

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

GARANZIE STANDARDIZZATE E OBBLIGAZIONI RISARCITORIE

Giuseppe Grisi

GARANZIE STANDARDIZZATE E OBBLIGAZIONI RISARCITORIE[°]

Giuseppe Grisi

*Professore Ordinario di Diritto civile
Università degli Studi Roma Tre*

La standardizzazione contrattuale può produrre effetti anticoncorrenziali e la verifica va operata in concreto impiegando criteri che non sempre consentono un apprezzamento chiaro e certo della reale consistenza delle situazioni considerate. Nella vicenda delle fideiussioni omnibus ci si è interrogati sulla sorte dei contratti a valle dell'intesa anticoncorrenziale a monte e Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994 ha ritenuto la nullità parziale il rimedio più adeguato; ciò nonostante, il panorama della tutela si presenta aperto ad altre soluzioni ed il rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria è connotato da instabilità, tra interferenza, complementarietà e, in un certo qual modo, intercambiabilità.

Contractual standardization can produce anticompetitive effects, and the control must be made in concrete terms by employing criteria that do not always allow a clear and certain appreciation of the real consistency of the situations concerned. In the case of omnibus fidejussions, there have been questions about the fate of contracts downstream of the upstream anticompetitive agreement, and Cass., Sec. Un., Dec. 30, 2021, no. 41994 found that partial nullity is the most appropriate remedy; nonetheless, the landscape of protection is open to other solutions and the relationship between demolition and compensatory protection is marked by instability, between interference, complementarity and, in a certain sense, interchangeability.

Sommario:

1. Fenomenologia della standardizzazione
2. Standardizzazione concorrenza
 - 2.1. La varia tutela
 - 2.2. Il cancan delle tutele quale dato “di sistema”
3. Una plausibile chiave di lettura: garanzia standardizzata e autonomia d'impresa

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Fenomenologia della standardizzazione

Al titolo della relazione assegnatami “Garanzie standardizzate e obbligazioni risarcitorie”, potrei aggiungere “nel supermarket delle tutele”. Si capirà il perché dal prosieguo. Intanto, sembra posto all’attenzione un tema tecnico e circoscritto, ma – a ben riflettere – non è così, perché il rapporto tra quei due termini sollecita riflessioni di ben più ampio respiro, apre all’osservazione di un vasto orizzonte e presenta implicazioni in varie direzioni.

Ciò premesso, voglio iniziare l’analisi con qualche considerazione sul fenomeno della standardizzazione. È opportuno procedere così, per meglio ricostruire il contesto entro cui l’indagine sul rapporto tra garanzie standardizzate e tutela risarcitoria si colloca e per poter già mettere in archivio dei dati che lasciano intravedere a quali esiti l’indagine possa approdare.

La standardizzazione è fenomeno che accompagna – e, in qualche modo, segna – l’evoluzione della società. Una cartina al tornasole, insomma: un elemento indicativo per valutare fatti e situazioni, non solo significativi sotto il profilo giuridico, ma ai nostri fini a questo riguardo rilevanti.

Mi limiterò a dare qualche flash, tanto per rendere l’idea e chiedo sin d’ora scusa per le inevitabili approssimazioni.

Sembra – a prima vista – che la standardizzazione abbia un rilievo marginale nella disciplina del contratto delineata nel c.c. del 1942: induce a crederlo il constatare che in due sole disposizioni – gli artt. 1341 e 1342 – il fenomeno ha chiara visibilità. Ma, come spesso accade, l’apparenza inganna. Non solo della standardizzazione c’è traccia, magari nascosta, anche altrove, ma quei due articoli, in realtà, la collocano tra i concetti meritevoli di un’alta considerazione nella teoria del contratto: sono lì con altri, infatti, a testimoniare la commercializzazione del diritto privato avutasi nel 1942 con l’unificazione dei due codici preesistenti e a segnalare la penetrazione dell’impresa nel territorio del contratto e l’attitudine della prima a condizionare il modo d’essere della disciplina del secondo¹.

L’industrialismo ha trovato una potente leva di sviluppo nella standardizzazione. Il boom economico nel nostro dopoguerra ha consentito, anche grazie alla standardizzazione dei processi produttivi e dei prodotti, l’emancipazione dalla condizione di povertà di larghe fasce di popolazione. Mi occupo da un po’ di diritto del turismo e, in quest’ambito, proprio in quegli anni, si è inaugurata la stagione del turismo di massa, così definito perché basato su un’offerta fortemente standardizzata, in tal modo congegnata per essere alla portata di molti e, dunque, funzionale all’esigenza di espellere il turismo dal novero – in cui prima era collocato – delle attività riservate a pochi eletti.

Nella fase successiva, quella della globalizzazione neoliberista², si cambia registro. La libertà, compressa negli anni ’70, si riespande e in questo clima di

¹ Eloquente, in tal senso, RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, Pisa, 2021, 92 ss.

² Così definita da SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 13.

rivincita dell'individualismo muta anche l'apprezzamento della standardizzazione che, in molti contesti, assume una venatura di negatività, è sintomatica di un uguagliamento al ribasso. Può emblematicamente richiamarsi, ancora una volta, il terreno del turismo, dove i praticanti sono aumentati, ma la fuga dall'uniformità e la perdita di attrattiva delle logiche di standardizzazione sono particolarmente avvertite. Può ben dirsi, oggi, che il turismo di massa, legato a prodotti "seriali", è un lontano ricordo: si va, invece, alla ricerca dell'esclusività, dell'esperienza unica e irripetibile che, oramai, grazie alla tecnologia, un buon internauta può organizzarsi da sé, anche senza doversi economicamente svenare.

Intanto, la struttura dei mercati va sempre più segmentandosi e ciò determina la necessità di creare paradigmi differenziati legati alla specificità del bene o del servizio prestato. Il contratto è la categoria portante il sistema civilistico maggiormente influenzata da questi sviluppi: si assiste, infatti, alla frammentazione dello statuto contrattuale in sottosistemi dotati di regole proprie e insofferenti all'applicazione di quelle comuni, a ragione o a torto giudicate inadeguate a disciplinare fenomeni sfuggenti alla logica del rapporto individuale tra uguali che ha ispirato la costruzione del paradigma unitario del contratto³. La spinta alla frammentazione, alla segmentazione, alla personalizzazione investe anche la responsabilità civile e finanche l'obbligazione al punto da legittimare il sospetto che sia ormai minata, alle fondamenta, la tenuta dell'edificio del diritto civile.

Aleggia lo «spirito antisistemico del post-moderno»⁴, ma la standardizzazione conserva centralità nello svolgimento dei processi produttivi e, con l'impiego a regime delle nuove tecnologie, in tutte le loro potenzialità, muta faccia e riprende vigore. La società degli algoritmi, dell'intelligenza artificiale sembra riportare in auge la standardizzazione. Sollecitato dalla lettura di un aureo libricino recentemente pubblicato, riflettevo qualche giorno fa sull'avvento, che si preannuncia prossimo, delle *driverless cars* (veicoli senza pilota capaci di svolgere autonomamente le operazioni di guida tradizionali) che – nel libro si sottolinea – altro non sono che «una componente di un complesso sistema che presuppone il coordinamento tra veicoli capaci di comunicare tra

³ "Il contratto. Un futuro incerto tra unità e frammentazione" è il titolo dato al 2° Seminario in onore di Enzo Roppo, svoltosi a Genova il 24 maggio 2019, gli atti del quale – raccolti in *Annuario del contratto 2019*, diretto da D'ANGELO - ROPPO, Torino, 2020, 3 ss. – restituiscono chiara l'immagine di un contratto che sembra subire un'autentica metamorfosi. Indicativo è anche il titolo del seminario promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei e della Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi alla fine di novembre 2021 – Il contratto o i contratti? – che, con altre parole, riprende quello del convegno genovese, confermando centrale la riflessione sul futuro del contratto (gli atti sono raccolti in *Contratto, contratti e mercati*, Quaderno 24 della SSM, curato da MAUGERI - GRASSO, Roma, 2022); riflessione, non relegata in second'ordine nemmeno dall'irruzione del Covid-19 e dalla pandemia che, peraltro, hanno prodotto effetti significativi in quest'ambito, ridestando tra l'altro l'attenzione verso la distinzione tra due modelli di contratto – quello "aristotelico" e quello "groziano" – quest'ultimo, al contrario del primo (come nota SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, 39, si trova in Aristotele, «per la prima volta, il nesso tra contratto giusto e libero mercato»), svincolato da un parametro di giustizia e consistente nel "pure bargain".

⁴ L'espressione è fedelmente tratta da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 28.

di loro, di essere messi in connessione anche con le infrastrutture»⁵; e in questo complesso sistema, il libro bene pone in luce come «il rapporto che leggerà ciascun singolo veicolo agli altri veicoli, ai pedoni e alle infrastrutture postulerà inevitabilmente una standardizzazione dei protocolli di funzionamento e comunicazione»⁶.

Mi è venuto spontaneo accostare questo scenario, con la standardizzazione “tecnica” che ne condiziona l’avveramento, proprio alle garanzie nella realtà dei rapporti d’impresa. Non solo perché anch’esse sono standardizzate, sono cioè emesse in numero elevato e sulla base di condizioni identiche che rendono possibile la stima del numero di inadempienze in un insieme di prestiti simili⁷; se l’accostamento non mi è parso azzardato è anche perché in entrambi gli ambiti – a ben vedere – la standardizzazione si mostra funzionale all’esigenza di attenuare l’incidenza di esternalità negative, certamente diverse nell’una e nell’altra sfera, ma da considerarsi strutturali sia al fenomeno della circolazione automobilistica, sia alla prestazione di garanzie che, nell’attività di impresa, non è certo un *optional*.

2. Standardizzazione e concorrenza

Standardizzazione e concorrenza sono concetti che, d’acchito, sembrano rimandare a logiche distinte e non facilmente armonizzabili. Illusorio pensare che possano convivere senza che emergano ragioni di conflitto, ma la realtà ci dice che le convivenze problematiche non di necessità sfociano in divorzi e rotture insanabili e che, tra due parti in contrasto, spesso un accomodamento, anche non provvisorio, si trova. Lo si è ricercato anche sul terreno delle garanzie personali standardizzate, essendo stata sottoposta a verifica la loro compatibilità con la normativa *antitrust*.

«La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali»: questo, esplicitamente, afferma il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, col quale Banca d’Italia – all’epoca in veste di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi – censura, tuttavia, la modulistica ABI, elaborata nel 2003 e relativa ai contratti di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie⁸, contenente previsioni – in particolare, gli articoli 2, 6 e 8⁹ – che “*nella misura in cui*

⁵ CALABRESI - AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021, 95.

⁶ CALABRESI - AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, cit., 96.

⁷ Ciò agevola non poco la gestione delle sofferenze che, inevitabilmente, chi esercita attività di finanziamento deve mettere in conto di dover sopportare. Va, altresì, considerato che le garanzie in questione sono rilevate sin dalla loro concessione anche nell’indebitamento netto e non solo nel saldo netto da finanziare.

⁸ Il provvedimento assimila i concetti di “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie” e fideiussione omnibus: si tratta della «prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca».

⁹ Cui fanno riscontro la clausola contrattuale contemplante la rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c. e quelle convenzionalmente definite di reviviscenza e di sopravvivenza della garanzia. Per convenienza, riportiamo il testo dei tre articoli:

venivano applicate in modo uniforme, sono in contrasto" con l'art. 2, c. 2, lettera a), l. 287/1990 che vieta intese restrittive della concorrenza¹⁰; contrasto, che anche l'elevato numero di banche associate all'ABI contribuisce ad accreditare.

In astratto – rileva il Provvedimento in esame – la standardizzazione, ovvero «un'attività associativa che produca l'uniformità degli schemi contrattuali adottati dalle imprese associate può incentivare la concorrenza. Essa favorisce la domanda in quanto, aumentando la comparabilità dei prodotti, ne riduce i costi di selezione; anche l'offerta ne trae beneficio, poiché viene meno la necessità di una diffusa e continua negoziazione di clausole e viene data alle banche di dimensioni ridotte l'opportunità di operare nell'ambito di un quadro negoziale non dissimile da quello fornito dalle maggiori banche, in grado di elaborare autonomamente i propri schemi contrattuali». Ma, in concreto, «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», possono determinare una «situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza».

Dunque, la verifica di compatibilità va operata, non in astratto, ma in concreto. Nessun problema emergerebbe se i criteri suindicati sempre consentissero un apprezzamento chiaro e certo della reale consistenza delle situazioni considerate; ma siccome così non è¹¹, alto è il rischio che l'esito del giudizio non sia corretto e che non sia assicurata un'uniformità di trattamento a situazioni indegne di un trattamento differenziato. Questa è una prima complicazione e non è l'unica. Una volta registrata la presenza dell'illecito *antitrust*, infatti, occorre chiedersi quale tutela apprestare.

2.1. La *varia* tutela

L'intesa anticoncorrenziale è giudicata «ad ogni effetto» nulla dall'art. 2, c. 3, l. 287/1990 e ciò pare non lasciare margini per l'applicazione di una tutela non demolitoria o demolitoria “di protezione”.

"il fideiussore si impegna altresì a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo" (art. 2);

- "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino alla totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato" (art. 6);

- "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate" (art. 8).

¹⁰ Anche il parere n. 14251 del 22 agosto 2003 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva ritenuto lo schema negoziale tipo elaborato da ABI idoneo a restringere la concorrenza.

¹¹ Né potrebbe essere altrimenti, dovendosi – ad esempio – valutare la diretta o indiretta «incidenza economica», lo squilibrio se significativo dell'assetto o il livello della limitazione cagionata alla differenziazione.

Ma la vicenda legata alla modulistica ABI che ha dato adito al Provvedimento della Banca d'Italia cui prima si è accennato, induce a spostare l'attenzione sulla sorte dei contratti a valle dell'intesa anticoncorrenziale a monte, ovvero delle fideiussioni riproduttive di detta modulistica. La nullità si riverbera su di esse? Si determina, per derivazione o propagazione, la nullità anche dei contratti "a valle"?

Premesso che le norme *antitrust* sono dettate a tutela di tutti i soggetti del mercato, consumatori compresi¹², diverse risposte sono state avanzate¹³, non tutte aventi lo stesso *appeal*¹⁴. Guardando alle più gettonate e alle motivazioni adottate a loro sostegno, il ricorso alla metafora del supermarket non si rivela, poi, inappropriato.

La nullità totale si è accreditata in forza della necessità di evitare l'elusione delle norme *antitrust*, che altrimenti risulterebbe legittimata. L'invalidazione è palesemente giustificata là dove «i contratti "a valle" (...) abbiano essi stessi causa od oggetto anticoncorrenziali, in quanto costituiscono strumenti per propagare nei mercati "a valle" gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale principale»¹⁵.

Diversamente, valorizzando non solo il generale *favor* dell'ordinamento per la

¹² Lo ha stabilito – val bene rammentarlo – la celebre Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005 n. 2207, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435 con commento di CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*.

¹³ Le troviamo illustrate nella più recente sentenza – che sia l'ultima non possiamo dirlo – che si è occupata di definire la sorte delle fideiussioni di cui trattasi, vale a dire Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499, con note di PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, di PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, di MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21 e di ROMANO, Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?; vedasi anche VIOLANTE, Nullità parziale delle fideiussioni omnibus a valle di un'intesa illecita: le Sezioni unite alla ricerca del minor male*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 51 ss. e, nell'ambito del commento a detta sentenza, MAISANO, *La sofferza dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 317 ss. Per ragguagli sull'evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla sentenza, v. VIZZONI, *La Cassazione alle prese con le fideiussioni omnibus redatte sui moduli ABI*, in *Annuario del contratto 2019*, cit., 382 ss.; sintetici, riassuntivi rilievi anche in GRISI, voce *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, vol. I, *Contratto*, cit., 918 ss. e, *amplius*, in RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 298 ss.

¹⁴ Quando non trascurato, sembra con sufficienza liquidato il richiamo alla nullità relativa. *Idem* dicasi per la rescissione per lesione, alla quale, tuttavia, viene quasi naturalmente di pensare se si pone mente all'asimmetria di forza contrattuale tra la parte che predispone il testo del contratto in modo standardizzato e i soggetti che con essa negoziano. Sconta la difficoltà dell'accertamento della volontà ipotetica delle parti la costruzione proposta da MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, in *Contr.*, 2022, 462, il quale – nel rassegnare alcune conclusioni dopo l'esame della sentenza citata nella nota che precede – giudica ipotizzabile il ricorso alla conversione del contratto nullo, dacché, a fronte della perdita della garanzia, le parti «avrebbero voluto una fideiussione con una garanzia media, cioè minore della fideiussione *omnibus*, ma più forte della fideiussione *omnibus* epurata dall'art. 1419, comma 1, c.c. delle clausole 2, 6 e 8 dello schema ABI».

¹⁵ LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 390. L'A. richiama, ad esempio, i patti di boicottaggio a catena e quelli di rafforzamento delle esclusive, pertanto, indiscutibilmente affetti da nullità.

«conservazione» degli atti di autonomia negoziale che l'art. 1419 c.c. varrebbe a consacrare¹⁶, si è giudicato pertinente far capo alla nullità parziale, limitata, cioè, alle clausole restrittive della concorrenza, ritenuta il rimedio più adeguato. Necessita, ovviamente, una valutazione particolarmente attenta della concreta portata degli interessi in gioco, ma, superate le difficoltà e aggirati i rischi che essa comporta, è questa la sola via che consente di apprestare una tutela congrua, che ripudi la "serialità": sicché, la nullità parziale va dichiarata e mantenuto in vita il contratto che, depurato di quelle clausole, i contraenti avrebbero stipulato, «salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti»¹⁷. La via risarcitoria potrebbe risultare praticabile da parte dei singoli soggetti danneggiati dall'intesa, affiancando l'azione di nullità¹⁸.

Altro indirizzo evidenzia che dalla nullità di una intesa anticoncorrenziale «non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azioni di risarcimento del danno», a meno che non siano in sé affetti da vizi rilevanti *ex art.* 1418 s. c.c. tali da legittimare la declaratoria di nullità¹⁹. La sola tutela risarcitoria, con esclusione della tutela reale, ben potrebbe ammettersi nella fattispecie in esame. Si osserva, infatti, che i contratti a valle conclusi con i terzi che dell'intesa non sono partecipi, qualora non siano essi stessi attuativi di un'intesa secondaria anch'essa vietata, non evidenziano né illiceità della causa, né presentano un oggetto illecito²⁰, sicché il solo rimedio disponibile a tutela del soggetto, suo malgrado coinvolto nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale, è quello risarcitorio²¹. Questo approdo, peraltro, è per una via

¹⁶ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., precisa, riferendosi alla nullità totale del contratto a valle, che è «proprio la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato ... ad escludere l'adeguatezza del rimedio in questione».

¹⁷ L'inciso riportato tra virgolette è ancora tratto dal principio di diritto affermato in Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit. Quella qui configurata, dunque – nota BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*: «the dark side of the moon», in *Foro it.*, 2022, I, 1319 – è una «nullità parziale, salvo prova contraria».

¹⁸ SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 700 vede, perciò, ridimensionata «la portata operativa del rimedio risarcitorio, ... una sorta di mero completamento di quello della nullità parziale».

¹⁹ Linea, questa, che trova riscontro in Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 82, con nota di MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard Abi: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*. Dalla sentenza prende le mosse l'approfondita analisi di LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, cit., 378 ss., attenta anche alle indicazioni provenienti dal diritto europeo.

²⁰ È quanto sostiene LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, in *Danno resp.*, 2005, 246.

²¹ Così Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit. compendia le ragioni alla base di questo, che viene definito «terzo filone interpretativo»: «Si osserva, al riguardo, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale – a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI –

diversa raggiungibile se, accreditata la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, si registra presente una norma di condotta nella disposizione che vieta le intese²².

Il quadro riportato opera una panoramica sulla *varia* tutela, molto tralascia e non entra nel dettaglio delle singole tesi prospettate, ma tanto basta a far comprendere quanto complicata possa essere l'individuazione della soluzione da adottare. A nessuna può attribuirsi valenza generale²³ e pensare «che la nullità parziale delle fideiussioni omnibus stilizzi la sorte dei contratti a valle è, a tutto concedere, una *sineddoche*»²⁴. Si ha netta l'impressione che dall'opinabile sia impossibile evadere.

La ponderazione degli interessi in gioco – come detto – va operata in concreto, in relazione ai singoli casi, apprezzati nella loro specificità, sicché domina la relatività e nessun giudizio può essere formulato *a priori*.

Alcuni esempi. Chi perora la causa della nullità parziale fa conto sull'interesse che gli istituti di credito avrebbero a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, pur se depurata delle clausole anticoncorrenziali, e può ben darsi che sia così; ma è anche ipotizzabile che l'espulsione delle note clausole depotenzi a tal punto la garanzia da rendere non più conveniente la prestazione del finanziamento, nel qual caso diventa confacente la nullità totale. E, ancora. La declaratoria di nullità, totale o parziale, è nell'interesse dei fideiussori, che, considerati alla stregua di soggetti che versano in una condizione di debolezza, meritano una tutela rafforzata²⁵; ma la loro condizione può, nella realtà pratica, palesarsi diversa, quando, ad esempio – caso non raro a verificarsi – il fideiussore sia cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, abbia un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia.

non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni. Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente ex art. 1440 cod. civ., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare».

²² Su questo argomento – che, come si evince da LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., 384 s., trova spazio in alcune sentenze del Tribunale di Treviso (ma v. anche Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019, n. 498 in *www.iusletter.com* e Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020, n. 513 in *www.il caso.it*; Trib. Rimini, 4 giugno 2021, n. 544, in *www.dirittoelrisparmio.it*) – riflette FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, in *Contr. impr.*, 2022, 487 ss.

²³ Neanche a quella accolta da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., che – come nota, commentandola, D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, 1310 – «è strettamente collegata (e fortemente condizionata) dalla particolarità dell'ipotesi che veniva in rilievo».

²⁴ PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 528.

²⁵ Questa l'ottica accolta dal citato Provvedimento della Banca d'Italia, ove lo schema Abi è giudicato non coerente rispetto alla logica che ha ispirato le modifiche agli artt. 1938 e 1956 c.c. ad opera della legge n. 154 del 1992 che è quella – per l'appunto – di «rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante»: le note clausole, in definitiva, sono colpite perché penalizzano in modo eccessivo il fideiussore.

2.2. Il cancan delle tutele quale dato “di sistema”

L’arresto delle Sezioni Unite non entra nel merito di tutte le questioni implicate nel rapporto tra fideiussione e intese anticoncorrenziali²⁶ e, pur richiamando in applicazione il rimedio invalidatorio parziale, non altera il quadro della tutela emergente dalle considerazioni svolte; un quadro cangiante, dove anche il rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria si presenta instabile, tra interferenza, complementarità e, direi, intercambiabilità.

Va in soffitta la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, peraltro solo in apparenza considerata intangibile dalle arcinote sentenze Rordorf delle SS.UU.²⁷ e prima e dopo di esse in più occasioni disattesa o posta in discussione. Quelle pronunce, mosse da un intento normalizzatore²⁸, hanno certamente difeso la distinzione riconoscendone la centralità, ma senza farne un mito da apprezzare quale verità universale, immobile e indiscutibile²⁹. D’altronde, se la stella polare è la congruità della tutela, il suo essere in concreto adeguata, va da sé l’abbandono dell’idea che detta distinzione sia da assumere in modo rigido e categorico³⁰; uno sviluppo, questo, che anche una certa lettura dell’art. 24 Cost., la considerazione degli sviluppi sul fronte del diritto europeo, il valore che va riconosciuto ai principi (effettività, *in primis*) correttamente impiegati, certamente incoraggiano.

Le interferenze non sono solo nel caso in osservazione registrabili e ciò aiuta ad apprezzarne la valenza esemplificativa di un *trend* che, con il declino delle categorie e dei modelli classificatori tramandati dalla tradizione³¹, assegna al giudice – che la

²⁶ Tra esse, di particolare rilievo pratico quella che interessa le fideiussioni sottoscritte anteriormente all’accertamento che ha portato all’emanazione del Provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia, con riferimento alle quali, con decisione n. 16511 del 29 dicembre 2022, il Collegio di Coordinamento dell’ABF ha stabilito che il garante che intenda dedurre la nullità derivata non possa limitarsi ad esibire in giudizio il testo dello schema ABI e del Provvedimento succitato – non potendo quest’ultimo «considerarsi prova privilegiata per le fideiussioni ... sottoscritte a distanza di anni dallo stesso» – ma abbia l’onere di dimostrare la persistenza della intesa antitrust fino al momento di rilascio della garanzia personale (in *DB non solo diritto bancario*, in www.dirittobancario.it, sia la decisione che un commento di ROMANELLI - NORO, *Fideiussioni omnibus: nullità ed onere della prova secondo il Collegio di Coordinamento ABF*).

²⁷ Alludiamo a Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n.ri 26724 e 26725 (la prima in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di SCODITTI, la seconda in *Contr.*, 2008, 221, con commento di SANGIOVANNI), così – per comodità – denominate riprendendo il cognome dell’illustre estensore.

²⁸ Si era venuta a determinare una situazione di grande incertezza, eloquentemente testimoniata dal titolo del saggio di ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896, nonché da quello di GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il “subbuglio” giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 562 (in nota a tre decisioni di merito, tra cui App. Milano, 19 dicembre 2006, n. 3070).

²⁹ Lo rilevavo in GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Pers. e merc.*, 2015, 4, 151.

³⁰ Anche le sentenze Rordorf – val bene ricordarlo – non hanno potuto fare a meno di riconoscere che prestare ossequio alla distinzione non sempre consente l’approdo al rimedio, nel concreto delle situazioni considerate, più appropriato.

³¹ Si vedano molti dei saggi raccolti in LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 (da MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in BARCELLONA - MONTANARI, *Potere*

tutela somministra – il ruolo di primattore nell’opera di rifondazione del diritto civile. Uno sviluppo, questo, non da tutti ben accolto³², una novella *Interessenjurisprudenz* che getta luce su un dato “di sistema” fondativo di una nuova logica che, d’acchito, viene di definire “rimediale”³³. Uno scenario caratterizzato da una sorta di polimorfismo rimediale e da una polifonia dei rimedi, dove – rilevava Vincenzo Scalisi – la nullità da singolare si fa plurale, passando da categoria «*a priori* a giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*»³⁴, dove la nullità è sempre più funzionalizzata e dove, correlativamente, si ripositiona anche la tutela manutentiva, in genere, e quella di risarcimento, in particolare, che, non più votata in via esclusiva a restaurare la sfera patrimoniale del soggetto, ben può assolvere – sia pure a certe condizioni – compiti di deterrenza e sanzionatori³⁵.

Vengono, allora, alla luce «in realtà tanti rimedi quante sono le varianti fattuali registrabili»³⁶, in un moto continuo e vorticoso che sarà problematico fermare. La mobilità del confine operativo tra quelli “demolitori” e quelli “manutentivi” va inquadrata in questa luce, ne è – potremmo dire – la più evidente manifestazione. La tutela da applicare diventa oggetto di scelta: una scelta non libera, dovendosi approdare all’individuazione del rimedio più appropriato, ma pur sempre una scelta svincolata dalle ipoteche categoriali di riferimento. Invalidità, inefficacia, risarcimento, autonomamente considerati o tra loro combinati, entrano in questo circuito e, non solo disattivano il contatto con i presupposti formali di applicazione del rimedio, ma vedono in qualche misura modificati i loro caratteri essenziali. E questa luce pure illumina le «nuove nullità» cui fa riferimento Pagliantini quando, constatato il declino inesorabile della vecchia cara nullità “cannibalizzante” ancorata alla logica della fattispecie, e rilevato come la nullità totale possa talora «tratteggiare la sagoma di un “terribile diritto”»³⁷, riprende ed affina la riflessione di Scalisi e fa i conti con i sommovimenti che hanno squassato questo fronte – curvatura funzionalistica, scopo escludente e quant’altro – e con l’emersione di nullità che «non nullificano in quanto piuttosto rimodellano il contratto che ne sia afflitto»³⁸. Siamo, poi, certi, che si tratti di un’assoluta novità? Non è, forse, anche la nullità parziale una nullità non nullificante e sostanzialmente conformativa?

e negoziazione. *Il diritto al tempo del post-pensiero*, a cura di LO GIUDICE, Roma, 2023, 94 considerato «un testo emblematico, per mostrare la transizione a un diritto post-categoriale»).

³² Non si può non segnalare il contributo di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.

³³ Opera – per dirla con CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 118 – la tendenza, egemone, a piegare «i principi e gli strumenti del diritto privato interno ad una logica rimediale svincolata dai presupposti formali di applicazione del rimedio».

³⁴ SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 460.

³⁵ Si veda la nota Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787, con nota di DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*.

³⁶ PAGLIANTINI, *Un giro d’orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e merc.*, 2021, 1, 36.

³⁷ PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 485.

³⁸ PAGLIANTINI, *Un giro d’orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, cit., 32. La «loro messa a regime – aggiunge l’A. – passa per dispositivi riportanti in auge uno statuto che, come ormai è invalso chiamarlo, è (in senso proprio) di gestione conservativa del regolamento contrattuale».

3. Una plausibile chiave di lettura: garanzia standardizzata e autonomia d'impresa

Faccio notare che le sentenze Rordorf, che pure riaffermano il legame tra violazione delle norme di comportamento e responsabilità e l'inidoneità della prima ad ingenerare nullità, si chiedono «se una regola diversa non viga proprio nello specifico settore del diritto dei mercati finanziari»: esse, quindi, non rifiutano l'idea che l'inquadramento in uno specifico settore di mercato, ovvero sia il contesto situazionale nel quale la violazione è calata, possa, in qualche modo, condizionare la disciplina applicabile ed i rimedi da adottare.

Quest'idea assume un peso significativo proprio nella riflessione che il tema della mia relazione suggerisce di svolgere.

L'astratta unità del contratto e del contraente sono alle spalle: ne avevamo contezza già da tempo e ora lo percepiamo ancor più chiaramente. Oggi dobbiamo prendere atto, osservando lo svolgersi nella realtà concreta dei rapporti d'impresa, che alcuni dati assumono pregnante significato legittimando ricostruzioni in termini nuovi di schemi e discipline. Mi invita a farlo un recente studio, frutto di un'elaborazione che – come l'abbondanza delle citazioni testimonia – reca in sé più di un elemento utile all'inquadramento dell'oggetto della mia relazione entro coordinate dopotutto affidabili.

L'elemento che, più di altri, attrae l'attenzione è l'emergere, quale categoria del mercato, dell'autonomia d'impresa, da apprezzare «in chiara discontinuità rispetto ai canoni dell'autonomia privata classica dell'individuo proprietario»³⁹. Ne sono espressione i contratti d'impresa che, così inquadrati, non sono tali per la presenza, necessaria, di un imprenditore quale parte, ma perché in essi si rispecchia l'attività economica professionalmente esercitata, costituendo essi stessi parte integrante i fattori che l'imprenditore organizza al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi.

Se il contratto è apprezzato quale momento di un'attività⁴⁰ che deve esplicarsi secondo le logiche del mercato di riferimento e nel rispetto del diritto della concorrenza⁴¹, che vada oggettivizzandosi, che si spersonalizzi, è fatale; ciò, da un lato, muta i parametri e le linee di svolgimento del giudizio circa la sua validità ed efficacia, dall'altro, alimenta la creazione di nuovi schemi contrattuali e, dall'altro ancora, dà ulteriore impulso alla standardizzazione, che è prassi comune dell'agire imprenditoriale e che in misura ancor maggiore si impone in settori strategicamente determinanti dell'attività di impresa, primo fra tutti quello della prestazione di garanzia nei rapporti d'impresa, imprimendo una particolare colorazione alla garanzia del credito e alla fideiussione.

Le garanzie standardizzate, dunque, sono manifestazione contrattuale dell'attività d'impresa e sono parte di operazioni economiche più complesse: questa

³⁹ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 11.

⁴⁰ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 117 raccomanda di non «dimenticare che il dato dell'attività ha trovato un rafforzamento del grado di salienza con la codificazione del 1942», tale da inaugurare un approccio che «inverte il paradigma incentrato sull'atto, conferendo centralità alla dimensione dell'attività».

⁴¹ La cui «attitudine regolatoria» – sottolinea RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 47 – «invita (...) a esaminare i rapporti contrattuali considerando il mercato quale contesto condizionante, potendosi così superare uno scrutinio basato sul momento statico dell'accordo tra le parti».

loro dimensione – si fa notare – «giustifica – e impone – una rimodulazione e una distinta interpretazione delle regole sulla causa e sull’oggetto del contratto, nonché la disapplicazione delle norme originariamente previste dal legislatore per il tipo fideiussorio, ogni qualvolta queste risultino incompatibili con l’assetto di interessi espresso dalle parti»⁴². L’accessorietà sembra (continuare ad) afferire a rapporti episodici a stento riconducibili tra le operazioni commerciali, mentre si distacca dalla garanzia immersa nelle dinamiche professionali e nell’attività d’impresa, le cui logiche mal si conciliano con l’imposizione di un trattamento disciplinare coincidente con quello delle garanzie non funzionali all’impresa, non compatibile con gli interessi economici e professionali implicati. Così, le clausole di cui agli articoli 2, 6 e 8 del modello ABI giudicate contrastanti con il divieto di intese anticoncorrenziali, pur indubitabilmente incoerenti rispetto al dato normativo codicistico in materia di fideiussione, sono tuttavia necessarie per modellare l’obbligazione fideiussoria «in modo tale da risultare servente alla logica degli affari»⁴³ e pienamente compatibili con le logiche proprie di un sistema di garanzie personali d’impresa⁴⁴.

Sgravato dall’ipoteca “tipologica” ed ancorato il regolamento contrattuale alla razionalità efficiente del mercato concorrenziale, il piano della tutela riacquista rigidità. Questa è indotta dall’osservazione degli effetti prodotti dalla nullità – totale o parziale che sia – sul mercato, giudicati non compatibili con le logiche proprie dell’attività d’impresa poiché incidenti in modo sfavorevole sulla tenuta complessiva del sistema delle garanzie del credito d’impresa⁴⁵.

Mi suona paradossale che per soddisfare un’esigenza di flessibilità della garanzia si acceda alla standardizzazione sul piano rimediale, ma sembra andare in questa direzione il discorso così impostato. Si aprono, allora, nuovi scenari per la tutela risarcitoria, che potrebbe veder più chiaramente definiti i termini del rapporto con la tutela invalidatoria⁴⁶ e veder partecipi nel discorso le azioni collettive, ma è con un interrogativo non retorico e solo volto a suscitare una riflessione, che voglio concludere, un po’ provocatoriamente, questo mio ragionamento: superata la concezione monofunzionale della responsabilità civile, non c’è forse spazio per giungere a configurare, proprio su questo terreno, quale misura efficace di contrasto, quell’istituto «sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema»⁴⁷ che prende il nome di risarcimento punitivo?

⁴² Così RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 11.

⁴³ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 291.

⁴⁴ Atteso che, «attraverso le clausole suesposte, ad esempio, l’istituto di credito può proteggersi meglio dai rischi di insolvenza e di eccezioni paralizzanti, non patire più i condizionamenti temporali per agire e dar seguito alle proprie istanze, così come previsti dall’art. 1957 c.c., e concedere più agilmente credito al debitore proprio grazie al peculiare impegno di garanzia sottoscritto» (RENNNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 292).

⁴⁵ Si veda, al riguardo, RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 312 ss.

⁴⁶ Fugando, forse, le ragioni di perplessità manifestate da D’AMICO, *Modelli contrattuali dell’Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1316 verso l’idea – accolta nella pluricitata Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994 – «secondo la quale i rimedi in questione non sarebbero tra loro «alternativi», ma si integrerebbero l’uno con l’altro».

⁴⁷ Cass., Sez. Un, 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

