

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* E ORDINE PUBBLICO

Alessia Fachechi

FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* E ORDINE PUBBLICO[°]**Alessia Fachechi**

*Professoressa Associata di Diritto privato
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Nel definire il rapporto tra intesa vietata e contratto a valle e selezionare il rimedio più adeguato e congruo, è necessario prestare attenzione alle peculiarità della singola vicenda e agli interessi in gioco. In questo modo è possibile anche contendere i timori connessi all'uso disinvolto del potere di banche e istituti di credito nell'erogazione dei finanziamenti.

The specifics of the case and the interests at stake are crucial in determining the legal effects of the anti-competitive agreement on the downstream contracts and selecting the most appropriate remedy. In this way, is it also possible to limit the concerns related to the abuse of financial institutions in the disbursement of loans.

Sommario:

1. Il recente arresto delle Sezioni unite (30 dicembre 2021, n. 41994) sulla validità di un contratto di garanzia a valle d'intesa vietata. Spunti di riflessione
2. Istanze di protezione a carico del creditore garantito e ordine pubblico (economico)
3. La costruzione di un sistema unitario delle garanzie nel rispetto delle variabili esigenze sottese alle singole operazioni. L'ambito applicativo dell'art. 1938 c.c.
4. *Segue.* Art. 1957 c.c. e clausola di pagamento a prima richiesta
5. La giustizia contrattuale oltre soluzioni aprioristiche e generalizzanti
6. Garanzie, illecito *antitrust* e variabilità rimediale

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

1. Il recente arresto delle Sezioni unite (30 dicembre 2021, n. 41994) sulla validità di un contratto di garanzia a valle d'intesa vietata. Spunti di riflessione

Utili spunti di riflessione sul tema oggetto dell'incontro offre una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994), che, nel tentare di sciogliere il nodo dell'ambiguo rapporto tra intesa anticoncorrenziale e contratto a valle, opta per la nullità parziale di alcune clausole applicate a una fideiussione *omnibus* conclusa in aderenza allo schema contrattuale standardizzato [«Fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (cosiddetta fideiussione *omnibus*)»] predisposto nel 2002 dall'Associazione Bancaria Italiana e poi dichiarato parzialmente nullo per contrasto con gli artt. 2, comma 2, l. antitrust, e 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea con delibera della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, su parere favorevole dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (decisione del 20 aprile 2005, n. 14251). Si tratta di clausole ritenute idonee a peggiorare la posizione del garante e, soprattutto, rivolte a offrire protezione e rimedio ad azioni non corrette della banca garantita. In particolare, la clausola di sopravvivenza, secondo la quale «Qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate» (art. 8 schema ABI), libera la banca dai rischi di regolarità nell'erogazione del credito; quella di deroga all'art. 1957 c.c., che prevede che «I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato» (art. 6 schema ABI), assolve il creditore da negligenze e leggerezze; mentre la clausola di reviviscenza, che dispone che «Il fideiussore s'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 séguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi motivo» (art. 2 schema ABI), lo solleva dal rischio di revocatoria dei pagamenti.

Di là dalla questione relativa ai rapporti tra intesa vietata e contratto a valle e del rimedio più giusto e adeguato, il passaggio argomentativo della decisione che sollecita maggiore interesse è nel modo in cui la Cassazione traccia i contorni della patologia¹.

Nel caso, il vizio non riguarda il singolo contratto di garanzia, ma la «combinazione di più atti» (l'intesa vietata e l'accordo a valle), perché starebbe nel collegamento funzionale tra questi l'effetto anticoncorrenziale. La distorsione del sistema competitivo risiederebbe nella imposizione massiva e standardizzata, da parte delle banche, di un certo modello di fideiussione (*omnibus*), che porterebbe a un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul

¹ La questione oggetto della presente relazione è affrontata negli stessi termini, con approfondimenti, in FACHECHI, *Fideiussione omnibus, illecito antitrust e prospettive rimediali*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 551 ss. A tale scritto si rinvia per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

mercato. Da qui, l'idea di una nullità speciale posta a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'ordine pubblico economico, al quale sono ispirate le norme antitrust nazionali e di derivazione europea.

Nella sentenza si legge che «[n]on è certo la deroga isolata [...] all'archetipo codicistico della fideiussione, e in particolare degli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta [...] in termini di effetto anticoncorrenziale». Le clausole in questione sono nulle nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, mentre sarebbero legittime se autentica espressione di autonomia privata.

È certamente vero che la libertà negoziale, alla quale la sentenza si richiama anche in altri passaggi, consente di ripensare lo schema immaginato per la fideiussione e di riadattarlo alle particolari esigenze, individuali e di settore di mercato. Lo dimostra anche il proliferare delle nuove forme di garanzia personale, c.dd. atipiche, sconosciute alla tradizione e che si discostano dal disegno della fideiussione, tanto da dismettere talora anche il carattere dell'accessorietà.

Tuttavia, alcune di quelle disposizioni che, secondo la Corte, potrebbero essere derogate senza pregiudizio per l'ordine pubblico economico, almeno sotto il profilo della tutela della concorrenza, sono comunemente considerate norme imperative. La stessa Cassazione ne ricava principi generali sempre vincolanti per *tutti* i contratti con 'causa di garanzia', di 'tutela della sicurezza del credito'. Si tratta di quelle regole che non possono non essere recuperate nella costruzione della disciplina applicabile anche ai contratti di garanzia che sfuggono alla qualificazione fideiussoria, perché espressione di principi fondamentali.

Per altro verso, è pure interessante che recentissima giurisprudenza di merito, occupandosi di una fideiussione concessa a garanzia di un unico rapporto di finanziamento, ritenga che, non trattandosi di fideiussione *omnibus*, non ci siano i presupposti per pervenire a una eventuale censura di invalidità delle clausole². In effetti, il provvedimento della Banca d'Italia è riferito espressamente alla «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie rilasciata a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca». Anche l'istruttoria ha riguardato soltanto questo modello.

Quello che appare è che le clausole incriminate siano ritenute illecite dalla Banca d'Italia non per come astrattamente formulate nello schema della fideiussione *omnibus*, ma in relazione alla loro concreta utilizzazione. Per questo ha un senso che qualcuno riferisca anche la decisione delle Sezioni unite alla sola fideiussione *omnibus*.

Partendo da queste due premesse, sembra utile svolgere alcune osservazioni.

² Trib. Bologna, 13 gennaio 2022, n. 64, in *dirittobancario.it*, con nota di BONFATTI, *La permanente ed integrale validità della fideiussione bancaria "non-omnibus"*. Così pure Trib. Bari, 4 gennaio 2022, in *DeJure* online. Prima della pronuncia delle Sezioni unite, v., nella medesima direzione, tra le altre, Trib. Firenze, 27 gennaio 2021, n. 177, *ivi*; Trib. Napoli, 16 giugno 2020, *ivi*; Trib. Pisa, 6 novembre 2019, *ivi*; Trib. Milano, 21 luglio 2021, *ivi*; ABF, Collegio di Bari, 3 giugno 2021, n. 13895, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF, Collegio di Milano, 3 marzo 2020, n. 3581, *ivi*. In altra direzione, Trib. Matera, 6 luglio 2020, e Trib. Prato, 16 gennaio 2021, entrambe in *DeJure* online.

2. Istanze di protezione a carico del creditore garantito e ordine pubblico (economico)

Nell'opera di composizione della disciplina applicabile alle garanzie personali atipiche (nella variante della fideiussione *omnibus* o nelle forme del contratto autonomo di garanzia, della lettera di conforto, *etc.*), il punto di riferimento restano sempre le norme sulla fideiussione.

Si sa, però, che le istanze sulle quali è articolata la particolare operazione negoziale non sono sempre quelle alla base della fideiussione ordinaria. Infatti, l'applicazione di clausole di reviviscenza, di rinuncia ai termini e di sopravvivenza - tanto per richiamare quelle considerate dalle Sezioni unite, ma molti altri esempi si potrebbero fare - è utile di solito ad adeguare la garanzia a esigenze di maggiore flessibilità. Sì che le nuove garanzie sono congegnate in modo da procurare vantaggi in termini di minor onerosità (come nell'*escrow account*) o di minor rischio (come nelle garanzie a prima richiesta, tra le quali contratto autonomo di garanzia e *performance bond*), sovente con forte attenuazione del carattere dell'accessorietà.

Spesso, tuttavia, l'opzione negoziale cela l'intento di escludere la disciplina inderogabile della fideiussione o sul contratto in generale, e accade che restino disattese, in concreto, le istanze di protezione delle quali il creditore garantito deve farsi carico verso il garante e il debitore principale, quali soggetti (più) deboli del rapporto. È vero, cioè, ciò che in tanti denunciano, che spesso la fuga dal 'tipo' è un espediente per eludere l'applicazione di norme scomode ma poste a tutela di interessi fondamentali.

A fronte di questo rischio, gioca un ruolo decisivo l'ordine pubblico economico, che, in ogni ambito, mira a preservare la corretta e regolare esplicazione dei rapporti patrimoniali, a presidio di interessi pubblici e individuali delle parti. In particolare, l'ordine pubblico economico di protezione è quell'insieme di principi che mirano a prevenire situazioni di abuso contrattuale che si verificano, di regola, laddove vengano imposte a un contraente condizioni contrattuali inique e abusive. Vi rientrano divieto di usura, prescrizioni di garanzia degli interessi dei lavoratori subordinati contro quelli dei datori di lavoro, dei consumatori contro i professionisti. A monte, è sempre la necessità di dare attuazione al principio di solidarietà sociale anche nell'ambito delle relazioni obbligatorie.

Queste logiche di tipo protezionistico giustificano, ad esempio, il divieto di assunzione universale dei debiti futuri del garantito (art. 1938 c.c.) e l'obbligo di tempestiva pretesa da parte dello stesso (art. 1957 c.c.). Disposizioni mirate ad arginare lo strapotere delle banche e contenere i rischi (le negatività) a carico del garante.

Va da sé che, se il garante è *omnibus*, le esigenze di protezione si amplificano.

Per questo la giurisprudenza insiste tanto nel ribadire l'inderogabilità di alcune regole a prescindere dal paradigma di garanzia per il quale le parti abbiano optato. Assicurare il rispetto dell'ordine pubblico (economico e no) passa, infatti, anche attraverso la predisposizione di norme imperative, che sono tali in quanto modalità necessaria per l'attuazione di un insieme di principi, in quanto miglior modo (anzi unico) per realizzare un certo principio fondamentale.

3. La costruzione di un sistema unitario delle garanzie nel rispetto delle variabili esigenze sottese alle singole operazioni. L'ambito applicativo dell'art. 1938 c.c.

Così, a fronte della varietà dei modelli di garanzia, si registra la tendenza a individuare principi comuni, utili per regolare *tutte* le operazioni negoziali che abbiano, in senso lato, causa di potenziamento della tutela del credito.

Un approccio che, in astratto, si può accogliere con favore. Se non altro quando l'inquadramento di una situazione di garanzia tra quelle 'innominate' è strumentalmente volta ad aggirare l'applicazione di regole inderogabili e imperative, con l'effetto di assecondare prassi mercantili che, in un fare autopoietico, mettono in disparte le istanze di protezione che sono a carico del creditore garantito, specie se professionale.

In concreto, però, l'argomento costituzionale nella interpretazione del formante normativo è strumento da maneggiare con cura, per evitare pericolose eterogenesi dei fini.

La fideiussione *omnibus* si presta particolarmente a queste riflessioni, anche per via dell'attenzione riservata dal legislatore alla protezione del garante.

Emblematico il correttivo apportato nel 1992 all'art. 1938 c.c., che, introducendo l'obbligo di previsione di un importo massimo garantito, ha consentito di superare le perplessità di quella giurisprudenza e di quella dottrina che optavano per la nullità della fideiussione *omnibus* per indeterminabilità dell'oggetto.

Proprio dalla richiesta di importo massimo garantito si suole ricavare un principio di ordine pubblico economico (internazionale), che, in quanto tale, dovrebbe operare in presenza in presenza di qualsivoglia garanzia, tipica o atipica. La giurisprudenza (di merito e legittimità) esclude la validità di *qualsiasi* garanzia per debiti futuri illimitata, tipica o atipica che sia e anche non rilasciata a favore di banche o società finanziarie, essendone evidente la contrarietà all'ordine pubblico. La tendenza è a fare applicazione della disposizione *sempre*, senza deroghe, alla fideiussione *omnibus*, ma anche (in via analogica, prima, o diretta, ora) a tutte le altre garanzie quando serve in relazione ai tratti distintivi delle stesse. Qualcuno discorre a tal proposito di 'norma transtipica', a descrivere una norma generale, che si applica oltre lo stretto ambito tipologico (per cui non c'è neppure bisogno di ricorrere all'analogia e si fa applicazione diretta).

Ora, è vero che esiste un limite interno all'autonomia negoziale che si estrinseca in un generale divieto di comporre schemi contrattuali in funzione di garanzia di un credito lesivi del principio di proporzionalità e del divieto di abuso del credito, ed è vero che il garante deve poter conoscere in anticipo la dimensione del suo impegno e la misura del rischio. Gli obblighi di protezione del creditore nei riguardi del garante e del debitore principale devono essere sempre salvaguardati.

Tuttavia sfugge che a essere sempre vincolante è il principio, non la regola che, in un certo contesto, lo esprime, perché, mutato il quadro negoziale, potrebbero dover cambiare le modalità di realizzazione del valore.

Il problema, quindi, non è l'applicazione della regola di un negozio tipico a uno atipico. Il punto è comprendere com'è strutturato il negozio atipico, per verificare che il modo migliore per dare concretezza a un principio di ordine pubblico, sempre immanente, stia proprio nella regola per come congegnata dal legislatore nell'ambito di un certo tipo contrattuale.

Ritornando all'esempio. L'incertezza sulla dimensione del rischio non può permanere nella fideiussione, perché, attesa l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale, la misura dell'impegno del garante dipende strettamente dall'ammontare del debito. Ma nella lettera di conforto, ad esempio, - che ha altra funzione e quindi altra struttura - l'autonomia fa sì che l'entità dell'esposizione del garante dipenda piuttosto dalla natura della prestazione dedotta, che, a sua volta, è variabile. Il garante può assumere infatti impegni diversi: può obbligarsi a non cedere il controllo prima dell'estinzione del debito o a comunicare all'ente finanziatore l'intenzione di trasferire in tutto o in parte la propria partecipazione nella controllata; a vigilare sulla gestione di quest'ultima affinché sia mantenuta la solvibilità; ad adoperarsi affinché la controllata possa onorare i propri impegni; ovvero finanche a procurare alla società patrocinata le disponibilità finanziarie per l'adempimento delle proprie obbligazioni.

Senza contare che cambia anche il piano di distribuzione dei rischi: se, nella fideiussione, merita maggiore tutela il garante, che è destinato, se tutto va male, a vestire i panni del debitore, nella lettera di *patronage* la garanzia è più debole e la priorità di attenzione torna al creditore (che non ha due patrimoni da escutere come invece quello garantito da fideiussione). Cambia il contesto nel quale la garanzia trova allocazione. Quando serve una fideiussione *omnibus*, di solito si è in presenza di una situazione di inferiorità del fideiussore rispetto alla banca. Nel *patronage*, invece, il rapporto è alla pari, trattandosi spesso di relazioni tra istituti di credito e grandi gruppi societari. È una generalizzazione, ma risponde alla prassi più frequente. Spesso, poi, mentre il fideiussore corre il rischio di dover garantire obbligazioni della cui genesi ed entità può non avere contezza, nel *patronage* queste sorprese sono escluse dalla relazione di controllo solitamente esistente tra patrocinato e patrocinante.

Insomma, non convince l'automatismo secondo il quale la Cassazione pretende di fare indiscriminata applicazione della norma imperativa di cui all'art. 1938 c.c. prevista per la fideiussione ad altri modelli, come la lettera di conforto, in nome di un superiore ordine pubblico economico. Dipende dalla particolare articolazione del rapporto.

Con ciò non si vuol negare, che alcune disposizioni previste per la fideiussione possano e debbano trovare applicazione anche al di fuori dallo stretto ambito tipologico, ma ciò è possibile sempre nei limiti di compatibilità di funzione e di struttura. Non si può dubitare, ad esempio, dell'applicabilità dello stesso art. 1938 c.c. a un contratto autonomo di garanzia che replichi il contenuto di una fideiussione *omnibus* e che semplicemente contenga in più la clausola di

pagamento a prima richiesta. Non sono due modelli diversi: clausola *omnibus* e di prima richiesta possono coesistere.

È pericoloso pensare di poter governare un fenomeno tramite astratte qualificazioni, per recuperare integralmente o integralmente escludere la regola di fattispecie simili, così sminuendone le peculiarità. La regola da applicare dipende esclusivamente dal controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma (dispositiva o imperativa che sia) agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia.

È infondato, perciò, il timore mostrato da qualche giudice (Trib. Roma, 18 dicembre 2022), secondo il quale, così ragionando, l'ostacolo del divieto di cui all'art. 1938 c.c. potrebbe essere aggirato per le vie del ricorso alla lettera di *patronage*, chiedendo ai garanti di impegnarsi *ex art.* 1333, con promessa unilaterale, e non con fideiussione. L'equivalenza funzionale giustificherebbe infatti in ogni caso l'applicazione delle stesse disposizioni, e quindi anche del vincolo di cui all'art. 1938 c.c. Nei fatti, tante volte il *patronage* è in realtà riconducibile nella funzione a una fattispecie fideiussoria o manifesta una portata eccessivamente vincolante. Anzi, spesso tracciare in concreto il confine tra i due sistemi di garanzia non è semplice.

4. *Segue.* Art. 1957 c.c. e clausola di pagamento a prima richiesta

Si giunge alla stessa soluzione anche guardando la medaglia dal suo rovescio.

Un ragionamento non per principi, ma per singole regole induce a credere che l'applicazione della clausola di pagamento a prima richiesta sia da intendersi come implicita deroga all'art. 1957 c.c. sull'obbligo del creditore garantito di far valere tempestivamente le proprie istanze nei confronti del debitore (entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale) a pena di decadenza dalla garanzia (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947). La disposizione postulerebbe l'accessorietà del vincolo perché creerebbe un collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e la scadenza dell'obbligazione principale.

Lo scopo della norma risiede nell'esigenza di evitare che al fideiussore vengano addossate le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza da parte della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti relativi (così si esprime anche la delibera della Banca d'Italia). La norma è, cioè, strumento di attuazione del principio fondamentale di solidarietà. È declinazione del dovere di buona fede gravante sul creditore, che non può subire restrizioni o condizionamenti per via dell'atipicità della garanzia.

Neanche negando applicazione all'art. 1957 c.c. il creditore sarebbe legittimato a tenere un comportamento disinteressato e ritardatario, non perseguendo sollecitamente il debitore principale e lasciando che questi disperda

i suoi beni, confortato dalla presenza del garante, a sua volta potenzialmente leso nell'opportunità di utile esperimento dell'azione di regresso.

In definitiva, il limite normativo sottende un'esigenza di protezione del garante che prescinde dal vincolo di accessorietà ed è in ogni caso meritevole di tutela (Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100). Senza contare che l'assunta autonomia non si traduce mai in indipendenza funzionale della garanzia dal rapporto principale.

A prescindere dall'operatività e dalla compatibilità dell'art. 1957 c.c. con le garanzie autonome, non si può, in virtù dei principi generali, rinunciare totalmente a un controllo sul comportamento delle parti (ossia sul rapporto) e sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dal contatto (ossia sul negozio).

In questo senso, non convince una decisione del Consiglio di Stato sulle vicende relative a una convenzione urbanistica stipulata tra un Comune e un cittadino, e al collegato contratto autonomo di garanzia concluso tra il privato e un istituto di credito in relazione al pagamento dei contributi di urbanizzazione (Cons. St., ad. Plen., 7 dicembre 2016, n. 24). Per farla breve, i giudici reputavano legittima - in quanto utile a non gravare troppo la posizione del cittadino - la condotta della p.a. che, a fronte dell'inadempimento del privato, immotivatamente ometteva di procedere alla riscossione delle somme non corrisposte e non attivava la garanzia, con l'effetto di determinare la maggiorazione degli importi dovuti per via della conseguente applicazione delle sanzioni per omesso o ritardato pagamento. Una condotta formalmente consentita, ma nei fatti incurante delle esigenze di tutela del debitore, del *particolare* debitore, contraente in posizione di debolezza rispetto alla p.a., e del ruolo istituzionale del creditore (che, per vocazione, dovrebbe essere naturalmente accorto alla miglior tutela delle istanze cittadine).

Ciò senza voler dire, però, che, come pure ha sostenuto di recente la giurisprudenza di legittimità riportando nel contesto domestico l'istituto della *Verwirkung* (Cass., 14 giugno 2021, n. 16743), l'inerzia prolungata nella riscossione dei crediti integri sempre abuso del diritto.

È forse troppo sbrigativo concludere che al contratto autonomo di garanzia si applichi la disciplina legale della fideiussione fatta eccezione per le previsioni che risentono dell'accessorietà. Il *discrimen* non è nell'autonomia o nell'accessorietà, anche considerato che il contratto autonomo di garanzia non è una fattispecie negoziale autonoma, ben potendo la clausola di prima richiesta accedere a un ordinario contratto di fideiussione o a una fideiussione *omnibus*. La giurisprudenza già sostiene l'applicabilità al contratto autonomo di garanzia dell'art. 1956 c.c., che sanziona l'abuso nella garanzia prestata per debiti futuri e prevede la liberazione del fideiussore per un'obbligazione futura se il creditore continui a erogare credito al debitore principale nonostante il peggioramento delle condizioni economiche di quest'ultimo renda notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

5. La giustizia contrattuale oltre soluzioni aprioristiche e generalizzanti

La giustizia contrattuale - espressione dell'ispirazione solidaristica e personalistica dell'ordinamento - si realizza in modi diversi.

Spetta all'interprete verificare quando sussiste un reale bisogno di protezione e come soddisfarlo e quindi quando alcune regole vanno applicate oltre lo stretto ambito tipologico, perché la disparità di forza tra le parti non è una costante e non si esprime sempre allo stesso modo. La proporzionalità (che è principio di ordine pubblico economico) tra le prestazioni dedotte nel contratto può essere assicurata in modalità differenti, pur trovando pari consacrazione in ogni garanzia (a tutela della posizione del garante, da non gravare oltre ragione). Lo stesso a dirsi per la solidarietà.

L'applicabilità delle disposizioni imperative va verificata volta per volta, in relazione all'evento. Nella costruzione della regola applicabile alle garanzie, esigenze di giustizia sostanziale impongono di evitare soluzioni aprioristiche e generalizzanti, in nome di un ordine pubblico che, come taluno opportunamente precisa, deve vivere nei fatti e non nell'astrazione normativa.

Occorre prestare attenzione al caso concreto, perché i principi vanno declinati in modo differente in relazione ai bisogni e alla particolare articolazione della relazione negoziale, in considerazione della natura del rapporto principale (si pensi alla vendita di immobili, che porta con sé anche la tutela del diritto all'abitazione e al risparmio), della veste giuridica dei soggetti coinvolti (p.a. o privato, garante privato o banca, consumatore o professionista).

È per questa via che l'ordine pubblico economico consente di dare unitarietà al sistema delle garanzie personali (e reali), senza mortificazione delle peculiari, variabili, esigenze imposte dalla concretezza dell'operazione. Ciò che invece avverrebbe facendo affidamento soltanto su una generica «funzione di garanzia», che poco racconta della variabile causa in concreto.

Allora il punto non è ragionare in astratto sulla definizione dei contorni dell'autonomia negoziale, per decidere a monte dell'ammissibilità di una certa operazione negoziale, ma verificare se, *in concreto*, la fattispecie configuri un atto abusivo o elusivo di principi fondamentali o norme imperative. Del resto, si tratta proprio di quel limite interno all'autonomia privata al quale pure fa riferimento la Cassazione (con la sentenza n. 41994 del 2021), che però sembra ridurre l'utilità sociale alla prioritaria soddisfazione di interessi di impronta pubblicistica.

Per ritornare al caso di partenza, tutto questo porta a credere che, a molto concedere e a voler condividere la soluzione rimediata offerta dalle Sezioni unite, non sembra peregrina l'idea di chi reputa opportuno estendere il rimedio alle clausole lesive del principio di libera concorrenza a prescindere dalla natura della fideiussione alla quale afferiscono, quindi anche se ricomprese in fideiussioni diverse da quelle *omnibus*, ove parimenti diffuse nella prassi e riduttive della qualità dell'offerta.

Di più, la nullità potrebbe essere dichiarata anche in caso di mancata serialità, a fronte di eccessivo squilibrio e ingiustificato aggravamento della posizione del singolo fideiussore. Non perché sia precluso concludere contratti convenienti (particolarmente vantaggiosi) per uno soltanto dei contraenti, ma perché l'ordinamento deve poter reagire a fronte di approfittamenti antisolidali di situazioni di debolezza negoziale di una delle parti e di squilibri che non trovano ragione nel libero incontro della volontà delle parti.

In questi casi, non sarebbe neppure questione del recupero di singole regole previste per un tipo o per un altro. In un sistema fondato sul personalismo, sul solidarismo, sull'utilità sociale e sulla funzione sociale, il divieto di abuso del diritto non rappresenta una eccezione, che opera soltanto nei casi previsti dalla legge, ma una regola generale utilizzabile dall'interprete quando l'uso distorto o anomalo di un diritto, relativo o assoluto, conduca alla lesione di un interesse collettivo, della controparte o di un terzo.

Nulla sfugge mai, peraltro, al controllo di meritevolezza, secondo proporzionalità e ragionevolezza. Si pensi solo al livello di pervasività che possono assumere alcuni obblighi di comportamento a carico del debitore nei *coventant*, che spesso comportano forti limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata. S'impone un bilanciamento tra interesse del finanziatore alla garanzia e al controllo del debitore, da un lato, e il sacrificio della libertà di iniziativa economica del debitore dall'altro, per evitare che il sacrificio sia esorbitante e, quindi, immeritevole.

Per questo non si può condividere il pensiero di quanti sostengono che «la previsione di una normativa imperativa è il frutto di una valutazione di opportunità che compete soltanto alla legge e dalla quale l'interprete non può discostarsi né per ampliare né per restringere il divieto»³. Convince di più l'insegnamento di chi ricorda che ogni valutazione dipende da un'interpretazione sistematica e assiologica e che la stessa inderogabilità gradua la sua intensità in relazione ai principi che la giustificano⁴ e che, per questo, non sempre alla violazione di norme imperative debba seguire il rimedio della nullità⁵.

I principi vanno sempre relativizzati in relazione al caso concreto e attuati in maniera differente secondo il contesto fattuale e gli interessi in gioco, e quindi in relazione alla peculiare articolazione dell'operazione economica, alla natura del rapporto fondamentale assistito da garanzia, alla natura della garanzia, alla dimensione dell'impegno, alla qualificazione soggettiva dei contraenti (rilevando, ad esempio, l'elemento della professionalità).

³ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 367.

⁴ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), Napoli, 2007, 119.

⁵ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 66 ss.; e ID., *Sanatoria (diritto civile)*, in ID., *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Napoli, 2022, 403 ss.

6. Garanzie, illecito *antitrust* e variabilità rimediale

A questo proposito, s'impone una considerazione conclusiva, necessariamente sbrigativa per esigenze di sintesi.

Le recenti Sezioni unite segnano l'epilogo di un dibattito giurisprudenziale che parte da lontano e fa da specchio a orientamenti altalenanti della dottrina. La nullità parziale (in osservanza del principio di conservazione del contratto) - avente caratteri di specialità, giacché presenta «portata più ampia della nullità codicistica [...] e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento [...] in quanto colpisce atti, o combinazioni di atti avvinti da un “nesso funzionale”, non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale» - seguirebbe la violazione di norme di ordine pubblico economico per il tramite di una articolata operazione contrattuale.

La soluzione tiene dal punto di vista sistematico e assiologico: in attuazione dell'art. 41 cost., qualsivoglia effetto distorsivo della concorrenza è inaccettabile perché in contrasto con i principi e i valori posti al vertice del sistema ordinamentale. Anzi, per questo, non sarebbe stato neppure necessario indugiare tanto sulle possibili interpretazioni della formulazione letterale dell'art. 2 l. antitrust, per capire se l'espressione «ad ogni effetto» consentisse di considerare testuale (e non virtuale) la nullità.

Condiviso in astratto il ragionamento, però, è necessario verificare che la reazione sia anche adeguata al piano degli interessi che in concreto serve tutelare.

Da questo punto di vista, non sembra ragionevole la pretesa di optare per un rimedio unico, valido una volta e per tutte, per ogni illecito antitrust, perché la caducazione del rapporto non sempre è la reazione appropriata (in termini di giustizia sostanziale) neppure a fronte della violazione di norme imperative o di principi di ordine pubblico.

Le Sezioni unite partono dalla presunzione che le clausole di reviviscenza, di rinuncia ai termini e di sopravvivenza abbiano carattere puramente accessorio, non essenziale. Danno per scontato, cioè, che il fideiussore sarebbe comunque interessato al mantenimento della garanzia alleggerita dalle clausole anticoncorrenziali, che ne aggravavano la posizione, e avrebbe, verosimilmente, prestato la garanzia in ogni caso giacché, nel più delle occasioni, è cointeressato alla concessione del finanziamento a favore del debitore, del quale è socio d'affari o parente.

Può obiettarsi, com'è stato fatto, che la valutazione su essenzialità o accessorietà di alcune parti dell'accordo (necessaria a comprendere come fare applicazione dell'art. 1419 c.c.) deve essere rivolta non al momento dell'avvenuta dichiarazione di nullità delle clausole anticoncorrenziali, ma a quello in cui il contratto è concluso.

Per capire se l'invalidità della clausola travolge oppure no l'intero accordo, serve cioè studiare il rapporto tra la garanzia e l'obbligazione principale, ossia il modo in cui la garanzia incide sulla modulazione del rapporto principale. L'operazione è sempre unica. Ogni pattuizione rileva nell'economia del

complessivo regolamento di interessi fra le parti. Così, quanto più la garanzia è forte, tanto migliori saranno le condizioni praticate al debitore principale.

È possibile che la banca, nell'impossibilità di imporre il modello ABI e, quindi, di scaricare sul fideiussore i rischi dell'operazione per mezzo delle clausole in discorso, non avrebbe, verosimilmente, concluso né il contratto di garanzia, né, soprattutto, il contratto di finanziamento a esso collegato. O lo avrebbe concluso a condizioni peggiori per il cliente.

Per questa via, le clausole diventano essenziali e la teoria della nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* non regge più.

Ma si potrebbe ragionare anche diversamente.

La garanzia non va considerata, si diceva, come mera replica delle condizioni generali o atto esecutivo di uno schema per parte nullo, e quindi non è capace di generare di per sé effetti anticoncorrenziali; occorre invece valorizzare il ruolo che svolge a supporto dell'operazione economica complessiva.

L'impiego di clausole rafforzative della posizione creditoria è sì correlato al contenimento del rischio legato al rapporto di finanziamento, ma risponde di solito anche a un interesse dell'impresa finanziata, che, in mancanza di garanzia, avrebbe forse applicato condizioni di credito meno favorevole (se non altro in punto di interesse). In questa prospettiva, non sarebbe utile la mera mutilazione del contratto, ma neppure risponderebbe agli interessi delle parti la nullità totale. Peraltro, non sono infondate le preoccupazioni per gli effetti sistemici della scelta rimediabile.

La garanzia dell'effetto solutorio definitivo, e l'esclusione di ogni ipotesi di arricchimento ingiustificato realizzabile dal debitore potrebbero rendere la garanzia legittima ed escludere ogni contrasto con i principi fondamentali.

La normativa *antitrust* persegue principalmente interessi di natura pubblicistica, come sostengono le Sezioni unite, ma gli interessi di cui sono portatrici le parti non sono irrilevanti e meritano considerazione nell'individuazione del giusto rimedio.

Detto altrimenti, la soluzione, in prospettiva rimediabile, non può essere univoca per qualsivoglia strategia attuativa degli accordi di cartello.

Si pensi al caso in cui l'intesa vietata imponga un *overcharge*. Qui la tutela risarcitoria - calibrata sulla differenza tra il prezzo pagato e quello che, plausibilmente, sarebbe stato determinato in una condizione di libero mercato - potrebbe risultare rimedio adeguato e congruo, perché utile a portare equilibrio tra le posizioni contrattuali e a realizzare un effetto deterrente sugli autori dell'intesa anticoncorrenziale. Senza ricorrere al rimedio dell'invalidità, che rende precarie le relazioni di mercato.

In definitiva, il disegno anticoncorrenziale può assumere contorni differenti e molto diverse possono essere anche le modalità di attuazione dello stesso. Per questo, nel valutare il rimedio esperibile dal soggetto leso dall'illecito antitrust, occorre dare valore alle peculiarità della singola vicenda e agli interessi in gioco, rifuggendo dalle astrazioni e dai dogmatismi che fanno da sfondo al dibattito ormai da decenni.

