

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE
A VALLE DI INTESE VIOLATIVE DELLA
NORMATIVA *ANTITRUST*.
LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Antonio Valitutti

**LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE A VALLE DI
INTESE VIOLATIVE DELLA NORMATIVA *ANTITRUST*.
LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE[°]**

Antonio Valitutti

Presidente di sezione della Corte Suprema di Cassazione

Il presente contributo intende approfondire la tematica del rapporto tra intesa antitrust e fideiussione omnibus conforme allo schema predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana. Particolare attenzione viene data alla sentenza n. 41994 del 2021 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

This contribution aims to investigate the relationship between competition law and omnibus guarantees compliant with the scheme prepared by the Italian Banking Association. The author pays particular attention to sentence n. 41994 of 2021 of the United Sections of the Supreme Court of Cassation, highlighting the systematic aspects.

Sommario:

1. La vicenda processuale
2. La legge *antitrust* e l'intervento della Banca d'Italia
3. La normativa nazionale ed europea di riferimento
4. La tutela del privato nel formante giurisprudenziale
5. La mancata partecipazione dell'impresa bancaria o assicurativa all'intesa vietata a monte nella lettura giurisprudenziale
6. Le opinioni della dottrina. La tesi della nullità totale della fideiussione a valle dell'intesa *antitrust*
7. Segue. La tesi della nullità parziale
8. Segue. La tesi risarcitoria
9. L'opzione delle Sezioni Unite
 - 9.1. L'insufficienza della tutela risarcitoria
 - 9.2. Il modello di tutela della nullità parziale
 - 9.3. La nullità derivata della fideiussione a valle dell'intesa vietata
 - 9.4. L'esclusione della nullità totale della fideiussione a valle
10. Le conseguenze dell'opzione interpretativa in esame
11. Conclusioni

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

1. La vicenda processuale

La società Albatel stipulava con Intesa Sanpaolo s.p.a., in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da Giacinto Bosco, socio della Albatel, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006. Con diverse, successive, raccomandata, l'ultima delle quali in data 24 febbraio 2010, l'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto.

Il Tribunale di Torino, su ricorso della banca, in data 8 agosto 2011, emetteva decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del Bosco al pagamento – in relazione alle due fideiussioni – delle somme di Euro 56.795,37 e di Euro 50.385,34. Nei confronti del provvedimento monitorio l'intimato proponeva rituale opposizione, a norma dell'art. 645 cod. proc. civ., ma il giudizio veniva sospeso – su istanza dell'opponente – ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., avendo il medesimo instaurato, nelle more del procedimento di opposizione, altro procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma.

Con atto di citazione notificato il 23 novembre 2011, Giacinto Bosco aveva, invero, evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi dell'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (nel testo applicabile *ratione temporis*), Intesa Sanpaolo s.p.a., chiedendo dichiararsi radicalmente nulli, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, i contratti di fideiussione del 22 aprile 2004 e del 13 giugno 2006, e per l'effetto dichiararsi che nulla era dovuto dal Bosco all'istituto di credito convenuto, del quale chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni subiti, nonché alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia. In via subordinata, il Bosco chiedeva dichiararsi la nullità, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti di Alcatel, a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 1957 c.c. Osservava, invero, l'attore che la banca convenuta aveva depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi previsto dalla norma succitata dall'ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti.

Costituitasi la banca, con sentenza n. 3746/2016 dell'11 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma così provvedeva: a) dichiarava la nullità, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa; b) condannava Italfondario s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., al pagamento in favore di Giacinto Bosco, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi legali dalla

pubblicazione della sentenza al soddisfo; c) ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del Bosco alla Centrale Rischi della Banca d'Italia. Avverso tale pronuncia Italfondario s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., proponeva ricorso per cassazione, al quale l'intimato Giacinto Bosco resisteva con controricorso e con memoria.

Con ordinanza interlocutoria n. 11486/2021, la Prima Sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, rilevava che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, si ravvisa una pluralità di opinioni in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi – in sostanza – delineate tre soluzioni: a) *nullità totale* del contratto a valle; b) *nullità parziale* di tale contratto, ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) *tutela risarcitoria*. La sezione ha, pertanto, rimesso la controversia – ritenendo che la questione che ne costituisce oggetto, rivestendo un particolare valore nomofilattico, rappresenti una questione di massima di peculiare importanza, anche in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie – alle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, ai sensi dell'art. 374 c.p.c.

2. La legge *antitrust* e l'intervento della Banca d'Italia

A norma dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990: «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati 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; [...]. 3. Le intese vietate sono *nulle ad ogni effetto*».

Nell'ottobre del 2002, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che – prima della diffusione tra gli istituti di credito – fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, la quale, nel novembre 2003, avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità dello schema contrattuale di «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza. A tal fine, la Banca d'Italia interpellò – in via consultiva – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale – nel parere n. 14251 – ebbe ad evidenziare come la disciplina della «fideiussione omnibus», di cui allo schema predisposto dall'ABI, presentava clausole idonee a restringere la concorrenza, poiché suscettibili – in linea generale – «di determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito», nonché, nei casi di fideiussioni a

pagamento, «di accrescere il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore».

I rilievi critici dell’Autorità Garante riguardarono, in particolare, le clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale, e precisamente: a) la cd. «*clausola di reviviscenza*», secondo la quale il fideiussore è tenuto «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); b) la cd. «*clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 cod. civ.*», in forza della quale «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 cod. civ., che si intende derogato» (art. 6); c) la cd. «*clausola di sopravvivenza*», a termini della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

Sulla scorta di tale parere, e rilevato che dall’istruttoria espletata era emerso che diverse banche avevano ormai adottato lo schema predisposto dall’ABI, e che dai dati raccolti era altresì risultato che la maggior parte delle clausole esaminate fosse stata ritenuta dalle banche applicabile anche ai contratti stipulati da soggetti privati, in qualità di fideiussori, la Banca d’Italia ha emesso il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005. Tale provvedimento ha 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 in contrasto con l’articolo 2, c. 2, lettera a), della legge n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza».

A seguito di tali fatti, si è – pertanto – posta, nel giudizio de quo, la questione, rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, circa gli effetti che sulle fideiussioni stipulate a valle tra Intesa Sanpaolo e Giacinto Bosco, abbia prodotto l’illecito antitrust rilevato, a monte, dal provvedimento della Banca d’Italia, ovvero se, nel caso di fideiussioni rilasciate dal cliente della banca, nelle quali siano state inserite le predette clausole, la cui natura anticoncorrenziale è stata accertata dall’Autorità competente, al garante spetti una tutela «*reale*», ossia a carattere «*demolitorio*», oppure una tutela esclusivamente «*risarcitoria*».

3. La normativa nazionale ed europea di riferimento

Occorre muovere dal rilievo – dal quale ha preso le mosse la decisione delle Sezioni Unite, della quale si dirà in prosieguo – secondo cui se è pur vero, ai sensi dell’art. 41, c. 1, Cost., che «l’iniziativa economica privata è libera», tuttavia è anche vero che la stessa norma si preoccupa di precisare, al c. 2, che «non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale», mentre al c. 3 soggiunge che «la legge determina i

controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». In forza della previsione costituzionale, pertanto, la «concorrenza» tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'impresе. Di qui l'introduzione, in pressoché tutti i Paesi occidentali, della disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali.

Al bilanciamento tra le giustapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione della iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori – quali soggetti del mercato al pari degli imprenditori – ha provveduto, quindi, in Italia, la l. antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990, il cui art. 2 considera – come si è visto – vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare – in qualsiasi forma e in maniera sostanziale – il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. La medesima norma – come dianzi detto – al c. 3 stabilisce che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

L'art. 1418 c.c. (rubricato «cause di nullità del contratto») prevede – sul piano generale – che «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente (c. 1)». «Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa [art. 1343 c.c.], la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 c.c. e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346 (c. 2)». «Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (c. 3)».

L'art. 1419 c.c. (rubricato «nullità parziale») afferma, inoltre, 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 (c. 1)». «La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (c. 2)».

Sul piano della normativa europea, viene, poi, in considerazione l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario art. 81 del Trattato CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma) che – in applicazione dell'art. 3, secondo cui «L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: [...] b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; [...]» – dispone: «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; [...]. 2. «Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono *nulli di pieno diritto*».

4. La tutela del privato nel formante giurisprudenziale

Tale essendo il quadro normativo – interno ed europeo – di riferimento, va, tuttavia, osservato che il formante giurisprudenziale in materia è quanto mai variegato ed articolato, e non offre soluzioni univoche.

Una prima decisione sul tema ha, nondimeno, effettuato talune importanti precisazioni, sulle quali dovrà ritornarsi in prosieguo. Si è, per vero, anzitutto rilevato che una intesa che consenta ad uno dei suoi autori di appropriarsi dei momenti decisionali che provvedono alla strategia ed anche all'ordinaria conduzione di altra impresa concorrente è suscettibile di essere assunta nella griglia delle proibizioni di cui all'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287. Il «mercato» – infatti –, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica, presuppone l'esistenza di soggetti economici realmente tali, ovvero in grado di esercitare i diritti di libertà in questione. Deve perciò trattarsi di soggetti effettivamente responsabili delle scelte di impresa ad essi formalmente imputabili, giacché la nozione di "mercato libero" presuppone che il gioco della concorrenza – per adoperare l'espressione della legge – venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi. Si è, dipoi, affermato che l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (cosiddetta legge «antitrust»), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le «intese» fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha voluto riferirsi solo alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluto». Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, proibire «*il fatto della distorsione della concorrenza*», in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche. Tale distorsione ben può essere il frutto anche di comportamenti «*non contrattuali*» o «*non negoziali*». Si rende – così – rilevante qualsiasi tipo di condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a *schemi giuridici* [n.d.r. come nel caso oggetto del giudizio in questione] meramente «*unilaterali*».

Si è, quindi, soggiunto che l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 non stabilisce che solo le «intese» cosiddette «verticali» possano dare luogo a distorsioni della concorrenza, né può sostenersi che una «intesa orizzontale non possa dare luogo a comportamento sanzionabile ai sensi della suddetta disposizione se non si traduca altresì nell'abuso di cosiddetta «posizione dominante», previsto dal successivo art. 3. Ciò che infatti rileva è che tutti i comportamenti, ancorché si traducano in liberi accordi tra soggetti che operano allo stesso livello di mercato, se incidono sulla libertà economica delle imprese del settore, danno luogo ad un cartello. Da ciò consegue che il profilo per cui un accordo tra imprese non abbia presupposto meccanismi di coercizione e non comporti effetti vincolanti nel senso comunemente attribuito ai contratti intesi quali

fonti di obbligazioni, non è sufficiente a sottrarlo alla qualifica di "intesa", la cui illiceità deriva – anzitutto – dall'oggetto o dall'effetto anticoncorrenziale¹.

Una successiva decisione in materia ha affrontato lo specifico tema delle tutele azionabili dal privato, cliente della banca, che abbia stipulato un contratto di fideiussione che riproduca, in tutto o in parte, il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della succitata normativa antitrust, escludendo in radice la legittimazione del consumatore finale a proporre una qualsiasi forma di azione, spettando tale legittimazione solo alle imprese danneggiate dall'intesa².

Una terza pronuncia, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha, tuttavia, ristretto la tutela alla proponibilità della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale³.

La svolta decisiva è segnata in materia – in termini di maggiore tutela dei privati – da una sentenza delle Sezioni Unite, secondo la quale la l. antitrust n. 287 del 1990 detta norme – segnatamente l'art. 2 – a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche *gli altri soggetti del mercato*, ovvero chiunque abbia un 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 carattere per effetto di un'intesa vietata. Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione «a monte», ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della «nullità dell'intesa» e di «risarcimento del danno» di cui all'art. 33 della l. n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma – nel testo vigente al tempo della pronuncia – alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello. Va rilevato, al riguardo, che le Sezioni Unite – pur non affrontandola ex professo – hanno, tuttavia, operato un importante riferimento, in motivazione, alla problematica concernente il contratto stipulato a valle dell'intesa vietata. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che «il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione

¹ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827.

² Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475.

³ Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384.

del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo «*collegamento funzionale*» con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile». In altri termini – stante il «*collegamento funzionale*» con la volontà anti-competitiva a monte – ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale⁴.

5. La mancata partecipazione dell'impresa bancaria o assicurativa all'intesa vietata a monte nella lettura giurisprudenziale

Una problematica particolare – non affrontata dalle Sezioni Unite, atteso che la fattispecie che le investiva era relativa ad un contratto stipulato da un'assicurazione che aveva partecipato all'intesa vietata – concerne, peraltro, il caso – oggetto, invece, del giudizio di cui alla pronuncia in esame – in cui, sebbene l'impresa (assicurativa o bancaria), che ha stipulato un contratto a valle con il consumatore, non abbia partecipato all'intesa a monte, dichiarata nulla dall'autorità di vigilanza, tuttavia detto contratto recepisce, in tutto o in parte, il contenuto dell'intesa vietata.

Al problema la più recente giurisprudenza di legittimità – successiva all'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite succitato – non ha dato risposte uniformi ed univoche, sebbene l'indirizzo prevalente è senz'altro orientato ad ammettere la «*tutela reale*», a fianco di quella risarcitoria.

Particolare importanza riveste – giacché attiene alla medesima vicenda che ha costituito oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite, della quale ci si occupa in questa sede, benché concernente il rapporto di fideiussione intercorso tra il Bosco ed una banca diversa da Intesa Sanpaolo – una decisione con la quale la Corte ha richiamato, e fatto proprio, il menzionato precedente di cui a Cass. n. 827/1999, laddove ha affermato che la distorsione della concorrenza ben può essere posta in essere anche mediante comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tal modo – osserva in motivazione la Corte – diventa, difatti, rilevante «qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «unilaterali». Da ciò consegue che, allorché l'articolo 2 l. n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», non ha voluto dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». È evidente, pertanto, che – in tal modo – la pronuncia in esame si pone

⁴ Cass., Sez. Un, 4 febbraio 2005, n. 2207.

nell'ottica della *nullità complessiva e totale*, sia della intesa a monte (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione a valle.

La sentenza afferma, infine, che l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990, si applica a tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato⁵.

Altre pronunce si sono poste, invece, nell'ottica della nullità parziale, ex art. 1419 c.c., della fideiussione a valle dell'intesa vietata, limitatamente, cioè, alle clausole che riproducono le clausole nn. 2, 6 e 8 dell'intesa vietata a monte. La nullità integrale del contratto in conseguenza della nullità di singole clausole si determinerebbe – secondo tale indirizzo – solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; «il che – nella specie – è da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca»⁶.

6. Le opinioni della dottrina. La tesi della nullità totale della fideiussione a valle dell'intesa antitrust

Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, va osservato che la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina. Un primo gruppo di opzioni dottrinali si colloca sul versante della «*nullità totale*» delle fideiussioni a valle dell'intesa a monte vietata dalla legge antitrust.

In tale ambito, una prima tesi è nel senso che la nullità delle intese anticoncorrenziali, ai sensi dell'art. 2, c. 2, lett a) e c. 3 della l. n. 287 del 1990, comporta che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi *integralmente nulle* per «*nullità derivata*» e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte. In tal senso si rileva che il collegamento funzionale in parola si tradurrebbe in un vero e proprio «*collegamento negoziale*» tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*. I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica «*complessivamente illecita*», sicché la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe *tout court* anche ai contratti che a questa danno attuazione⁷.

Altri autori – sempre nell'ambito dello stesso indirizzo – hanno ritenuto, invece, che la nullità della fideiussione a valle deriverebbe dalla *illiceità della causa* della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c., giacché tale negozio realizzerebbe una

⁵ Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810. Nella medesima prospettiva della nullità totale si pone anche Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 6523.

⁶ Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044; Cass., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3556.

⁷ DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 226 ss.; ID., *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, 156 ss.; GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449 ss.

funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali, ovvero dovrebbe essere – quanto meno – considerato come stipulato in frode alla legge⁸.

Secondo una terza impostazione si tratterebbe, invece, di *illiceità dell'oggetto*, ravvisato quest'ultimo nel «prezzo» – comprensivo di tutte le condizioni contrattuali che concorrono a formarlo – con la conseguenza che, nei limiti in cui il contratto «a valle» assorbe, nella sua interezza ovvero all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione «a monte», l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato (vietato) cui l'intesa è diretta, con conseguente nullità del negozio fideiussorio ex artt. 1418, c. 2 e 1346 c.c.. In altri termini, «l'oggetto che nasce illecito nel primo contratto che dà corso alle intese, tale rimane lungo l'intera catena negoziale, comunque fino a quando i contratti a valle, di qualunque grado, subiscano gli effetti delle intese vietate: una volta affetto da illiceità, così esso perviene fino all'ultimo anello della catena»⁹.

Altri autori ancora – sempre nell'ambito della tesi della nullità assoluta – ritengono che la nullità in questione sarebbe non testuale, ma *virtuale*, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli artt. 1941, 1939 e 1957 c.c. sarebbero singolarmente derogabili, nondimeno la loro deroga cumulativa – in quanto si tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato – verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'art. 2, c. 2, lett. a), dando luogo all'integrale nullità del contratto¹⁰.

Tutte le tesi innanzi esposte hanno, quale comune denominatore, la considerazione per cui, a fronte della violazione – sia essa derivata o diretta – della normativa antitrust, l'unica reazione possibile, da parte dell'ordinamento, consisterebbe nella radicale – ed integrale – nullità della fideiussione, non avendo altrimenti senso affermare la nullità dell'intesa e, al contempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione¹¹. Si osserva, in altri termini, che ogni soluzione che si limitasse ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il solo vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (sanzionando, altresì, i colpevoli

⁸ Il contratto «a valle» rappresenterebbe, cioè, lo strumento atto a consentire alle singole imprese di eludere il divieto fissato dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990. In tal senso SCALISI, *Nullità e inefficacia, nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 492. Più radicale la tesi proposta da UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, 428 ss., che considera i singoli contratti «a valle» all'interno dell'intesa.

⁹ CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 1165 ss.

¹⁰ GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss.

¹¹ STELLA, *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, in *Contr.*, 2020, 385 ss., il quale osserva che «la sanzione della nullità dell'intesa sarebbe priva di effettività e risulterebbe inutile qualora non potesse estendersi anche ai singoli contratti che costituiscono sostanziale esecuzione dell'intesa "a monte" dichiarata illecita. Sarebbe, in sostanza, un paradosso ritenere che la l. n. 287/1990 abbia voluto eliminare, con la previsione di nullità, l'intesa a monte anticoncorrenziale e contestualmente lasciare integri quei contratti che diano esecuzione all'intesa, dando vita a un reale mercato anticoncorrenziale».

partecipanti), ma lasciasse sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, in termini di contratti stipulati «a valle», sarebbe poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale, che sono propri del diritto antitrust. Tale diritto tutela, per vero, l'interesse generale all'esistenza di mercati efficienti e non contaminati dal gioco degli accordi di cartello, il quale rappresenta un interesse primario, di natura pubblicistica, che va oltre la tutela del singolo. L'unica tutela che sembra soddisfare le esigenze protezionistiche generali, cui è ispirata la legge antitrust – si afferma in tale prospettiva – è la «distruzione dell'arma del delitto». Di conseguenza, il rimedio della nullità totale è parso l'antidoto più consono a contrastare sia gli accordi di cartello, conclusi a monte, sia i negozi attuativi di quegli accordi, stipulate a valle. Del resto – si osserva – «a suggerire il rimedio della nullità totale, e soprattutto ad indicare il rango costituzionale dei principi da tutelare (fra tutti, il principio del libero e sano andamento del mercato) è la stessa disciplina antitrust che, all'art. 1, n. 1, L. n. 287/1990, fissa nell'art. 41 Cost. la finalità stessa della disciplina. In quest'ottica la legge antitrust sanziona, senza riserve (al successivo art. 2, n. 2, L. n. 287/1990) le pratiche commerciali scorrette, censurando sia le pratiche che abbiano "per oggetto", sia quelle che abbiano "per effetto" l'alterazione del gioco della concorrenza. È evidente, in quella locuzione ("per effetto"), il riferimento alle intese stipulate "a valle" degli accordi di cartello [....]»¹².

Non si è mancato, infine, di rimarcare che siffatta soluzione, peraltro, tutelerebbe il fideiussore-consumatore-contraente debole ancor di più rispetto agli strumenti predisposti dal codice di consumo. Ciò in quanto «la disciplina antitrust finisce per proteggerlo in un'ottica più ampia, rispetto alla tutela offerta dalla nullità di protezione. Insomma, la nullità totale della fideiussione stipulata "a valle" sembra una soluzione conforme alla ratio legis: quella singola fideiussione è infatti l'ultimo anello della catena negoziale iniziata con l'intesa anticoncorrenziale conclusa "a monte", è forse l'anello più importante, perché rende concreto, e non più ipotetico, il rischio di attentato alla libertà di iniziativa economica. Del resto la legge antitrust è posta a tutela non solo dei consumatori, ma anche degli imprenditori e comunque di chiunque operi sul mercato ed abbia interesse al suo corretto andamento. Essa tutela, cioè, l'interesse a poter operare una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, il che, a ben vedere, non dovrebbe essere prerogativa del solo consumatore, ma di chiunque si affacci al mercato operando al suo interno»¹³.

7. Segue. La tesi della nullità parziale

Un diverso orientamento dottrinale ritiene, per contro, che nel caso in esame si versi in un'ipotesi di *nullità parziale*, ossia di una nullità limitata alle singole

¹² MASSARELLI, *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contr.*, 2021, 175 ss.

¹³ MASSARELLI, *op. loc. cit.*

clausole contenute nei contratti bancari a valle dell'intesa vietata, in quanto «trasposizione» delle clausole dichiarate nulle dall'Autorità Garante. Una «nullità derivata» che conseguirebbe, dunque, a siffatta trasposizione, nella contrattazione standardizzata, di quelle clausole (nn. 2, 6 e 8) illecite contenute nel modello ABI.

Si osserva, al riguardo, che le deroghe all'archetipo codicistico sarebbero state lecite, se le condizioni contrattuali censurate non fossero state reiteratamente proposte dalle banche, destinandole ad una pluralità di singoli operatori. In tal modo, la vista connotazione del mercato come mercato libero, non solo per chi svolge l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, verrebbe ad essere alterata significativamente, mediante l'erosione della libera scelta del clienti-contraenti. Si aggiunge, poi, che – nel sistema del codice civile – la «conservazione» del negozio giuridico costituisce la regola, sicché la deroga a tale principio non può che essere relegata a quelle ipotesi sporadiche, nelle quali – secondo un giudizio di «volontà ipotetica» – risulti che le parti con avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle. E tuttavia, si osserva[36], il principio di conservazione del negozio giuridico costituisce, nel sistema del codice civile, la regola¹⁴. Ne consegue che, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità, costituendo una deroga alla regola generale, non può che rivestire carattere assolutamente residuale ed eccezionale, da confinare all'ipotesi in cui risulti, secondo un giudizio di «volontà ipotetica», che le parti non avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle; che, cioè, il negozio risulti del tutto inutile, alla luce di una valutazione dell'assetto complessivo di interessi disciplinato dalle parti.

Senonché, siffatta conclusione, ovverosia l'essenzialità delle clausole in commento non appare fondatamente predicabile nella specie – secondo l'indirizzo in esame – dal momento che, avuto riguardo alla posizione del garante, da un lato, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole 2, 6 e 8 dello schema A.B.I. ha avuto l'effetto di rendere la disciplina contrattuale più gravosa per lui, imponendogli maggiori obblighi, senza riconoscergli alcun corrispondente diritto (sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione). Dall'altro lato, il fideiussore – salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario – attesa la sua vicinanza con il soggetto garantito, del quale – se si tratta di una società – è per lo più socio o legale rappresentante, ovvero congiunto del debitore principale, avrebbe comunque prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, e, perciò, ancora una volta, a condizioni per lui decisamente più favorevoli. Come evidenzia anche il provvedimento n. 55 della Banca d'Italia, al § 62, invero, «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». Il fideiussore è, di conseguenza, normalmente cointeressato, in

¹⁴ Così Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27732.

qualità di socio d'affari o di parente del debitore principale, alla concessione del finanziamento in favore di quest'ultimo e, dunque, ha un interesse concreto e «diretto» a prestare la garanzia. Con riferimento, poi, alla «volontà ipotetica» dell'istituto bancario, l'alternativa sarebbe stata, per quest'ultima, quella dell'assenza completa di fideiussioni, con minor garanzia dei propri crediti¹⁵.

8. Segue. La tesi risarcitoria

Un terzo filone interpretativo, infine, ritiene che l'unico rimedio esperibile dal garante – coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale – sia esclusivamente il «risarcimento dei danni». 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 – 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 c.c., 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.

Secondo una diversa prospettiva, nella sostanza, il fondamento del diritto al risarcimento del danno, si dovrebbe ravvisare nella responsabilità (di carattere precontrattuale, ex art. 1338 c.c.), per omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto conosciute (o conoscibili con l'ordinaria diligenza) dall'istituto di credito, ossia in un comportamento in mala fede del contraente forte che di per sé – se è certamente produttivo di danno risarcibile – non può fondare alcuna nullità del contratto. L'intesa avente ad oggetto il modulo A.B.I., e dichiarata illecita dalla Banca d'Italia, avrebbe determinato, infatti, un'uniformità delle condizioni dell'offerta sul mercato in senso deteriore per il garante, in quanto lo avrebbe costretto – si afferma – 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 diversi¹⁶.

¹⁵ STELLA, *op. loc. cit.* Per una ampia e lucida analisi delle diverse tesi, cfr. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 ss.

¹⁶ G. STELLA, *op. loc. cit.*

9. L'opzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, pur consapevoli dell'estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, hanno, infine, optato iper la tesi della «nullità parziale»¹⁷. La Corte ha anzitutto osservato – non condividendo, sul punto, la tesi del Procuratore Generale, secondo cui le clausole vietate sarebbero state inserite nelle fideiussioni nel libero esercizio dell'autonomia privata, e che al consumatore potrebbe riconoscersi la sola tutela risarcitoria – che se le parti ben possono determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell'art. 1322, c. 1, c.c. – esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo «nei limiti imposti dalla legge», da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale¹⁸.

Ebbene – come dianzi detto – l'art. 41 Cost. prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non debba svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana», e che essa debba essere comunque sottoposta a «programmi e controlli opportuni» che la indirizzino e la coordinino a «fini sociali». In tal senso si pone, del resto, la stessa norma antitrust succitata, la cui ratio è diretta a realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori. Lo evidenzia, con estrema chiarezza, la citata sentenza di queste Sezioni Unite n. 2207/2005, nella parte in cui precisa che la legge antitrust «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti». In tale prospettiva – come si è detto – la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria.

Se tale è la ratio della predetta normativa, il tenore letterale dell'art. 2, c. 3, della l. n. 287 del 1990, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». È del tutto evidente, infatti, che siffatta previsione ed in particolare la locuzione «ad ogni effetto», riproduttiva, nella specifica materia, del principio generale secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum* – legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come – sia pure incidentalmente – affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata.

9.1. L'insufficienza della tutela risarcitoria

Con riferimento all'insufficienza della tutela risarcitoria – se riconosciuta da sola, senza la tutela reale – le Sezioni Unite hanno osservato che l'interesse protetto dalla

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 822; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 309; in *Foro it.*, 2022, I, 1318; in *Giur. it.*, 2022, 1832; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, 587; in *Iudicium*, Rivista online, 2022; in *Contr.*, 2022, 145.

¹⁸ Cass. Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

normativa antitrust è principalmente quello del «mercato in senso oggettivo», e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed inverso – come rilevato in dottrina – l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno – come nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno¹⁹. Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è – del resto – inequivoca nel senso che la portata e le conseguenze della nullità delle intese, per violazione dell'art.101 (ex 81 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro. Si è, invero, statuito che – fermo restando il diritto al risarcimento del danno – la sorte dei contratti a valle di intese antitrust – che non vengono automaticamente travolti, in forza del diritto europeo, dalla nullità dell'intesa a monte – è riservata ai diritti nazionali²⁰. Se ne deve inferire che – fermo restando l'essenzialità, sul piano del diritto comunitario, del diritto del consumatore di far valere la nullità dell'intesa a monte e di chiedere il risarcimento dei danni subiti, come minimo comune denominatore in materia di tutela – la maggiore garanzia dei diritti del medesimo consumatore, in guisa da garantire la piena attuazione del diritto comunitario, è affidata ai giudici dello Stato di appartenenza²¹.

9.2. Il modello di tutela della nullità parziale

Nell'esaminare l'opzione interpretativa che ravvisa nella fattispecie una ipotesi di *nullità parziale*, le Sezioni Unite muovono dal rilievo secondo cui la regola dell'art. 1419, c. 1, c.c. – ignota al codice del 1865, come pure al *code civil*, provenendo dall'esperienza tedesca – insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto

¹⁹ DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 406 ss.

²⁰ Corte di Giustizia, 14 dicembre 1983, C- 319/82, *Société de Vente de Cimentes*; Trib., 21/01/1999, T- 190/96, *Christophe Palma*.

²¹ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C- 453/99, *Courage Ltd v. Crehan*; Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, da C- 295/04 a C- 298/04, *Manfredi*; Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C- 360/09, *Pfeiderer v. Bundemskartellant*; Corte di Giustizia 06 giugno 2013, C- 536/11 *Donau Chemie*.

possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale. Da ciò si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

La giurisprudenza ha osservato – in proposito – che la nullità della singola clausola contrattuale – o di alcune soltanto delle clausole del negozio – comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio «*utile per inutile non vitiatur*», la conservazione dello stesso, in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito²². La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità²³.

E tuttavia, tale ultima evenienza è di ben difficile riscontro nel caso in esame.

Invero, avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto – come osservato dalla dottrina succitata – di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe certamente la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) – salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario – avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva – al riguardo – il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con conseguente minore certezza di realizzazione dei propri crediti.

²² Cass., sez. II, 10 novembre 2014, n. 23950.

²³ Cass., sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2314.

9.3. La nullità derivata della fideiussione a valle dell'intesa vietata

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

Occorre muovere – in tale prospettiva – dal rilievo che la disciplina dettata dall'art. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza sancito – come si è detto – dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e – attualmente – dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101).

Ai sensi di tale normativa antitrust, qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche – come nel caso di specie – mediante una *combinazione di atti di natura diversa*, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola. In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale – quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'art. 117, c. 1, Cost. – ha inteso impedire un «risultato economico», ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere. Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust – in quanto costituenti «*lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti*»²⁴ – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed europeo – infatti – intendendo sanzionare con la nullità un «risultato economico», ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo anche a comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tale prospettiva, si rende perciò rilevante qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, ed anche laddove il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «*unilaterali*». Da ciò consegue – come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte – che, allorché l'articolo 2 della l. n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione, anche successiva al negozio originario, la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza»²⁵.

²⁴ Così Cass., Sez. Un, 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

²⁵ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827.

Il che equivale a dire che anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un «*collegamento funzionale*» – non certo un «collegamento negoziale», come opina parte della dottrina, attesa la vista possibilità che l'«*intesa*» a monte possa essere posta in essere, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono natura negoziale – tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust. In altri termini, detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «*funzionale*» a produrre un effetto distorsivo della libera concorrenza di mercato.

Ebbene, la funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riprodotto dell'«*intesa*» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca – come nel caso concreto – solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento essenziale di attuazione dell'«*intesa*» anticoncorrenziale. Non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente – all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. È, invece, il predetto «*nesso funzionale*» tra l'«*intesa*» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che – in violazione dell'art. 1322 c.c. – riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è – per vero – veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto.

E ciò è tanto più evidente quando – come nella specie – le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte – nel caso concreto dall'ABI – viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato. Sotto tale profilo, è del tutto palese che la previsione di cui all'art. 2, c. 3, della l. n. 287 del 1990, laddove stabilisce che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*», costituisce una chiara applicazione del diritto eurounitario, il quale – come statuito dalla citata giurisprudenza europea – afferma che la nullità (sancita dall'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) è «*assoluta*», e che l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e «non può essere opposto ai terzi». Si tratta, invero, proprio di quella nullità «*ad ogni effetto*» che sancisce la norma nazionale succitata, e che si riverbera sui contratti stipulati a

valle dell'intesa vietata anche con soggetti terzi, estranei all'atto a monte, ma ai quali tale atto non è comunque opponibile.

Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una «*nullità speciale*», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«*ordine pubblico economico*»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva»²⁶. In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 c.c.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento – come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) – in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime – come detto – è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'«*ordine pubblico economico*», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust.

Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui – come nell'ordinamento italiano – l'istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, è – del resto – ben noto al diritto comunitario. Al riguardo, si è – per vero – statuito che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione giurisdizionale (nella specie per nullità di un lodo arbitrale), che sia fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene – a prescindere dalla normativa nazionale che non contempli l'istituto dell'ordine pubblico economico – che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE). Si afferma infatti, in proposito, che, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, che il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo (poi trasfuso nell'attuale art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su di una qualsiasi impugnazione – anche se proposta in relazione alla validità di un lodo arbitrale – e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Lussemburgo²⁷.

D'altro canto, anche la giurisprudenza nazionale ha applicato – sia pure con riferimento a materie diverse da quella in esame – l'istituto dell'«*ordine pubblico economico*», astraendo da disposizioni imperative dettate a tutela della correttezza e della trasparenza del mercato, con particolare riferimento a fattispecie negoziali poste in essere da un'impresa in stato di conclamato dissesto, aggravato da operazioni dilatorie dirette esclusivamente a ritardare la

²⁶ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, cit.

²⁷ Corte Giustizia, 1° giugno 1999, C- 126/97, Eco Swiss China Time Ltd.

dichiarazione di fallimento, con grave pregiudizio per altre imprese operanti nel mercato nello stesso settore o in settori contigui²⁸.

E tuttavia, nei casi – come quello oggetto del presente giudizio – in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «*principio di conservazione*» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa – nazionale ed eurounitaria – antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità – per l'assetto di interessi diviso – della parte del contratto colpita da nullità.

9.4. L'esclusione della nullità totale della fideiussione a valle

Va, per contro, esclusa – a giudizio delle Sezioni Unite – la *nullità totale* del contratto a valle. Ed invero, stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza – i contratti a valle sono integralmente nulli esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest'ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere – in concreto – una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece – come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 – pienamente valide. Le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducano quelle nulle dell'intesa a monte (nn. 2, 6 e 8) vengono, invero, a recepire – nel contenuto del negozio – le determinazioni di un'associazione di imprese, l'ABI, che – in quanto costituiscono elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate – possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, falsando – in tal guisa – il gioco della libera concorrenza. Ed è per questo che, esclusivamente sotto tale profilo, la Banca d'Italia ha osservato che «la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI», e, di conseguenza, ha dichiarato la nullità dei soli articoli nn. 2, 6 e 8 dell'intesa a monte. Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione – in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario – sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI.

²⁸ Cfr. Cass., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16706.

10. Le conseguenze dell'opzione interpretativa in esame

Dalla ritenuta nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata – nella specie diretta a falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mediante un'attività consistente nel fissare direttamente talune «condizioni contrattuali» – discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale. Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui è causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1419 c.c., nonché dalle affermazioni della giurisprudenza europea succitate.

Ne discende, poi, la *rilevabilità d'ufficio* di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.). Si è – per vero – stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo²⁹. La fattispecie oggetto del giudizio definito dalle Sezioni Unite è, peraltro, del tutto conforme a tali principi, avendo il Bosco proposto domanda subordinata di nullità parziale delle fideiussioni per cui è causa.

Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità³⁰ e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito *ex art. 2033 c.c.*, ricorrendone i relativi presupposti³¹, nonché dell'azione di risarcimento dei danni.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, le Sezioni Unite hanno, pertanto, affermato la nullità parziale delle fideiussioni stipulate dal Bosco con Intesa Sanpaolo, ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto – a suo tempo – dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto dei relativi motivi di ricorso, restando assorbite le questioni – oggetto degli altri motivi – concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilità della norma di cui all'art. 1957c.c. È del tutto evidente, infatti, che la nullità speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura – in quanto attuative dell'intesa a monte vietata – di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione.

La soluzione prescelta dalle Sezioni Unite rappresenta certamente un approdo diretto a realizzare un tendenziale equilibrio tra libertà di impresa, tutela della

²⁹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243; Cass., sez. I, 18 giugno 2018, n. 16501.

³⁰ Cass., sez. Lav., 15 novembre 2010, n. 23057.

³¹ Cass., sez. I, 08 novembre 2005, n. 21647.

trasparenza e della libertà del mercato, e diritti degli utenti e dei consumatori, in esso operanti, a non vedersi preclusa la loro capacità di determinazione e di scelta, attraverso meccanismi distorsivi della concorrenza ed elusivi della tutela garantistica – di derivazione eurounitaria – imposta dalla normativa antitrust. Le applicazioni giurisprudenziali del futuro diranno se tale opzione interpretativa sia valida, oppure no, e se l’obiettivo perseguito sia stato, o meno, raggiunto. Ma questa è la verifica che qualsiasi opzione interpretativa – in special modo se complessa e problematica come quella in esame – deve sempre scontare, nella perenne ricerca di soluzioni più giuste ed appaganti.

11. Conclusioni

«La Corte di Cassazione non è stata istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici e che consiste nell’attuazione del diritto in concreto, mediante l’accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a rendere giustizia ai singoli, ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa [...] Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di coordinamento tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto [...] In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un’efficacia creatrice e trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali»³². D’altro canto, se è vero che «la legge è un frammento di profezia terrena destinato a fare abbondante esperienza della propria limitatezza, debolezza e fallacia»³³, è la sentenza il veicolo per il quale la vita arriva al giurista»³⁴. Alla Corte di cassazione incombe, dunque, il difficile compito, nell’esercizio della funzione nomopoietica, oltre che nomofilattica, di ringiovanire perpetuamente la legge ed adeguarla alla società che corre. È il compito per cui è nata, far parlare e vivere l’ordinamento, e adeguarlo alla storia.; il suo compito e la sua missione.

³² CALAMANDREI - FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 1085.

³³ BULOW, *Legge e giurisdizione*, Leipzig, 1885, 1.

³⁴ SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 2013.

