito dal provvedimento dell'AGCM non comporterebbe l'automatico assolvimento dell'onere probatorio gravante in capo all'attore, tenuto, comunque, a dimostrare il nesso di causalità e l'esistenza del danno (la norma in questione prevede, fra l'altro, che "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e



Così riassunte le contrapposte concezioni sul punto, ai fini della soluzione del quesito vanno innanzitutto sottolineate le circostanze di seguito indicate, con l'avvertimento peraltro che la disquisizione pare rilevante più dal punto vista teorico che strettamente pratico (nel senso che la netta impressione dell'interprete è che nella prassi bancaria ancora oggi le clausole in questione si sono tramandate in modo uniforme e identico nel corso degli anni nei moduli per condizioni generali di un gran numero di istituti di credito, nonostante il menzionato provvedimento della Banca d'Italia, come appunto si potrebbe desumere agevolmente da un campione quantitativamente significativo di tali moduli).

Come accennato, se ci estraniamo dalla questione trattata oggi attinente alla violazione della legge *antitrust*, da un punto di vista civilistico le clausole in questione, *in sé considerate* e nella combinazione fra loro con riferimento al singolo contratto di fideiussione, sono pienamente lecite, così come affermato più volte dalla Cassazione⁸². Ciò che rende tali clausole lesive della concorrenza è il fatto che siano applicate in modo uniforme e generalizzato dalla maggior parte delle banche, a seguito di un'intesa come quella attuata con il modulo all'epoca predisposto dall'ABI. Il più volte citato Provvedimento della Banca d'Italia (come emerge in particolare dal § 93) ha accertato, in un preciso momento storico (nel corso del 2005), che quelle clausole inserite nello schema ABI e pedissequamente trasfuse nei singoli contratti di fideiussione dovevano considerarsi lesive della concorrenza e quindi illecite, in quanto effettivamente applicate in modo uniforme dalle banche nel loro complesso⁸³.

del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato... Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno" (comma 1).

⁸² Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5720, in *Gius.*, 2004, 3132: "Non è nullo il contratto di fideiussione cosiddetto omnibus in cui sia sancita la sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale e che preveda la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o di revoca di pagamenti, da parte del debitore garantito". In particolare, sulla validità della clausola c.d. di sopravvivenza v. Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 800, nota di PONTIROLI, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1170, nota di COSTANZA, in *Foro it.*, 1985, I, 505, nota di VALCAVI; Cass. civ., 10 aprile 1995, n. 4117; Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2173 nota di VALCAVI; *Giur. it.*, 1993, I, p. 1256, nota di IACUANIELLO BRUGGI; sulla validità della clausola c.d. di reviviscenza v. anche Cass. civ., 8 febbraio 2008, n. 3011; Cass. civ., 17 ottobre 2008, n. 25361; sulla validità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c., v. Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, cit.; Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, cit., in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 800.

⁸³ Sotto questo profilo non è affatto condivisibile Cass., 28 novembre 2018, n. 30818, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 523, ove afferma che il provvedimento della Banca d'Italia non avrebbe accertato il carattere uniforme dell'applicazione delle clausole in questione, ma lo avrebbe indicato in termini soltanto ipotetici.



Se si afferma che queste clausole, inserite oggi o in futuro in un singolo e determinato contratto di fideiussione, siano automaticamente lesive della concorrenza, solo perché *testualmente coincidenti* con quelle oggetto dell'intesa dichiarata illecita, allora dovremmo ritenere che, per così dire, "da qui alla fine del mondo", tutte le volte che in un singolo contratto di fideiussione compaia una delle clausole in questione, tale clausole è lesiva della concorrenza perché marchiata dal peccato originale di essere stata quella clausola oggetto, *illo tempore*, di una intesa lesiva della concorrenza⁸⁴. Non avrebbe allora più alcun senso il distinguo tra clausole in sé lecite e clausole lesive della concorrenza in quanto applicate in modo uniforme dalla maggior parte delle banche: tanto varrebbe affermare che queste clausole, per il fatto in sé di essere inserite in un singolo e determinato contratto di fideiussione, sono sempre illecite in quanto lesive della concorrenza. Dovremmo arrivare all'assurdo di affermare che se, per ipotesi, una clausola del tipo di quelle "incriminate" venga stipulata a seguito di libera trattativa fra banca e garante, e nemmeno predisposta unilateralmente, essa sarebbe comunque illecita perché *testualmente conforme a quella dell'intesa a "monte"*.

Per tali ragioni, ritengo che ai fini della dichiarazione dell'eventuale nullità (totale o parziale) del contratto o anche solo del risarcimento del danno, dovrebbe essere tendenzialmente oggetto di accertamento (ma sull'onere della prova, v. *infra*) la circostanza che, *attualmente* (o meglio, nel momento di stipulazione del contratto di garanzia del caso concreto), le clausole in questione siano effettivamente oggetto di un'applicazione uniforme e generalizzata da parte della banche (ciò che abbiamo più volte visto – incarna l'essenza dell'illiceità della clausole in chiave anticoncorrenziale); tanto più che l'accertamento dell'Autorità Garante è stato fatto nel 2005, quasi quindici anni fa, e che ABI ha invitato le banche a eliminare le clausole sospette e a non considerare vincolante lo schema predisposto per gli istituti di credito⁸⁵. Di per sé un singolo contratto contenente dette clausole non può attestare in modo oggettivo un'applicazione uniforme attuale di tali clausole, dovendosi come detto quanto meno visionare un campione quantitativamente significativo di tali moduli⁸⁶. Su un piano generale va del resto osservato che la Corte di Cassazione ha più volte precisato che nel giudizio instaurato, ai sensi della legge n. 287/1990, art. 33, comma

⁸⁴ Cfr. in questo senso già CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., pp. 20-21.

⁸⁵ Già prima del Provvedimento della Banca d'Italia del 2005, per le banche aderenti all'ABI l'adozione dello schema di contratto notificato costituiva una semplice facoltà, dato che – secondo quanto dichiarato dall'ABI alla Banca d'Italia e ribadito nel corso dell'istruttoria – esso non aveva natura vincolante né obbligatoria per le banche che erano libere di predisporre schemi contrattuali diversi da quello in questione.

⁸⁶ Cfr. Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893, cit.



2, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza le conclusioni assunte dall'Autorità Garante costituiscono una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, *“anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie”*⁸⁷.

Con riferimento alla distribuzione dell'onere della prova, mi pare ragionevole ritenere che la coincidenza testuale delle clausole della singola fideiussione con il modello ABI debba far presumere l'applicazione attuale in senso uniforme di tali clausole, ma l'istituto di credito possa dimostrare che al momento della stipulazione non sussisteva tale uniformità di applicazione⁸⁸.

⁸⁷ Così Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, 6, 1, p. 1901; cfr. anche Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846: *“i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svolto tra le imprese e l'autorità competente, “deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte”; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico “impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486 cit.)”.*

⁸⁸ Nel senso che, anche a voler ammettere che la banca possa contestare l'attuale applicazione uniforme delle clausole in questione, graverebbe su di essa l'onere di fornire la relativa prova (che incontrerebbe, peraltro, notevoli limiti, poiché potrebbe essere basata solo su elementi estranei al procedimento amministrativo che ha portato all'emanazione del Provvedimento da parte dell'Autorità garante), cfr. CALABRESE, *Fideiussione omnibus “a valle”*, cit., p. 517 ss.; così anche BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 3 ss.

Sul tema v. anche Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767, cit.: è la banca che ha l'onere di dimostrare che il contratto di fideiussione sottoposto alla firma del cliente non abbia i requisiti censurati nel 2005 e che quindi non sussista più intesa anticoncorrenziale al fine della invocata declaratoria di nullità. Tale soluzione si giustificerebbe alla luce del principio di vicinanza della prova per come teorizzato fin da Cass. 13533/2001, posto che la banca ha predisposto la modulistica contrattuale firmata dal cliente in adesione e quindi si trova nella posizione più agevole per dimostrare che l'inserimento di quelle clausole non è (o non è più) il frutto di un'intesa illecita. In particolare, osserva il Tribunale, *“poiché il provvedimento della Banca d'Italia arriva a censurare alcune specifiche clausole ponendo in evidenza l'ingiustificato sfavore per il cliente, sarà semmai la banca a dover dimostrare quali ulteriori norme contrattuali sono state inserite nel contratto per compensare o attenuare le criticità segnalate dal provvedimento del 2005 così da far emergere l'interruzione del rapporto causale tra l'intesa ed il modello ABI oggetto di censura ... In caso contrario si deve ritenere, anche oggi nel 2019, che la banca continui a fare applicazione ... di una serie di pattuizioni frutto di una intesa ritenuta anticoncorrenziale”.*



8. – Nell'ipotesi in cui si acceda alla tesi della nullità dei contratti di fideiussione "a valle", si pone la fondamentale questione se si tratti di nullità solo delle clausole in questione (nullità solo parziale) o se si tratti di nullità dell'intero contratto (nullità totale).

Prima di affrontare tale questione, e lasciandola quindi per il momento impregiudicata, proviamo a immaginare comunque quali conseguenze si verificherebbero nell'ipotesi di nullità solo delle clausole in questione (*nullità solo parziale*).

Se la banca, nella controversia giudiziale del caso concreto, ha invocato l'applicazione proprio di quelle clausole da dichiararsi nulle, il fideiussore sarà liberato dagli obblighi previsti dalla clausola e comunque non si dovranno applicare gli effetti della clausola nei confronti del fideiussore.

Così, se una banca agisce giudizialmente contro il fideiussore per chiedere il pagamento di una somma già pagata dal debitore, ma oggetto di successiva revocatoria e quindi restituita al debitore medesimo, è chiaro che viene invocata nei confronti del garante proprio la clausola di reviviscenza oggetto dell'accertamento del Provvedimento della Banca d'Italia. In tale caso, se la clausola di reviviscenza viene dichiarata nulla (quindi anche soltanto in caso di nullità parziale) il fideiussore sarà liberato dall'obbligazione. Va peraltro osservato che non sono molto frequenti le controversie nelle quali venga invocata contro il garante la clausola di reviviscenza, dipendendo come detto la sua operatività dalla tutto sommato specifica vicenda di una sopravvenuta inefficacia del pagamento (o di altra causa di estinzione) del debito principale (ad esempio, per revocatoria).

Analogamente, se una banca agisce contro il fideiussore per chiedere la restituzione di un finanziamento fatto al debitore, ma dichiarato nullo, verrebbe invocata nei confronti del garante la cosiddetta clausola di sopravvivenza prima illustrata. Pure in questa situazione, se la clausola di sopravvivenza venga dichiarata nulla, il fideiussore sarà liberato dall'obbligazione di restituzione. Si noti, peraltro, che anche questa tipologia di controversia è poco frequente, perché la nullità di cui si discute riguarda soltanto l'erogazione del capitale da parte della banca al cliente (non avendo alcuna rilevanza, sul punto, eventuali profili di nullità degli interessi che il cliente deve pagare sul capitale) e che appunto dovrebbe essere restituito ove tale erogazione venga dichiarata nulla. A prescindere dal fatto che nella prassi le fattispecie di nullità di un finanziamento sono rare (si pensi al caso di un finanziamento erogato senza rispettare la forma scritta o comunque i requisiti richiesti dall'art. 117 TUB), in genere il debitore principale non è interessato a far dichiarare la nullità del finanziamento, dovendo appunto, in tal caso, restituire il capitale erogato⁸⁹.

⁸⁹ Altro discorso è, ovviamente, che ipotizzando ora la nullità della clausola di sopravvivenza per la vio-



Una questione che invece potrebbe avere un rilevante impatto pratico, sempre ipotizzando la nullità della clausola, è quella che riguarda l'esonero della banca dai termini di decadenza di cui all'art. 1957 c.c. In questa ipotesi, se la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. venga dichiarata nulla, e la banca non abbia agito nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale nei confronti del debitore principale (o del fideiussore⁹⁰), il garante risulta liberato⁹¹.

Pertanto, 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 "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 stragiudiziale⁹². Conseguentemente, sarebbe sufficiente per la banca dimostrare di essersi attivata nei confronti del debitore 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 garanzia⁹³. Sul punto la Corte di Cassazione ha più volte ritenuto che, nel contratto autonomo

lazione della normativa antitrust, il fideiussore, ove ce ne fossero gli estremi, sarebbe interessato a far valere la nullità del finanziamento perché a quel punto sarebbe liberato dall'obbligo di restituzione.

⁹⁰ Per tutte, v. Cass. civ., 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Mass. Foro it.*, 2005.

⁹¹ Per un'applicazione in tal senso cfr. Trib. Padova, n. 7767 del 29 gennaio 2019: "*Ciò detto gli attori hanno dedotto che entro sei mesi dalla scadenza del debito la banca non si sia attivata verso la debitrice principale come prevede espressamente l'art. 1957 c.c. Sul punto la banca nulla ha dedotto o dimostrato così potendo dare per pacifico che la banca non si sia attivata nel semestre contro il debitore. Non potendo invocare la deroga contenuta nel contratto, poiché la relativa clausola è proprio una di quelle oggetto di nullità in forza del provvedimento della Banca d'Italia del 2005, la convenuta appare decaduta dalla possibilità di agire contro i fideiussori*"; cfr. anche Trib. Padova, sez. II, 11 febbraio 2020, cit.

⁹² *Ex multis*, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333, cit.; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Contr.*, 2004, p. 271, con nota di MONTICELLI.

⁹³ Ovviamente non è possibile in questa sede affrontare la complessa questione se la fideiussione *omnibus* "a prima richiesta" trasfiguri in un 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 accessoriarietà nella garanzia autonoma va intesa in senso relativo, considerato 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., n. 3947/2010, che ha indicato, invero con riferimento precipuo a una polizza fideiussoria, come la presenza della clausola "a prima richiesta" sia indizio di una garanzia autonoma) secondo cui la fideiussione *omnibus* sarebbe in realtà una



di garanzia, la disciplina dell'art. 1957 c.c. non trova applicazione per sua natura, a meno che le parti non la abbiano voluta espressamente richiamare fra le norme applicabili⁹⁴, 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 ritenuta nullità parziale la banca nel caso concreto 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 pattuite⁹⁵.

9. – Anche ammettendo la nullità delle tre clausole in questione, si deve verificare se la nullità rimanga limitata a tali clausole o si estenda all'intero contratto, giusta la previsione dell'art. 1419 c.c. Tale norma stabilisce che *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole 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); *“La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”* (comma 2).

Occorre, innanzitutto, accertare se si tratti di una nullità necessariamente parziale, limitata alle singole clausole eventualmente nulle, in quanto possa operare il meccanismo di sostituzione di clausole mediante inserzione automatica, ex art. 1419, comma 2, c.c. Ove, infatti, un contratto venga concluso in violazione di una norma imperativa, con automatica sostituzione della clausola pattuita dalle parti in difformità dal modello legale con quella legislativamente prevista, il contratto deve considerarsi valido e resterebbe

garanzia autonoma (così ad es., fra le tante, Trib. Lucca, 24 maggio 2016) non mi pare convincente, 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 stessa Banca d'Italia, come si è visto, caldeggia una qualificazione della fideiussione *omnibus* con clausola “a prima richiesta” come una fideiussione con clausola *solve et repete*, che in quanto tale non sarebbe priva del carattere di accessorialità (così, ad es., Cass. 29 marzo 1996, n. 2909). Sul tema in genere rinvio a STELLA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Tratt. dei contratti*, IV, 2, diretto da ROPPO, Milano, 2014, pp. 985 ss. Cass. civ., S. U., 18 febbraio 2010, n. 3947.

⁹⁴ Cfr. da ultimo, Cass. civ., 28 marzo 2017, n. 7883; Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16825; Cass. civ., 12 febbraio 2015, n. 2762.

⁹⁵ Cfr. Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128, cit.



esclusa ogni operatività del comma 1 dell'art. 1419 c.c., atteso che l'essentialità di tale clausola è esclusa dalla stessa previsione della sua sostituzione con una regola posta a tutela di un interesse pubblico⁹⁶.

Si è affermato infatti in giurisprudenza, benché si tratti di pronuncia isolata, che quand'anche si ammettesse la nullità eccepita, essa riguarderebbe le clausole derogative contestate e non l'intero contratto poiché, a norma del citato comma 2 dell'art. 1419 *“la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”*⁹⁷.

Tale assunto appare, invero, opinabile posto che, come prevede espressamente la norma citata, le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (inderogabili) e, nel caso di specie, le norme derivate dalle clausole in questione non possono qualificarsi come imperative⁹⁸.

L'art. 1957 c.c. non è pacificamente considerato una norma imperativa: la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ai sensi dell'art. 1957 c.c., per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, ben si presta a formare oggetto di rinuncia preventiva da parte di fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico e che comporta in definitiva solo l'assunzione da parte del garante di un maggior rischio⁹⁹. A loro volta, le clausole di reviviscenza e di sopravvivenza rappresentano una legittima deroga all'art. 1945 c.c. il quale non è qualificabile, a sua volta, come norma imperativa di ordine pubblico posto che, secondo ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali risulta derogabile da parte dell'autonomia privata, anche tramite la conclusione del contratto autonomo di garanzia¹⁰⁰.

⁹⁶ Cfr. Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1827; Cass. civ., 21 novembre 2014, n. 24843, secondo cui non rileva neppure che le parti abbiano convenuto il venir meno dell'intero negozio in caso di invalidità anche di una sola clausola; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14046. In dottrina, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2001, pp. 868-869.

⁹⁷ Cfr. Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893 cit., il quale – dopo avere valutato l'infondatezza della domanda di nullità del fideiussore per l'assenza di prova dell'applicazione uniforme delle clausole in questione – ha osservato che *“va, comunque, osservato che quand'anche si ammettesse la nullità eccepita, essa riguarderebbe le clausole derogative contestate e non l'intero contratto poiché, a norma dell'art. 1419 comma 2° c.c. ‘la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative’”*.

⁹⁸ Sia pure al di fuori del caso di specie, nel senso che non siano imperative le norme di legge derogabili dalle parti, con conseguente esclusione dell'eterointegrazione del contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., v. Cass. civ., 12 gennaio 1995, n. 287, in *Dir. e giur. agr.* 1995, p. 622, nota di TORTOLINI.

⁹⁹ V., per tutte, Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, cit.

¹⁰⁰ V., per tutte, Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, cit., in *Foro it.*, 1985, I, p. 505: *“Non è nullo, a pre-*



A quanto sopra si aggiunga che l'art. 1419, comma 2, c.c., si riferisce all'ipotesi in cui specifiche disposizioni, oltre a comminare la nullità di determinate clausole contrattuali, ne impongano espressamente anche la sostituzione con una normativa legale, mentre tale disposizione non si applica qualora il legislatore, nello statuire la nullità di una clausola, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa, come appunto si verifica nel caso di specie ¹⁰¹.

10. – Sicuramente più complesso è l'esame del problema se la nullità parziale possa estendersi all'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c, secondo cui *“la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”*.

Al fine di verificare l'impatto di tale principio sulla fattispecie oggetto di questo studio, è necessario tracciare, pur sinteticamente, alcune premesse di ordine generale sulla *ratio*, l'ambito di applicazione e il contenuto di tale disposizione, ovviamente da tenere ben presenti anche per la vicenda specifica in esame.

Il giudizio sulla possibile estensione della nullità parziale è tipicamente un giudizio strettamente di merito legato a un singolo e determinato contratto nel caso concreto ¹⁰²; tuttavia, considerata la standardizzazione delle condizioni generali della fideiussione *omnibus*, è possibile per l'interprete effettuare sul punto una valutazione di merito tendenzialmente applicabile a ogni singolo contratto di garanzia ¹⁰³ (come vedremo, anche nel suo collegamento con il contratto principale di finanziamento).

Il principio di conservazione del negozio giuridico ¹⁰⁴ affetto da nullità parziale, costi-

scindere dalla sua riconducibilità, o no, al tipo di cui all'art. 1936 c. c., il contratto di fideiussione c.d. omnibus in cui sia sancita la sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia anche in caso d'invalidità dell'obbligazione principale e che preveda la rinuncia da parte del fideiussore alla decadenza ex art. 1957 c. c., l'esclusione del beneficio di escussione, il differimento dell'esercizio del regresso e della surroga, la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o revoca di pagamenti da parte del debitore garantito, l'obbligo di pagamento immediato”.

¹⁰¹ Cfr., sia pure in altro contesto, Cass. civ., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3265, nota di PANELLA; Cass. civ., 11 giugno 1981, n. 3783.

¹⁰² Si afferma, infatti, in giurisprudenza che *“Lo stabilire se i contraenti avrebbero o no concluso il contratto senza la parte affetta da nullità costituisce una valutazione di fatto che è rimessa al giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità, se correttamente motivata”*: così, Cass. civ., 17 aprile 1980, n. 2546, in *banca dati Giuffrè* e poi tutta la giurisprudenza successiva, ad es. Cass. civ., 20 aprile 1999, n. 3902, *ibidem* e Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2314, *ibidem*.

¹⁰³ CALABRESE, *Fideiussione omnibus “a valle”*, cit., p. 517 ss.

¹⁰⁴ Nel sistema codicistico della nullità del contratto sono espressione del principio di conservazione del



tuisce nel sistema del codice civile, come interpretato da consolidata giurisprudenza, “la regola”, mentre l’estensione all’intero negozio degli effetti di tale nullità, costituendo una deroga alla regola generale, ha carattere assolutamente eccezionale¹⁰⁵, per cui il giudice nel dubbio dovrebbe decidere per la conservazione del contratto¹⁰⁶. Ciò spiega la scarsa ricorrenza nella prassi di decisioni nel senso dell’estensione della nullità parziale, la quale è stata affermata, per lo più, in ragione dello scopo unitario in vista del quale le clausole siano state convenute come nei casi dei contratti di divisione o di transazione¹⁰⁷.

Addirittura, nel caso delle fideiussioni conformi al modello ABI, si potrebbe ritenere che ogni ipotesi su una possibile estensione della nullità parziale sia bloccata sul nascere, se si segue l’opinione diffusa secondo cui la nullità totale può farsi valere solo dalla parte colpita dallo squilibrio contrattuale indotto dalla nullità parziale (ossia dalla parte privata di clausole a sé favorevoli) e non dall’altra, la cui richiesta di nullità totale di un contratto originariamente per sé vantaggioso senza quelle clausole sarebbe pretestuosa e contraria a buona fede¹⁰⁸. In questa prospettiva, la nullità totale del contratto di garanzia an-

negozio anche gli artt. 1420 c.c. (sulla nullità del contratto plurilaterale) e 1424 c.c. (sulla conversione del contratto nullo): cfr. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, IV, 1, Milano, 2006, p. 110.

¹⁰⁵ Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, 2, 133: “L’estensione all’intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell’art. 1419 c.c., ha carattere eccezionale perché deroga al principio generale della conservazione del contratto...”; Cass. civ., 19 luglio 2002 n. 10536, in *banca dati Giuffrè*; Cass. civ., 31 maggio 2012, n. 8776, in motivazione, *ibidem*; Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27732, *ibidem*; Cass. civ., 27 gennaio 2003, n. 1189, *ibidem*.

¹⁰⁶ Così SACCO-DE NOVA, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv.*, 10, 2, diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 486.

¹⁰⁷ Per un’applicazione, infatti, dell’estensione v. Cass. civ., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Riv. Notar.*, 1999, 185 in tema di divisione; Cass. civ., 22 marzo 1983, n. 2012, in *banca dati Giuffrè* e Cass. civ., 9 aprile 2019, n. 9905, *ibidem*, in tema di transazione.

¹⁰⁸ Si veda ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 867. In giurisprudenza cfr., implicitamente, Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *banca dati Giuffrè*: “Qualora ad essere colpite da nullità siano clausole sfavorevoli ad una sola delle parti, l’estensione della nullità all’intero contratto, se questo contiene solo clausole per lei favorevoli o non chiaramente legate alla clausola nulla (in modo da giustificare la convinzione che senza la clausola invalida non sarebbero state da lei accettate) non può essere eccepita da detta parte, non avendo costei, alla quale la nullità parziale arreca soltanto vantaggio, alcun interesse all’effetto estensivo”. Un’eco di questa concezione si ritrova anche nella menzionata Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *banca dati Giuffrè*: “Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca [i ricorrenti fideiussori avevano osservato che la prova circa la rilevanza delle clausole in merito alla conclusione del contratto sarebbe risultata impossibile, atteso che dette clausole erano state riprodotte dalla banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento era stata condizionata alla firma del contratto fideiussorio]: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all’interesse della



rebbe automaticamente esclusa, perché nel nostro caso è pacifico, da un lato, che il fideiussore non potrebbe qualificarsi come parte pregiudicata dall'eliminazione delle clausole in questione, le quali sono per lui oggettivamente sfavorevoli (cfr. anche il provvedimento dell'Autorità Garante), non risultando quindi legittimato a far valere la nullità totale del contratto; da altro lato, che la banca, effettivamente pregiudicata dall'eliminazione di dette clausole (a sé favorevoli), non sia di fatto interessata a far valere la nullità (né parziale né tanto meno totale) della garanzia.

Per le medesime ragioni, non si porrebbe neppure il problema di una possibile estensione della nullità parziale, ove si dovesse seguire l'orientamento interpretativo, invero minoritario, secondo cui ai fini dell'operatività del principio di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. sarebbe necessario verificare che entrambe le parti non avrebbero concluso il contratto senza la parte colpita da nullità (ciò che, come detto, va escluso con immediatezza riguardo al fideiussore)¹⁰⁹.

banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione"; così anche Trib. Arezzo, 1° aprile 2020, n. 254, *ibidem*.

Nella giurisprudenza prevalente e consolidata si affermava del resto, fino a pochi anni orsono, che *"L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole può essere dichiarata dal giudice, non di ufficio, ma solo in presenza di una eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto"*, spesso con la conseguenza di negare la legittimazione a sollevare tale eccezione, sempre nell'ottica di un giudizio *ex ante*, alla parte che risultava favorita dall'eliminazione di una o più clausole a sé favorevoli: cfr. Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, cit.; Cass. civ., 29 maggio 1995, n. 6036, cit., in *Vita Notar.*, 1996, 215; Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1306; Cass. civ., 22 marzo 1983, n. 2012; App. Brescia, sez. I, 31 gennaio 2019. Questo orientamento, in particolare ove prevede la possibilità dell'estensione della nullità parziale solo su eccezione di parte, appare, però, da rimeditare alla luce di Cass. civ., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *Giur. it.*, 2015, 1, 71 nota di PAGNI; *Giur. it.*, 2015, 6, 1387 nota di BOVE, secondo cui l'estensione della nullità *ex art.* 1419, comma 2, c.c. sarebbe rilevabile d'ufficio. Ciò non toglie che, ancora di recente, Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2314, in *Notariato*, 2016, 2, 110, ha ribadito che *"in applicazione del principio di conservazione del contratto (utile per inutile non vitiatur), che costituisce la regola nel sistema del codice civile...l'estensione degli affetti della nullità all'intero contratto...deve essere provata rigorosamente dalla parte interessata, che all'uopo è tenuta a dimostrare che la parte colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità"*; nello stesso senso v. già Cass. civ., 16 novembre 1996, n. 10050; Cass. civ., 26 giugno 1987, n. 5675.

¹⁰⁹ Cass. civ., 3 maggio 1991, n. 4811, sembra richiedere ai fini dell'estensione della nullità parziale che il contratto senza la clausola nulla – ovviamente nel giudizio *ex ante* – non risulti voluto da entrambe le parti; così anche Trib. Torino, 19 gennaio 2000, cit., *Giur. it.*, 2000, p. 546, che osserva come la clausola nulla deve risultare essenziale per entrambe le parti contraenti; App. Potenza, 7 settembre 2011. Come si è visto sopra, l'indirizzo prevalente, su un piano generale, è però nel senso che il giudizio sulla volontà ipotetica va riferito solo alla parte interessata a far valere la nullità; cfr. anche Cass. civ., 14 febbraio 1974, n. 420, in *Foro it.*, 1974, 1, p. 3092: l'estensione della nullità parziale opera *"se risulta che i contraenti – od anche uno solo di essi – non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità"*.



A voler prescindere dalle opinioni più radicali di cui sopra, gli interpreti hanno indicato due possibili criteri (peraltro meno distanti di quanto possa sembrare) su cui basare il giudizio di estensione della nullità parziale¹¹⁰. La dichiarazione di nullità dell'intero contratto richiederebbe la dimostrazione, secondo un criterio soggettivo dato dalla volontà ipotetica o potenziale delle parti, ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, che le stesse non avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle e quindi non avrebbero concluso il contratto (giudizio *ex ante* o di prognosi postuma). In base ad altro indirizzo prevalente, l'essenzialità della clausola dovrebbe essere valutata in senso oggettivo, ossia con riferimento all'economia del regolamento di interessi e al significato complessivo dell'operazione economica, senza che l'interprete debba essere vincolato dalla volontà, per quanto ipotetica, dei contraenti. La possibilità di estensione della nullità parziale andrebbe valutata oggettivamente, guardando cioè alla perdurante utilità del contratto, dopo la rimozione della clausola nulla, rispetto agli interessi con esso perseguiti¹¹¹. Sotto questo profilo, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità si verificherebbe quando *“la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio, tale da costituirne una condicio sine qua o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità da non potersi considerare l'una senza le altre”*, sì da poter logicamente e fondatamente ritenere che il negozio stesso non si sarebbe concluso senza quelle pattuizioni in quanto il suo contenuto dispositivo, privo di esse, non avrebbe realizzato la finalità cui era preordinata la sua stessa conclusione¹¹².

Ciò premesso, dal punto di vista del fideiussore e ragionando in termini di volontà ipotetica risulta agevole presumere – come già si è accennato – che se questi ha concluso il contratto con le clausole a lui sfavorevoli, a maggior ragione avrebbe concluso quello stesso contratto depurato di dette clausole¹¹³, essendo per il resto interessato a fornire la

¹¹⁰ Come osserva ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 866, complessivamente la *ratio* della estensione della nullità parziale (basata sul principio della causa e sulla buona contrattuale) deve ravvisarsi nel fatto che l'eliminazione di una o più clausole dal contratto potrebbe a tal punto alterare l'assetto distributivo dei sacrifici e vantaggi reciproci concertato originariamente dalle parti da avvantaggiare una parte e penalizzare l'altra in modo ingiusto e contrario a buona fede.

¹¹¹ Cass., 23 agosto 2018, n. 20974.

¹¹² Cass. civ., n. 10536/2002, cit.; Cass. civ., 29 maggio 1995, n. 6036, cit. *Vita notar.*, 1996, p. 215; Cass. civ., 17 aprile 1980, n. 2546, cit. In dottrina cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 866: *“volontà ipotetica” è la metafora in chiave soggettiva per indicare il confronto fra l'assetto d'interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto d'interessi che scaturirebbe dal contratto residuo ... Se ... il confronto dice che la logica originaria dell'intero contratto esce stravolta dal contratto residuo, allora sarebbe contraria a buona fede la pretesa della parte d'inchiudere l'altra a questo contratto stravolto: la nullità è totale”*.

¹¹³ Per le citazioni di dottrina e giurisprudenza, v. nota 16.



garanzia al fine di propiziare la concessione del finanziamento al debitore principale ¹¹⁴.

Il giudizio sulla volontà ipotetica della banca è, invece, complicato dal fatto che si deve tener conto anche della circostanza che la fideiussione *omnibus* viene accettata dall'intermediario in stretto collegamento con il finanziamento erogato al debitore principale, risultando del resto la garanzia connotata dal tradizionale requisito di accessorietà rispetto al debito principale ¹¹⁵. In sostanza, in prima battuta ci si potrebbe chiedere se la banca "avrebbe voluto" il contratto di garanzia privo delle tre clausole nulle, ipotizzando però che rimanga fermo il contratto di finanziamento stipulato con il debitore principale. Qui la risposta non potrà che essere, in modo scontato, affermativa, posto che per la banca risulta sicuramente preferibile un contratto di finanziamento al debitore principale assistito da una fideiussione "più debole" del garante, anziché un contratto di finanziamento orfano di qualsivoglia garanzia. La risposta deve essere più ponderata, se il giudizio sulla volontà ipotetica della banca si fa, come a mio avviso si deve fare, valutando se senza le clausole nulle la medesima non avrebbe stipulato la garanzia e, quindi, neppure il finanziamento (perché non sufficientemente coperto dalla suddetta garanzia). Sul punto deve infatti considerarsi che ai contratti collegati risulta applicabile, *mutatis mutandis*, la disposizione dell'art. 1419, comma 1, c.c., con la conseguenza che la nullità di un contratto importa la nullità dei contratti collegati, allorché si debba presumere – come normalmente si deve presumere ove sia accertato un collegamento funzionale – che senza il contratto nullo non sarebbe stato stipulato neanche quello collegato ¹¹⁶.

¹¹⁴ Si noti, d'altro canto, che, almeno nelle ipotesi in cui il fideiussore sia qualificabile come consumatore, la nullità delle singole clausole in questione, con perdurante validità del contratto per il resto, sarebbe coerente con il principio per cui la nullità delle clausole vessatorie ex art. 33 ss. cod. cons. (quali potrebbero essere quelle in esame) è solo parziale: le clausole vessatorie sono nulle ma "il contratto rimane efficace per il resto": cfr. art. 36, comma 1, cod. cons.

¹¹⁵ Sulla necessità che la valutazione ex art. 1419, comma 1, c.c. debba essere fatta considerando unitariamente l'operazione giuridico-economica di finanziamento da parte della banca al debitore principale e di prestazione della fideiussione da parte del garante a favore della medesima banca, cfr. anche Coll. ABF Milano, decisione 4 luglio 2019, n. 16558.

Sulla complessa questione se la fideiussione *omnibus* (soprattutto per effetto della clausola "a prima richiesta") trasfiguri in un contratto autonomo di garanzia, privo per ciò stesso del carattere di accessorietà dato per scontato nel testo, rinvio a quanto scritto, *supra*, § 8, in particolare nota 93.

¹¹⁶ Cfr. Cass. civ., 18 gennaio 1988, n. 321, cit., in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214 (con riferimento a un caso di negozio di ipoteca connesso a un mutuo stipulato dalla banca con un soggetto terzo): "Ai contratti collegati è applicabile la disposizione dell'art. 1419 c. c., per modo che la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole di un contratto importa la nullità dei vari contratti, nullità che può essere rilevata d'ufficio, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi. Cfr. anche motivazione: "...nell'ipotesi di contratti collegati...la funzione economica che le parti intendono perseguire viene attuata attraverso i più negozi collegati, così che rimanendo inattuato uno di essi viene meno la funzione dell'altro.



Pur così corretto il giudizio sulla volontà ipotetica, si deve a mio avviso concludere nel senso che l'eventuale nullità parziale non si possa estendere all'intero contratto di fideiussione, in quanto si può presumere che la banca avrebbe concluso il contratto di fideiussione anche senza le clausole in questione, rimanendo integra per essa la sostanziale funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione del debitore principale assicurata dagli altri obblighi assunti dal fideiussore (cfr. artt. 1, 3, 4, 7, e 10 dello schema ABI, integrati dalla disciplina codicistica della fideiussione)¹¹⁷.

Si deve pervenire alle stesse conclusioni anche utilizzando il criterio oggettivo di applicazione della regola di estensione, quello che riecheggia la regola inglese cosiddetta "della matita blu" ("*blue pencil rule*"), secondo cui il contratto si conserva 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. Da un punto di vista oggettivo e con riguardo anche all'operazione economica nel suo complesso (finanziamento e prestazione della fideiussione), sembra davvero difficile poter dire che le clausole in questione siano essenziali nell'economia complessiva del negozio di fideiussione, per cui senza di esse la garanzia risulterebbe *inutiliter data*; né d'altro canto si verificherebbero vuoti nella disciplina dei rapporti *inter partes*, sostituendosi il regime legale (cfr. artt. 1939, 1945 e 1957 c.c.) alle clausole che, per la loro nullità, siano prive di ogni effetto giuridico.

Le vicende che riguardano uno dei negozi collegati influenzano perciò necessariamente l'altro, condizionandone non solo l'esecuzione ma anche la validità, dovendosi necessariamente supporre che se le parti (volontà ipotetica delle stesse) avessero conosciuto la ragione di invalidità che colpisce uno dei contratti non avrebbero posto in essere l'altro, e al tempo stesso ritenere che il venir meno dell'uno, impedendo la realizzazione del programma contrattuale che entrambi i negozi dovevano attuare non giustifica il mantenimento in vita dell'altro, in base al principio generale, che qui riceve deroga, della conservazione del negozio"; così anche Cass. civ., 6 luglio 2015, n. 13888 e Cass. civ., 30 maggio 1987, n. 4822, ma il principio è pacifico fin da Cass. 25 febbraio 1958, n. 629.

¹¹⁷In dottrina, per la tesi della sola nullità parziale (quindi delle sole clausole in questione), cfr. GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss., § 7.1; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 11 ss.; CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 20. In giurisprudenza, v. Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.; Trib. Rovigo, 9 settembre 2018, n. 1925; Trib. Cuneo, 22 febbraio 2019; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993; App. Napoli, 20 giugno 2018, n. 3045, confermata da Cass., 26 settembre 2019 n. 24044; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, cit.; Trib. Ancona, 12 novembre 2019, n. 1914, cit.; Trib. Arezzo, 16 aprile 2020, n. 276; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, cit., *banca dati Giuffrè*; Tribunale Fermo, 9 marzo 2020, *ibidem*; Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128, cit. Cfr. anche, da un diverso punto di vista, Trib. Roma, sez. XVII, 3 maggio 2019, n. 9354, in *Giur. it.*, 2020, 2, p. 358 nota di DI MICCO, che nell'argomentare a favore della nullità solo parziale della garanzia osserva fra l'altro: "... non vi è prova della lesione della libertà contrattuale del fidejussore. Il fidejussore infatti appare sempre vincolato alla prestazione della fideiussione nei confronti della banca del debitore principale e non appare potervi essere scelta da parte dello stesso in relazione ad una diversa forma di garanzia".



Con una recente decisione la Cassazione, come si è già accennato, si è pronunciata espressamente e in modo condivisibile in senso contrario all'estensione della nullità delle singole clausole all'intero contratto, con la motivazione che l'assetto degli interessi in gioco non verrebbe pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite; in particolare, le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, non inciderebbero sulla struttura e sulla causa del contratto, e la nullità parziale non pregiudicherebbe la posizione dei garanti, che risulterebbe meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale ¹¹⁸.

Una preziosa indicazione in tal senso ci viene, del resto, dal provvedimento stesso della Banca d'Italia, in funzione di Autorità Garante, che ha valutato lo schema ABI e che, fra l'altro, ha considerato illecite soltanto le tre clausole di cui sopra, confermando la piena validità per il resto del modello ABI ¹¹⁹. Con quel provvedimento si è considerato da un lato, alla luce dell'istruttoria svolta, che la cosiddetta clausola "a prima richiesta" (qualificata come non anticoncorrenziale) risultava funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario; in sostanza, senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non sarebbe stata accettata dagli istituti di credito e non sarebbe stato concesso il finanziamento ¹²⁰. Se quindi, in ipotesi, fosse stata colpita da nullità tale clausola, si

¹¹⁸ Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, cit. che, come detto, ha precisato: "...le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione". Questa osservazione del S.C. – conforme all'orientamento interpretativo in base al quale la nullità totale può farsi valere solo dalla parte colpita dallo squilibrio contrattuale indotto dalla nullità parziale (ossia dalla parte privata di clausole a sé favorevoli) e non dall'altra – sembrerebbe superare l'obiezione della dottrina secondo cui non sarebbe possibile ricostruire la "volontà ipotetica" del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario: in questo senso, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss.

In dottrina, in senso favorevole alla posizione del S.C. nel senso della nullità parziale, v. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 415 ss.

¹¹⁹ V., in proposito, le osservazioni di Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, cit.: "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).

¹²⁰ Cfr. § 80 del Provvedimento della Banca d'Italia: "La previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore 'a prima richiesta' della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garan-



sarebbe senz'altro potuto presumere che senza di essa il contratto non sarebbe stato concluso dall'intermediario. Viceversa, sempre secondo il provvedimento dell'Autorità Garante, le tre clausole considerate anticoncorrenziali non risultavano funzionali e necessarie (quindi "essenziali") per consentire l'accesso al credito bancario, mirando esclusivamente, come si è detto, a scaricare sul 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.

A rafforzamento di tale giudizio di non essenzialità delle clausole in questione, si consideri che la clausola cosiddetta "di sopravvivenza" concerne una fattispecie di ricorrenza oggettivamente marginale nella prassi dei rapporti fra banca e cliente, ossia la nullità dell'erogazione del capitale al cliente da parte dell'intermediario (v., *supra*, § 2). La clausola cosiddetta "di reviviscenza" è a sua volta relativa a una vicenda senz'altro statisticamente più frequente nella prassi dei rapporti fra intermediario e cliente, ma comunque ben circoscritta, ossia – principalmente – la sopravvenuta inefficacia, per revocatoria, di un pagamento effettuato dal debitore principale. La clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ha, invece, una rilevanza senz'altro maggiore nell'interesse dell'istituto di credito, consentendogli di evitare lo stretto termine di decadenza previsto dalla norma per agire giudizialmente contro il debitore principale (o il fideiussore); pur tuttavia, non va trascurato che l'assenza di tale clausola di deroga sarebbe almeno in parte compensata dalla riconosciuta operatività della clausola "a prima richiesta", che consentirebbe alla banca di rispettare il breve termine di decadenza – secondo giurisprudenza consolidata¹²¹ – anche con una semplice diffida stragiudiziale.

Invero, parte della giurisprudenza di merito ha osservato che le clausole censurate riguarderebbero elementi, essenziali nell'economia negoziale, 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 contratto¹²². Tuttavia l'affermazione non pare

zia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela".

¹²¹ *Ex multis*, Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Contr.*, 2004, p. 271, con nota di MONTICELLI.

¹²² Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, cit.; Trib. Salerno 5 febbraio 2020, cit.: "...deve escludersi l'applicabilità della nullità parziale ex art. 1419 c.c. perché la gravità delle violazioni in esame, – che incidono pesantemente sulla posizione del garante, aggravandola in modo significativo – rispetto ai superiori valori di solidarietà, muniti di rilevanza costituzionale (art. 2 Cost.), che permeano tutta l'impianto dei rapporti tra privati, dalla fase prenegoziale (art. 1137 c.c.) a quella esecutiva (artt. 1175, 1375 c.c.), ben giustifica che sia sanzionato l'intero agire dei responsabili di quelle violazioni; in altri termini, nell'ottica di assicu-



sul punto sufficientemente circostanziata, alla luce di quanto sopra evidenziato.

Né si potrebbe ritenere 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.) siano per ciò stesso da ritenersi essenziali, con la conseguente estensione della loro eventuale nullità all'intero contratto¹²³. Come osservato, in modo condivisibile, dai giudici di legittimità, 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 e 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 contratto¹²⁴.

Certamente, il fatto che, anche successivamente al provvedimento della Banca d'Italia del 2005 e alle raccomandazioni dell'ABI di eliminare le clausole anticoncorrenziali, le banche nel loro complesso – come sembra – abbiano continuato a conservare immutate

rare alla nullità la sua funzione 'sanzionatoria', in questo caso di comportamenti precontrattuali e contrattuali caratterizzati da contrarietà a buona fede ed ai canoni minimi di solidarietà sociale, è necessario assicurare in questo caso alla più grave forma di patologia del contratto la sua massima manifestazione, senza consentire che, in nome del principio di conservazione degli atti giuridici, possano essere salvaguardate le restanti pattuizioni o, addirittura, che si dia vita ad un'operazione 'ortopedica' di sostituzione eteronoma di clausole ex articolo 1339 c.c.”; così anche Trib. Salerno, sez. I, 23 agosto 2018.

¹²³ Cfr. ancora Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, cit.: l'inclusione delle clausole conformi al modello ABI nelle condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dalla banca e destinate per loro natura a disciplinare in maniera uniforme quel tipo di rapporti negoziali, indurrebbe a concludere che le parti non avrebbero stipulato il negozio senza tali clausole, perché specificamente funzionalizzate al raggiungimento dell'obiettivo negoziale delle parti.

¹²⁴ Cfr. Cass. civ., 5 luglio 2000, n. 8970, in relazione a una fattispecie di concessione di credito su pegno, in cui era stata apposta sul modulo predisposto dall'istituto di credito una clausola “*omnibus*”, a garanzia, oltre che di un credito sufficientemente individuato, anche di ogni altro credito che fosse eventualmente insorto a favore della banca verso il cliente, anche se non liquido ed esigibile, ed anche se assistito da altra garanzia reale o personale.

Risulta così superato l'orientamento contrario, sempre in tema di presunta essenzialità della clausola di estensione presente nelle condizioni generali del pegno *omnibus* bancario, espresso da Trib. Torino, 8 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 816, nota di ROSBOCH e Trib. Torino, 19 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 546, con nota di CALLEGARI.



negli anni tali clausole nei moduli di fideiussione *omnibus*, costituisce un indizio nel senso della rilevanza di tali pattuizioni nell'economia del regolamento complessivo di interessi fra le parti, ma non al punto di sovvertire il giudizio di non essenzialità suggerito dagli indizi precisi e concordanti sopra indicati.

Si osservi, in ogni caso, che nell'ipotesi di ritenuta estensione della nullità parziale all'intero contratto di garanzia, si dovrebbe considerare per coerenza che tale nullità si propaghi a sua volta al contratto principale di finanziamento, alla luce dei principi sul collegamento negoziale. Si è detto, infatti, che ai contratti collegati risulta applicabile la disposizione dell'art. 1419, comma 1, c.c., con la conseguenza che la nullità di un contratto importa la nullità dei vari contratti connessi, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi. Orbene, non può disconoscersi – come si è detto – che il contratto di finanziamento e il contratto di fideiussione siano inscindibilmente collegati, anche alla luce del principio di accessorietà che caratterizza tale garanzia, con la conseguenza (che sicuramente accentua gli effetti dirompenti dell'ipotesi dell'invalidità) che la dichiarata nullità totale del contratto di garanzia trascinerebbe seco la nullità del finanziamento al debitore principale.

Anche sul tema cruciale della possibile estensione della nullità parziale, il Collegio dell'ABF di Milano già richiamato (decisione n. 16558/2019) ha suggerito una soluzione diversa, improntata a criteri di originalità, che condurrebbe alla declaratoria di nullità dell'intero contratto di garanzia e che mette conto di considerare.

Secondo il Collegio, nella prospettiva di applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. occorrerebbe tenere presente che, trattandosi nella specie di contratti di garanzia, per loro natura necessariamente accessori a un contratto principale (il contratto di finanziamento), l'operazione cui partecipa il garante si configura dal punto di vista economico unitaria. Una garanzia “più forte” consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia “più debole”. Nell'analisi della volontà presunta non si potrebbe perciò isolare quella relativa alla garanzia, ma bisogna considerare il senso economico dell'intera operazione, comprensiva delle condizioni a cui viene erogato il credito garantito. Inoltre, la verifica della presumibile effettiva volontà delle parti dovrebbe essere compiuta immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità (lo schema ABI) e, quindi, in un mercato non falsato dalla presenza dell'intesa. In particolare, afferma il Collegio “*in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla, e di riconosciuta nullità delle clausole in questione, il contratto non sarebbe stato concluso ad analoghe condizioni*”¹²⁵. Dal punto

¹²⁵ Così espressamente il Collegio, p. 9 della decisione.



di vista della banca, è presumibile che la stessa avrebbe strutturato il finanziamento per il debitore principale a costi e condizioni differenti. Quanto alla prospettiva del cliente, considerata la non funzionalità delle clausole rispetto alla concessione del credito (come precisato dalla Banca d'Italia) e la conseguente varietà di offerte che avrebbe potuto trovare sul mercato, non esiste alcuna certezza che il contratto privo di quelle clausole avrebbe potuto rappresentare la migliore opzione (intesa, come si è detto, quale credito più garanzia) a sua disposizione. Il Collegio conclude nel senso che “... un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato”¹²⁶.

La suggestiva e originale soluzione del Collegio ABF di Milano, a mio avviso, difficilmente può conciliarsi con la *ratio* e il contenuto dell'art. 1419, comma 2, c.c., così come intesi nella prevalente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La norma è chiara nel prevedere la nullità dell'intero contratto, solo se l'interprete possa ritenere, indipendentemente dal fatto che si voglia applicare il criterio soggettivo o quello oggettivo di interpretazione, che le parti non avrebbero concluso quel contratto senza le clausole colpite da nullità. La norma, in altri termini, richiede all'interprete un giudizio su una situazione netta e ben individuata: immaginare il contratto senza le clausole colpite da nullità e valutare se il contratto “resti in piedi” o meno senza quelle clausole.

L'oggetto di questa verifica – richiesta dall'art. 1419, comma 1, c.c. – deve rimanere immutato e il medesimo anche nel contesto ipotizzato dal Collegio di Milano, ossia quello di un mercato improntato alla libera concorrenza, dovendo comunque l'interprete chiedersi, solo e soltanto, se in un immaginario mercato di libera concorrenza senza le clausole nulle il contratto avrebbe comunque conservato un suo senso giuridico-economico in rapporto all'interesse delle parti. Il ragionamento del Collegio ABF sembra invece porsi su un piano diverso, essendo orientato a sostenere (ciò che in sé è assolutamente condivisibile) che in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla anticoncor-

¹²⁶ La tesi del Collegio di Milano è condivisa, in astratto, da CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss. che però esclude, come si è visto, la nullità parziale dei contratti di fideiussione e, in giurisprudenza, è recepita pienamente da App. Bari, II sez., 15 gennaio 2020, n. 45, in *banca dati Giuffrè*. Sul tema v. anche DENOZZA [relatore, come detto, della pronuncia del Collegio ABF], *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del 'solo risarcimento' per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 406 ss.

Il Collegio ha invece respinto le domande di risarcimento dei danni avanzate dal ricorrente, ritenendo che il medesimo “non abbia provato né l'esistenza di un effettivo danno emergente (tale non potendosi evidentemente considerare l'ipotetico “costo” delle fideiussioni), né una qualche forma di lucro cessante, né, in generale, la ricorrenza di danni che possano essere considerati come causalmente cagionati dal comportamento della convenuta”.



renziale le parti non avrebbero presumibilmente concluso il medesimo contratto di garanzia (e di finanziamento) di cui oggi si discute, ma un contratto con un contenuto e condizioni in parte diversi. Ciò non appare però sufficiente per fondare la regola di estensione della nullità parziale, anche perché – su un piano generale – si potrebbe osservare che qualsiasi clausola contrattuale ha normalmente un’incidenza più o meno rilevante sulle condizioni complessive (soprattutto economiche) del negozio, sì che in assenza di quella clausola il contratto sarebbe stato pattuito a condizioni diverse.

Pare quindi di poter concludere, sul punto, che proprio la “non funzionalità” all’accesso del credito, per usare l’espressione dell’Autorità Garante, delle clausole in questione (ossia la loro non essenzialità nel contratto di garanzia – dal punto di vista della banca – in relazione alla concessione del credito), se da un lato può giustificare quanto afferma il Collegio ABF di Milano circa il fatto che – in un regime di libera concorrenza – le parti avrebbero concluso l’operazione a condizioni e con clausole diverse, da altro lato non consente di riscontrare (anche immaginando un contesto di libera concorrenza) quanto previsto dall’art. 1419, comma 1, c.c. ai fini dell’estensione della nullità parziale, ossia che il contratto, secondo il criterio oggettivo maggiormente adottato in questo campo, senza le clausole nulle sarebbe rimasto privo di senso e utilità.

11. – Come emerso dalla trattazione fin qui condotta, è chiaro che l’illiceità (in chiave anticoncorrenziale) delle tre clausole in questione, indipendentemente dalla controversa questione se siano anche affette da nullità (suscettibile eventualmente di propagarsi all’intero contratto), legittima il garante, in base alla normativa *antitrust* (in particolare, art. 33), a richiedere il risarcimento del danno, naturalmente ove concretamente provato secondo i principi generali¹²⁷. Il risarcimento del danno costituisce l’unico rimedio a disposizione del garante nel caso di ritenuta validità del singolo contratto di fideiussione “a valle” e assume quindi, almeno sul piano teorico, un rilievo centrale. Per l’ipotesi di ritenuta nullità, si intende che il fideiussore chiamato in giudizio per l’adempimento non chiederà, normalmente, il risarcimento del danno ove sia liberato dall’obbligazione (liberazione che avviene senz’altro in caso di nullità totale e, può avvenire in caso di nullità solo parziale ove l’azione della banca si basi proprio sulle clausole ritenute nulle)¹²⁸; il

¹²⁷ Come detto (v., *supra*, § 7), ciò presuppone però – almeno secondo un orientamento interpretativo – che sia accertata con riferimento al singolo contratto di fideiussione un contesto di applicazione uniforme delle suddette clausole.

¹²⁸ Ma questa considerazione vale appunto in una prospettiva patologica del rapporto, in cui la nullità sia



garante potrebbe invece essere interessato a chiedere il risarcimento del danno ove non sia liberato in conseguenza della nullità solo parziale, non risultando le clausole illecite azionate in giudizio ¹²⁹.

Conviene soffermarsi sull'ipotesi in cui il fideiussore intenda chiedere il risarcimento del danno per l'illiceità delle tre clausole, ipotizzando che non risulti nullo, né totalmente né parzialmente, il contratto ¹³⁰.

Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno troverebbe la sua giustificazione nel fatto che l'intesa avente ad oggetto il modulo ABI, e dichiarata illecita dall'Autorità Garante, ha determinato – come si è visto – una uniformità delle condizioni dell'offerta sul mercato in senso deteriore per lo stesso garante; lo ha costretto a concludere un contratto a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale, comprimendo illegittimamente la sua libertà di autodeterminazione negoziale e pregiudicando la sua libertà contrattuale di scegliere un contratto con un contenuto e condizioni diversi ¹³¹.

Nel caso in cui si ritenga che il singolo contratto di fideiussione “a valle” sia valido, ricorrerebbe la fattispecie, di recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, della cosiddetta responsabilità precontrattuale (della banca) da contratto valido, ma sconveniente o meno conveniente (per il fideiussore) di quanto sperato, perché stipulato “a valle” del contegno sleale di uno dei contraenti ¹³², figura ravvisabile ad esempio – oltre che nella situa-

eccepita dal garante che è stato chiamato in giudizio per il pagamento del debito principale. Già dovrebbe farsi altro discorso, se la nullità del contratto venga chiesta da una delle parti subito dopo la stipulazione o nella fase fisiologica dell'esecuzione.

¹²⁹ Su un piano generale, per quanto concerne il fondamento del diritto al risarcimento del danno, in caso di ritenuta nullità totale o parziale del singolo contratto “a valle”, si dovrebbe configurare secondo un'autorevole opinione una responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., per omessa comunicazione alla controparte della causa di invalidità del contratto conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza, così da suscitare in quest'ultima l'affidamento incolpevole nella validità del contratto: v. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 452. Sul tema dell'art. 1338 c.c. v. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 105 ss.

Qui non dovrebbe applicarsi il tradizionale limite dell'art. 1338 c.c., per cui esso non dovrebbe operare per la causa di invalidità derivante da una norma imperativa o proibitiva di legge, tali cioè da essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini (v. ad es. Cass., civ., 18 maggio 2016, n. 10156), considerato il carattere riflesso della eventuale nullità del singolo contratto “a valle” e, comunque, il carattere occulto dell'intesa “a monte”.

¹³⁰ Come detto, il fideiussore avrebbe interesse al risarcimento del danno anche per il caso di nullità parziale, ove non risulti liberato dalla sua obbligazione, anche se qui il modello di responsabilità e di risarcimento del danno da seguire sarebbe quello dell'art. 1338 c.c. Nel senso che l'art. 1338 c.c. si applichi anche all'ipotesi di nullità parziale del contratto, v. Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Fam. e dir.*, 2011, 2, 137, nota di OBERTO; *Foro pad.*, 2011, 1, 15, nota di ZENNARO.

¹³¹ Al di fuori del tema delle fideiussioni ABI, cfr. Coll. ABF Napoli, decisione 16 febbraio 2015, n. 1126, 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).

¹³² In tal senso, ancorché in relazione ad altra situazione di specie, v. Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024.



zione di specie – nell’ipotesi di violazione di obblighi informativi previsti da norme imperative c.d. di comportamento e non presidiati da nullità testuale¹³³. Tale rimedio “correttivo” risulterebbe azionabile ogni qualvolta un contratto presenti condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative. In dette situazioni, su un piano generale, il risarcimento non potrà essere commisurato al c.d. interesse negativo (a non essere coinvolti in trattative o stipulazioni risultate inutili e dispendiose), posto che il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato in assenza del comportamento scorretto. Il risarcimento del danno precontrattuale dovrà essere ragguagliato “*al minor vantaggio o al maggior aggravio economico*”¹³⁴ determinato dal contegno sleale di una delle parti ovvero dalle deteriori condizioni imposte in senso contrario alla buona fede: il danno è cioè pari alla differenza (scarto di convenienza) tra le condizioni del contratto stipulato in virtù della scorrettezza precontrattuale e quelle del contratto che sarebbe stato stipulato senza tale scorrettezza¹³⁵.

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

Innanzitutto, è un dato di fatto che qui verrebbe contestata un’intesa collusiva che non ha inciso su prezzi o condizioni economiche, ma su condizioni puramente contrattuali, con conseguente incertezza sull’*an* e sul *quantum* dei danni risarcibili¹³⁶. 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 finanziamento¹³⁷ (come è noto, solo le garanzie autonome in senso proprio – tra cui le polizze fideiussorie – vengono rilasciate da

¹³³ Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 784, nota di SCODITTI.

¹³⁴ Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795; cfr. anche Cass. civ., 23 marzo 2016, n. 5762.

¹³⁵ ROPPO, *Il contratto*, cit., p.187.

¹³⁶ Cfr. GENTILI, *La nullità dei ‘contratti a valle’ come pratica concordata*, cit., p. 675 ss., § 4.7 e, *ivi*, nota 64: le clausole in questione sono di tipo normativo e pregiudicano il patrimonio giuridico ma non il patrimonio economico del fideiussore, non comportando per esso alcun danno emergente o lucro cessante.

Si è visto, del resto, che lo stesso Collegio di Milano, pur favorevole a una tutela, tendenzialmente, “a tutto campo” del garante non ha ritenuto fondate le domande di risarcimento dei danni avanzate dal ricorrente fideiussore.

¹³⁷ Cfr. provvedimento n. 55 della Banca d’Italia, § 62: “Nella maggior parte dei casi il fideiussore è una persona che ha un interesse diretto all’erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell’imprenditore che presta la garanzia a favore dell’impresa familiare gestita da quest’ultimo”.



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”¹³⁸.

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)¹³⁹, 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!

Alla stregua di quanto sopra, l’indicazione giurisprudenziale secondo cui il risarcimento del danno precontrattuale da contratto valido deve essere ragguagliato al minor aggravio economico del contratto che sarebbe stato concluso senza contegno sleale di una delle parti, fatica a trovare appigli nella fattispecie delle fideiussioni conformi al modello ABI¹⁴⁰. Si può solo osservare che le clausole anticoncorrenziali in questione (sul cui contenuto e finalità rinvio a quanto scritto, *supra*, nel § 2) sono volte complessivamente a dilatare l’efficacia, soprattutto temporale, della garanzia (il fideiussore, con la

¹³⁸ Nel caso, invece, deciso dal Coll. ABF Napoli, n. 1126 del 16 febbraio 2015, 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 come detto 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* “a monte”.

¹³⁹ Cfr. Coll. Milano ABF, n. 16558/2019: “...è da ritenere che il prezzo del credito dipende e varia, non solo in rapporto alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche in rapporto a quelle della garanzia da cui venga, originariamente o successivamente, assistito. Una garanzia ‘più forte’ consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia ‘più debole’”.

Nel Provvedimento n. 55 della Banca d’Italia § 62 si afferma, però, che “Il garante può tuttavia essere estraneo all’attività dell’impresa e in ogni caso il suo patrimonio rimane distinto da quello del garantito; non può affermarsi, quindi, che l’eventuale onere sostenuto dal fideiussore ricada sul debitore incidendo sul costo complessivo del finanziamento”. Cfr. anche il parere dell’AGCM, Provvedimento n. 14251 del 20 aprile 2005, § 43: “Non appare significativo lo studio della relazione che vige fra i tassi medi di interesse praticati e l’esistenza di una garanzia personale. Risulta, infatti, dal campione di banche censite, che non esiste una relazione univoca, per effetto della quale in presenza di garanzie personali i tassi di interesse sono maggiori o minori che in assenza di esse”.

¹⁴⁰ È evidente come l’individuazione di tale minore aggravio economico virtuale postuli la *fictione iuris* della conclusione di un contratto diverso da quello in concreto stipulato. Nel caso delle fideiussioni ABI, si dovrebbe ipotizzare – in un contesto di libera concorrenza – il minor aggravio economico di un contratto, ad esempio, senza clausola di deroga all’art. 1957 c.c., senza clausola di reviviscenza o di sopravvivenza, o comunque con pattuizioni sul punto meno onerose per il garante.



clausola di deroga dell'art. 1957 c.c. è tenuto al pagamento del debito altrui anche dopo il decorso dei sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale; con quella di reviviscenza è tenuto ad adempiere anche dopo che il debitore principale ha già pagato, se successivamente il pagamento in tutto o in parte venga revocato; la clausola di sopravvivenza assicura la permanenza della garanzia anche in caso di mancanza dell'obbligazione principale, nei limiti già illustrati). Ponendosi nella prospettiva del momento in cui viene stipulata la fideiussione, queste condizioni contrattuali potrebbero, seppure solo indirettamente, avere riflessi economici negativi sulla posizione del garante, costringendolo – in funzione della garanzia dell'adempimento del debito altrui – a predisporre misure per tenere “bloccate” e indisponibili le sue risorse patrimoniali per un tempo più lungo (e sotto certi profili anche in una quantità più ampia¹⁴¹) rispetto a quanto sarebbe risultato necessario senza le suddette clausole, con possibili pregiudizi di natura patrimoniale (danni eventualmente da liquidarsi in via equitativa, se venga provato almeno l'*an* del pregiudizio in questione). Quanto all'incidenza delle clausole in questione sull'esecuzione del contratto, ove all'esito della controversia il garante risulti tenuto a pagare una somma inferiore rispetto all'ammontare del debito preteso dal creditore, tali clausole possono avere costretto il garante a tenere immobilizzate risorse patrimoniali per un tempo più lungo del necessario, con perdita della possibilità di altri impieghi di tali risorse, oppure (anche in caso di pagamento integrale) possono avere impedito o reso più difficile un eventuale esercizio del diritto di regresso verso il debitore principale.

In alternativa, e in modo più semplice, si potrebbe pensare, come soluzione praticabile, a una liquidazione in via equitativa *ex art.* 1226 c.c. di una somma come perdita di chance¹⁴², per non avere potuto il fideiussore scegliere liberamente sul mercato un contratto di garanzia a condizioni per lui più favorevoli e meno onerose¹⁴³.

¹⁴¹ Si è detto, ad esempio (v., *supra*, § 2), che per effetto della clausola di reviviscenza in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca ottenendo la restituzione di quanto abbia eventualmente pagato in eccedenza rispetto al dovuto, il fideiussore sarebbe comunque obbligato a rimborsare alla banca le somme che la stessa risulti tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni spettanti al debitore.

¹⁴² In generale, sulla liquidazione in via equitativa del danno da perdita di chance, v. Cass. civ., 8 giugno 2018, n. 14916.

¹⁴³ 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.