

Brevi riflessioni in tema di Fideiussione omnibus alla luce della decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 41994 del 30 Dicembre 2021: la Tutela reale "atipica"

Il presente saggio è frutto di una riflessione comune degli autori. I paragrafi 1 e 2 sono redatti da Paola Liberanome, i paragrafi 3 e 4 da Francesco Cossu, il paragrafo 5 da entrambi.

di Francesco Cossu

Professore straordinario di Diritto commerciale Università telematica Pegaso di Napoli

Paola Liberanome

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

Joined Chamber of the Court of Cassazione finally provided a decision concerning nullity of clauses, included in banks agreements restricting competition, according to provisions of art. 2, c. 2, lett. a) L. n. 287/1990, if provided in ABI forms, in particular providing a final decision in relation to the kind of nullity, total or partial, of the contract and different remedies enforceable.

The essay briefly recalls the different positions of Authors and the decisions of the Court related to this specific topic.

KEYWORDS: Nullity of contract; partial nullity; bank agreements restricting competition; antitrust provisions; remedies.

SINTESI

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno da ultimo sancito il principio di diritto volto a dirimere le molte controversie insorte in seguito alla declaratoria di nullità delle condizioni, stabilite nelle intese tra imprese bancarie, per

violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della L. n. 287/1990, qualora inserite nei formulari ABI, in particolare prendendo posizione sulla possibilità o necessità di considerare la nullità totale o solo parziale del contratto a valle e sui rimedi risarcitori applicabili.

Il saggio ripercorre brevemente le tappe che hanno condotto a questa decisione e le posizioni assunte nel corso del tempo da dottrina e giurisprudenza sul tema.

PAROLE CHIAVE: Nullità del contratto; nullità parziale; intese bancarie restrittive del mercato; antitrust; tutela risarcitoria; tutela reale atipica

SOMMARIO

1. L'iter processuale ed il principio di diritto sancito - 2. Il contrasto del Formulario ABI con l'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990 e i tre orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia - 3. La nullità parziale comminata quale tutela reale "atipica" e derivata - 4. Nullità parziale delle fideiussioni a valle e nullità di protezione - 5. Note conclusive

1. L'iter processuale ed il principio di diritto sancito

Dopo anni di contrasti giurisprudenziali e discussioni dottrinali sul tema, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno da ultimo sancito il principio di diritto volto a dirimere le molte controversie insorte in seguito alla declaratoria di nullità delle condizioni, stabilite nelle intese tra imprese bancarie, per violazione dell'art. 2, co. 2, lett. a), della L. n. 287/1990 ("Norme a tutela della Concorrenza e del Mercato"), condizioni inserite nei contratti di fideiussione omnibus.

Il caso che ci occupa trae origine dalla stipula di un contratto di conto corrente, nel 2004, tra una società e un Istituto di Credito, cui fa seguito la

stipula di un contratto di mutuo per l'importo complessivo di 75.000,00 euro. Il contratto di mutuo viene, su richiesta dell'Istituto erogante, assistito da garanzia fideiussoria, rilasciata, con due distinti contratti, da uno dei soci, fino alla concorrenza di 166.000,00 euro.

Inadempiente il debitore principale, la banca, nel 2011, ottiene contro il fideiussore un Decreto Ingiuntivo, da quest'ultimo opposto. Nelle more del processo di opposizione, il fideiussore propone altresì, presso la Corte di Appello di Roma, un giudizio per la declaratoria di nullità delle clausole in contrasto con l'art. 2, co. 2, lett. a), della L. n. 287/1990 (Norme per la tutela della Concorrenza e del Mercato) ed il risarcimento dei danni patiti, così ottenendo la sospensione del giudizio di opposizione, con ordinanza del 30 dicembre 2012.

All'esito del giudizio, la Corte di Appello di Roma accoglie solo parzialmente le richieste attoree, nello specifico la sola domanda formulata in via subordinata relativa alla nullità – per violazione dell'art. 2, co. 2, lett. a), della L. n. 287/1990 – delle clausole contenute agli artt. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione.

Avverso la decisione della Corte d'Appello l'Istituto di Credito propone ricorso per Cassazione, contro il quale il fideiussore resiste. Con l'ordinanza interlocutoria n. 11486/2011 la I Sezione Civile della Corte di Cassazione,¹ originariamente investita del ricorso – ritenendo la questione particolarmente complessa per il contrasto tra dottrina e giurisprudenza circa i rimedi riconoscibili al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle in caso di nullità (per violazione dell'art. 2, co. 2, lett. a), della L. n. 287/1990) delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte – ha rimesso la questione innanzi alle Sezioni Unite,² che si sono pronunciate lo scorso 30

¹ Per le prime osservazioni prodotte in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite si vedano G. LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *giustiziacivile.com.*, 16 dicembre 2021, e V. PISAPIA, *Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della cassazione i contratti «a valle»*, in *dirittobancario.it*, 26 novembre 2021; G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vintg ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2021, pp. 1180 e ss.

² Nello specifico, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sui seguenti punti:

1. se la coincidenza, totale o parziale, tra le condizioni dell'intesa a monte – dichiarata nulla dall'organo di vigilanza di settore – e le condizioni del contratto a valle, possa supportare la declaratoria di nullità delle clausole accettate dal fideiussore, oppure dia solo diritto a

dicembre 2021 con la sentenza n. 41994,³ in cui viene enunciato il seguente principio di diritto: *“i contratti di fideiussione a valle d'intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con l'art. 2, co. 2, lett. a), della l. n. 287/1990.. e l'art. 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, co. 3, della l. 287/1990, e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”*.

Orbene la *vexata quaestio* risulta oggi finalmente chiarita e superati risultano i dubbi e le perplessità che avevano a lungo afflitto dottrina e giurisprudenza, che si erano trovate a dibattere sulla possibilità o necessità di considerare la nullità totale o solo parziale del contratto a valle e sui rimedi risarcitori applicabili.

2. Il contrasto del Formulario ABI con l'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990 e i tre orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia

Il contenzioso origina dal riflesso, sul contratto di fideiussione⁴ stipulato a

quest'ultimo ad agire per il solo risarcimento del danno;

2. nel caso della nullità delle clausole del contratto a valle, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità,

3. se sia ammissibile una nullità parziale della fideiussione;

4. “se occorra indagare la sussistenza della volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto”.

³ Per una prima attenta disamina della decisione si veda A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in *rivista.dirittobancario.it*, I, 2022, pp. 1 e ss. e le due brevi note di G. SEIDITA, *Nullità parziale delle fideiussioni “omnibus” redatte secondo lo schema ABI*, in *www.GiustiziaCivile.com*, 31 gennaio 2022, e G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole “anticoncorrenziali”*, in *Diritto & Giustizia*, 246, 2021, pp. 11 e ss., M. LIBERTINI, *Note di commento a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, 1, 2022.

⁴ In relazione alla copiosissima dottrina in tema di fideiussione, in particolare *omnibus*, si vedano: C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato Rescigno*, XII, Torino, 1985, pp. 1023 e ss.; L. ARU, *Della fideiussione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, II, 2, Firenze, 1949; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948; C. BARBIERI, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in *Giur. it.*, 1999; E. BATTELLI, *La fideiussione*, in *I contratti bancari*, a cura di Piraino-Cherti, Torino, 2016, pp. 349 e ss.; F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in *Fideiussione omnibus e buona fede*, a cura di Munari, Milano, 1992, pp. 105 e ss.; M.

valle, della declaratoria di nullità delle clausole contenute nei formulari ABI, e stabilite nelle intese tra imprese a monte, per la violazione dell'art. 2, co. 2, lett. A), della L. n. 287/1990.

Nel 2003, infatti, l'ABI aveva introdotto un formulario standard⁵ per le fideiussioni *omnibus*, sul quale la Banca d'Italia, nella sua funzione di Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, aveva avviato una istruttoria

BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994; S. BONFATTI, *Effetti diretti e indiretti della disciplina della "trasparenza" sulle fideiussioni bancarie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, I, pp. 10 e ss.; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XIII, Torino, 1985; A. BREGOLI, *Per un'amministrazione controllata della fideiussione omnibus*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, I, pp. 477 e ss.; M. BUSSOLETTI, *Garanzie bancarie*, in *Contr. Impr.*, 1990, I, pp. 597 e ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902; V. CARBONE, *La fideiussione. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Dir. e giur.*, 1958, pp. 321 e ss.; G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976; F. CICCAGLIONE, *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, VI, Milano, 1903, pp. 605 e ss.; G. D'AMATO, *Fideiussione "omnibus": natura e disciplina giuridica applicabile*, in *Dir. e prat. società*, 2001, 8, pp. 57 e ss.; F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, pp. 490 e ss.; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1961; M. DE MARCO, *La fideiussione bancaria: profili di dottrina e giurisprudenza*, in *Studi di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1978S. DI AMATO, *Sulla fideiussione per obbligazione futura*, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1548 ss.; A.A. DOLMETTA, *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, 1, pp. 1 e ss.; G. GRIPPO, *Le garanzie personali: la fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Vol. XI, Tomo I, Torino, 2007; V. FALASCHI, *L'art. 1956 c.c.: fideiussione e mandato di credito*, in *Foro it.*, 1958; M. FRANZONI, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 1993, pp. 428 e ss.; C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, pp. 1 e ss.; E. FAVARA, *Fideiussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fideiussoria anche a tali ipotesi*, in *Econ. e cred.*, 1974, pp. 936 e ss.; G. FERRI, *Ancora sull'applicazione dell'art. 1957 alla fideiussione solidale*, in *Riv. dir. comm.*, 1977; M. FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1960; *id.*, voce *Fideiussione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 346; *id.*, *Sulla natura dell'assicurazione fideiussoria*, in *Banca borsa*, 1972; A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, in *Contr. e impr.*, 1988, I, pp. 19 e ss.; G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 187 e ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione ed il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVIII, Milano, 1998; M. IACUANIELLO BRUGI, *La fideiussione "omnibus", l'inossidabile Cassazione e i nuovi modelli A.B.I.*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, pp. 1745 e ss.; *id.*, *La fideiussione «omnibus» fra recente passato e prossimo futuro*, *ivi*, 1992, I, pp. 1305 e ss.; G. LEMME, *Fideiussione omnibus, ius superveniens e meritevolezza di tutela*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 203 e ss.;

M. LO BUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. Perlingieri*, IV, 30, Napoli, 2007, pp. 258 e ss.; S. MACCARONE, *La fideiussione bancaria come contratto atipico?*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976; F. MACIOCIE, *L'atipicità della fideiussione omnibus*, in *Rass. dir. civ.*, 1981; G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 187 e ss.; F. MACARIO, *La fideiussione*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, *Diritto Civile*, IV, II,

per verificarne, per l'appunto, la compatibilità con la normativa antitrust in vigore, determinandone il contrasto con l'art. 2, co. 2, lett. a)⁶ in relazione alle clausole 2, 6 ed 8 del documento.⁷

Da tale declaratoria, ha preso l'avvio un ampio filone di contenziosi⁸ che si sono sostanzialmente distinti, quanto alle soluzioni proposte dalle corti interessate degli stessi, su tre direttrici, in relazione ai profili rimediali prospettati: 1) nullità assoluta del contratto a valle; 2) nullità parziale del

2009, pp. 305 e ss.; F. MASTROPAOLO - A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Tratt. contr. Rescigno*, I, Torino, 2006, pp. 334 e ss.; R. MICCIO, *Della fideiussione*, in *Comm. c.c.*, Torino, IV, 1966; B. MORETTI, *La fideiussione*, in *Giurisp. sistematica*, Torino, 1980; F. NAPPI, *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997; G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006; L.L. PONTIROLI, *Fideiussione omnibus*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2000, pp. 373 e ss.; S. PIAZZA, *La fideiussione omnibus cinque anni dopo la riforma*, in *Contr. e impr.*, 1997, pp. 1080 e ss.; G. B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. PORTALE, II, Milano, 1978; G. QUARANTA, *La fideiussione omnibus prima e dopo la novella del 1992*, in *Contr.*, 1995, pp. 292 e ss.; R. RASCIO, *La fideiussione "omnibus". Premesse per la discussione sul tema*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, pp. 21 e ss.; *id.*, *Fideiussione omnibus*, in *Diz. dir. priv.* Irti, Milano, 1980, pp. 379 e ss.; A. RAVAZZONI, *Sulla c.d. polizza fideiussoria*, in *Foro.it.*, 1957; *id.*, voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, pp. 254 e ss.; *id.*, *La fideiussione generale*, in *Banca borsa*, 1980, pp. 257 e ss.; *id.*, *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1993; E. REDENTI, voce *Fideiussione*, in *Diz. Prat.*, III, Milano, 1923, pp. 118 e ss.; C. RISI, *La fideiussione*, Padova, 2005; P. RESCIGNO, *La fideiussione generale*, in *Banca Borsa*, 1971, I, pp. 329 e ss.; V. ROPPO, *Fideiussione omnibus: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa*, 1987, pp. 137 e ss.; L. RUGGERI, *La fideiussione*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 19, Napoli, 2005, pp. 3 e ss.; A. SASSI, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, pp. 805 e ss.; M. SESTA, *La fideiussione*, in *Commentario* diretto da P. CENDON, Torino, 1991; *id.*, *Direttive comunitarie, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 332 e ss.; E. SIMONETTI, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2010; G. STOLFI, *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 529 e ss.; G. TAMBURRINO, *Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria*, in *Assicurazioni*, 1970, I, pp. 523 e ss.; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; G. TUCCI, *Tutela del credito e validità della fideiussione omnibus*, in *Foro.it.*, 1988, I, 1, pp. 116 e ss.; G. VALCAVI, *Sulla fideiussione bancaria e i suoi limiti*, in *Foro.it.*, 1990, I, pp. 558 e ss.; M. VALIGNANI, *I nuovi contratti tipo di fideiussione: le modifiche qualificanti e i problemi operativi*, in *I nuovi modelli A.B.I. di fideiussione*, a cura di Viale, Torino, 1990; M. VIALE, *Fideiussione omnibus*, in *Contr. e impr.*, 1990, I, pp. 276 e ss.; V. VISCONTI, *La fideiussione bancaria nei rapporti interni e internazionali*, Milano, 1983; G. VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione omnibus* in *Cassazione*, in *Foro.it.*, 1988, I, pp. 110 e ss.; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, Napoli, 2005.

⁵ Il formulario "Fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie" era stato comunicato dall'ABI a Banca d'Italia il 4 luglio del 2003 e da tale comunicazione era pertanto partita l'indagine interna, conclusasi con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, pubblicato nel Boll. Autorità Conc. E Merc. N. 17 del 16 maggio 2005, pp. 97 e ss., dietro conforme parere dell'AGCM (n. 14251/20095).

⁶ La disposizione vieta "le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del

contratto a valle; 3) riconoscimento della sola tutela risarcitoria.

L'orientamento ultimo, che prevede il riconoscimento della sola tutela risarcitoria,⁹ ritiene applicabile l'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990, alle sole "intese", escludendo, pertanto, l'applicabilità ai contratti a valle (quindi alle fideiussioni) della nullità.¹⁰ I contratti di fideiussione a valle, pertanto, non toccati dalla nullità, manterrebbero la loro efficacia e validità e darebbero diritto al solo risarcimento del danno. L'intesa restrittiva dovrà aver, in quest'ottica,

mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali". L'ultimo comma prevede poi che le intese vietate siano nulle ad ogni effetto (art. 2, co. 3).

L'art. 101, d'altro canto, TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) prevede che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese 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. Tali accordi sono nulli *ope legis*.

⁷ La nullità riguarda le clausole seguenti:

❖ La clausola di reviviscenza secondo cui il fideiussore deve "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);

❖ La clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c. a mente 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 c.c., che si intende derogato" (art. 6);

❖ 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).

⁸ G. SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all'art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni "omnibus") per violazione della disciplina antitrust (art. 2 L. n. 287/1990)*, in *Foro pad.*, 2017, 2, 1, pp. 200 e ss.; C. BELLI, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in www.giustiziacivile.com, 2018; P. CARRIERE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, in www.dirittobancario.it, 2018; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in www.dirittobancario.it, 2018; G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 517 e ss.; S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, pp. 575 e ss.; M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su modelli standard ABL: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 1, pp. 85 e ss.; F. SCHIAVOTTIELLO, *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 1, pp. 110 e ss. Più risalenti: G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in *Giur. it.*, 1996, 1, pp. 213 e ss.; G. BERLOTTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta*, *Giur. It.*, 1997, 1, pp. 167 e ss.; L.G. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, pp. 428 e ss.; *id.*, *Banche e concorrenza. Scritti*, Milano, 2007; S. BASTIANON, *La fideiussione*

cagionato un danno consistente nella impossibilità di scegliere tra prodotti differenti, e potenzialmente più vantaggiosi per il consumatore, e di questo danno il contraente/consumatore potrà chiedere ristoro.¹¹

Nel caso, invece, di declaratoria di nullità assoluta del contratto a valle,¹² si è ancora distinto tra una “invalidità derivata” del contratto a valle dall’invalidità delle intese e “invalidità diretta” del contratto a valle per vizi propri. Nel primo caso,¹³ infatti, l’invalidità della fideiussione deriverebbe dall’invalidità delle

“omnibus”, il diritto antitrust e l’araba fenice, in *Foro it.*, 1999, 4, 4, pp. 130 e ss.; F. Di MARZIO, *Riflessioni sulla portata dell’adeguamento delle banche alle modifiche più recenti introdotte dall’A.B.I. al modello standardizzato di fideiussione omnibus*, in *Dir. fall.*, 1999, 1, 1, pp. 13 e ss.; M. LAMANDINI, *Fideiussione omnibus e ius variandi al vaglio dell’antitrust comunitario*, in *banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, pp. 247 e ss.; G. FALCONE, *Alcune riflessioni a margine del recente schema di contratto di fideiussione “omnibus” concordato tra l’Associazione Bancaria Italiana e talune associazioni di consumatori*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2003, 3, 2, pp. 81 e ss.; T. BROGGIATO, *Guida alla disciplina antitrust per banche*, Roma, 2005; A. MIRONE, *Le “Fonti private” del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, pp. 264 e ss.

Di contro, la giurisprudenza recente – soprattutto dopo Cass., 2 dicembre 2017, n. 29810, cit. – ha prodotto, in poco tempo, un numero notevole di provvedimenti, su cui infra e per i quali si rinvia, sin d’ora, al sito Internet molto ben documentato www.fideiussioninulle.it. La sensibilità della giurisprudenza sul tema è, peraltro, risalente nel tempo, posto che uno dei primi provvedimenti sul rapporto tra fideiussione omnibus e disciplina di tutela della concorrenza (in quel caso, di derivazione comunitaria) è Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contr.*, 1996, pp. 152 e ss., con nota di Tucci.

⁹ M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cosiddetti contratti “a valle”. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2, 2020, pp. 378 e ss.; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2, 2020, pp. 397 e ss.

¹⁰ *Ex multis*, tra le decisioni più recenti, Cass. Civ. n. 24044 del 26 settembre 2019, con nota di P. DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. It.*, 2020, pp. 358 e ss.

¹¹ Questa è d’altro canto anche la tesi sostenuta dalla Procura Generale, che così si esprime, nel caso in commento: “dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d’Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all’intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito – previo accertamento incidentale della nullità dell’intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa”. Come chiarito, invece, la Corte respinge nettamente questa tesi, ritenendo, al contrario, prioritario dare rilievo a rimedi di tipo reale, piuttosto che di taglio obbligatorio.

¹² Tra le più recenti decisioni in tal senso Cass. Civ. n. 6523 del... 2021.

¹³ L’invalidità delle clausole determinata dall’applicazione dell’art. 2, co. 2, lett. a), L. n.

intese anticoncorrenziali a monte, per "propagazione", essendo i negozi collegati (*simul stabunt simul cadent*).¹⁴ Nel secondo caso, invece, superata l'idea del collegamento negoziale, si insiste sull'autonomia dei negozi e sulla esistenza di vizi propri del contratto a valle,¹⁵ che ne giustificano in sé la nullità.¹⁶

Da ultimo, l'orientamento da tempo prevalente,¹⁷ fatto proprio e ribadito dalle Sezioni Unite, che ritiene affette da nullità le fideiussioni a valle di intese anticoncorrenziali, ma viziate di una sola nullità parziale,¹⁸ che riguarda unicamente le clausole viziate e non si propaga invece al resto del contratto,¹⁹ qualora, tuttavia, permanga l'interesse delle parti alla conservazione del negozio ed il loro interesse allo stesso.

Questo il rimedio che le Sezioni Unite, dunque, ritengono più efficace e maggiormente in linea con quelle che risultano essere le finalità che la legge

287/1990, impatta così sulla fideiussione in quanto negozio collegato a quello colpito dalla nullità; né potrebbe essere diversamente, a giudizio di chi tale tesi sostiene, posto che diversamente gli effetti distorsivi sulla concorrenza certamente prodotti dalla fideiussione a valle rimarrebbero privi di correttivo.

¹⁴ In tal senso R. BRESOLINI, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme al modello ABI*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, pp. 770 e ss.

¹⁵ Ovvero sulla esistenza di una causa illecita, perseguendo la fideiussione finalità volte alla compromissione della concorrenza, che riverberano in una compromissione dei diritti del fideiussore/consumatore, sull'esistenza della illiceità dell'oggetto, per una sorta di travaso dell'illiceità delle clausole contenute nelle intese a monte, o per la diretta contrarietà a norme imperative di legge, che sono le norme anticoncorrenziali, ma anche l'art. 41 Cost., l'art. 101 TFUE e l'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990.

¹⁶ In questo senso, tra altri, A.B.F., coll. Coord. 19 agosto 2020, n. 14555, e A.B.F. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558.

¹⁷ Di recente R. NATOLI, *Garanzie personali*, in AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario* (a cura di) Conte, Milano, 2021, p. 117, in cui l'Autore, in relazione alle clausole oggetto dell'intervento dell'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990, così si esprime: "non sono essenziali" e la "loro nullità non si comunica all'intero contratto, che sopravvive dunque depurato dalle clausole attuative dell'intesa anticoncorrenziale".

¹⁸ *Ex multis* Cass. Civ. n. 24044 del 26 settembre 2019 e Cass. Civ. n. 3556 del 13 febbraio 2020

¹⁹ In tale direzione anche C. CHESSA, *Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della normativa antitrust*, nota a Trib. di Napoli del 5 maggio 2021 in *Giust. Civ. comm.* Del 6 dicembre 2021.

antitrust²⁰ si propone di perseguire,²¹ tenendo comunque presente e precisando che si ottiene in tale modo un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, da un canto quello del garante, che vede comunque erogato il credito ma con una propria posizione maggiormente garantita, dall'altro quello degli istituti di credito, che hanno interesse a mantenere comunque una garanzia del credito erogato, seppure con un contenuto ridotto e depurato delle clausole in contratto con la normativa antitrust.

Accanto a questi interessi, tuttavia, persiste un interesse generale, di natura pubblicistica, che è appunto riconosciuto nell'interesse che la stessa normativa antitrust intende tutelare,²² ovvero l'interesse del mercato, che assume rilievo sotto il profilo dell'ordine pubblico economico,²³ che si sposa all'ulteriore principio di carattere generale, che può essere ravvisato nell'interesse alla conservazione degli atti e dei negozi di cui all'art. 1419 cod. civ.²⁴

Né può sfuggire il fatto che tale interesse più generale è financo

²⁰ Il principio trova la sua affermazione e la sua elaborazione in ambito comunitario, dove viene inserito nell'Atto Unico Europeo del 1986, nel Trattato di Maastricht del 1992 e negli artt. 3 e 101 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché nelle varie direttive sul tema emanate e recepite.

Una gran parte nella sua elaborazione ha anche avuto la giurisprudenza della Corte di giustizia UE; solo per citare alcune pronunce: C. Giust. UE, *Courage*, n. 453 del 1999, C. Giust. UE del 21 giugno 1999, C. Giust. CE, 11 gennaio 1990. Sul tema dell'applicabilità diretta delle direttive in tema di concorrenza si veda, tra le prime decisioni, Trib. Milano, 13 marzo 1985, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1987, p. 439, con nota di MANNO, *Applicazione diretta in Italia delle direttive comunitarie sulla concorrenza*.

In dottrina si vedano anche: V. ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole*, in *Banca Borsa*, 1987, I, pp. 49 e ss.; P.G. ALPA, *Illecito e danno antitrust: Casi e Materiali*, Torino, 2016; A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI, *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011.

²¹ Ritengono infatti le Sezioni Unite che la nullità parziale sia: "l'unica forma idonea ad assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria espunte le clausole contrattuali illecite".

²² S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 2, 2019, pp. 575 e ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a velle"*, Napoli, 2009; G. CAZZETTA, N. CIPRIANI, *Le clausole in deroga nella fideiussione*, in *Riv. dir. Banc.*, 7, 2018, pp. 25 e ss. e nella stessa rivista B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, 3, 2018, pp. 12 e ss.

²³ A. GENTILI, *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso fideiussioni ABI)*, in *Giust. Civ.*, 2019, pp. 698 e ss.

²⁴ Sul tema specifico V. BACHELET, *La decodificazione giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2021, pp. 553 e ss.

costituzionalmente protetto all'art. 41 Cost.²⁵

Le intese a monte sono, pertanto, viziate in quanto lesive della concorrenza e del mercato e tale vizio ne importa la nullità,²⁶ ma, posto il "collegamento funzionale" con le fideiussioni a valle, la nullità non potrà che coinvolgere anche queste ultime.

3. La nullità parziale comminata quale tutela reale "atipica" e derivata

La forma di invalidità che, pertanto, affligge il contratto di fideiussione, ovvero la nullità parziale delle sole clausole considerate in violazione della normativa antitrust, si atteggia quale forma di tutela reale, che appare essere, tuttavia, "atipica" a giudizio di una parte della dottrina,²⁷ ovvero differente e di portata più ampia rispetto alle forme di nullità previste dall'ordinamento e, in particolare, da quelle di classico impianto codicistico, di cui all'art. 1418, co. 1., anche in ragione di una lettura costituzionalmente orientata della disciplina antitrust.²⁸

La atipicità verterebbe sulla natura pubblica dell'interesse protetto – la libertà di concorrenza ed il mercato, e l'ordine pubblico economico – che, in verità, non sembrano tuttavia dissimili da altre ipotesi in cui la nullità di un contratto o di parte di esso possa essere dichiarata per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, quindi a norme imperative di legge, come il primo comma dell'art. 1418 del cod. civ. prevede.

Tale vizio affligge poi, bisogna ancora una volta ricordarlo, le intese monte e

²⁵ Così si esprimono le Sezioni Unite: "L'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo" ed ancora: "in forza della previsione costituzionale 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".

²⁶ Ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287 del 1990, che le ritiene "nulle ad ogni effetto". D'altro canto lo stesso art. 1 della legge in esame dichiaratamente si rifà all'art. 41 Cost. In tale direzione si veda: Cass. Civ., Sez. Un., n. 2207 del 4 febbraio 2005, con nota di M. LIBERTINI, *Le azioni civili dei consumatori contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. Giur.*, 2005, pp. 109 e ss.

²⁷ F. MOLINARO, *Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussione omnibus (nota a Cass., Sez. Un., n. 41994 del 30 dicembre 2021, in Judicium, Il processo Civile in Italia e in Europa*, 18 gennaio 2022.

²⁸ G. GUIZZI, *op. cit.*, pp. 1176 e ss.

non anche direttamente le fideiussioni, ma a queste si propaga²⁹ in maniera “derivata”,³⁰ posto che né la legislazione europea né quella nazionale si occupano di disciplinare direttamente la sorte dei contratti a valle, e le affligge sancendo la nullità delle sole clausole in contratto con la disciplina antitrust e non anche di tutto il contratto.³¹ I contratti a valle restano coinvolti dalla nullità, seguendo il ragionamento della Suprema Corte, in ragione della formulazione dell’art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990, che testualmente recita “nulle ad ogni effetto le intese”, in modo da aver fatto ritenere che la locuzione “nulle ad ogni effetto”, produca la “propagazione” della nullità (parziale) dalle intese ai contratti a valle.³²

In vero non risulta pienamente convincente il ragionamento della Suprema Corte sul punto, sia in ragione della lettura dell’art. 2 della legge antitrust nel suo complesso, dunque del suo secondo e terzo comma, terzo comma, in cui, per l’appunto, si ribadisce la nullità delle sole intese tra imprese,³³ sia laddove si prenda in considerazione la necessità che sia necessario ravvisare l’esistenza di un collegamento negoziale tra le intese e le fideiussioni a valle, con tutte le difficoltà legate alla corretta individuazione del nesso di collegamento in senso tecnico nella fattispecie del caso.³⁴

²⁹ F. GRECO, A. ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. Civ. prev.*, 2020, pp. 1422 e ss.

³⁰ “I contratti «a valle» non “esprimono, in sé e per sé considerati, alcun disvalore, sicché i singoli contratti conclusi non contrastano, almeno nella loro tipica dimensione privatistica di atti fonti di diritti e obblighi, con alcuna disposizione imperativa. Il contrasto con la norma imperativa si coglie, semmai, in una dimensione seriale, e poi necessariamente fattuale, riguardando cioè il fatto della reiterazione, da parte di tutti gli aderenti al cartello, di contratti coerenti con il programma di azione comune in cui esso si concreta” (G. GUIZZI, *ut supra*. P. 1176).

³¹ “L’aver inserito all’interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto a valle di autonoma ragion di essere e della sua validità”, così si esprimono le Sezioni Unite. Dunque la fideiussione rimarrà in vita a meno che non si dia prova del fatto che senza le clausole caducate le parti non avrebbero avuto interesse alla stipula del negozio.

³² Contro l’applicabilità della disciplina antitrust alle fideiussioni bancarie si veda invece M. ROSSI, *Osservatorio in difesa delle fideiussioni omnibus*, in *Banca, borsa*, 1, 2021, pp. 141 e ss.

³³ Il terzo comma chiarisce infatti che: “sono intese restrittive gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”.

³⁴ Dal collegamento negoziale non origina un nuovo ed autonomo contratto; i contratti restano sempre autonomi ma attraverso il meccanismo del collegamento le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso (Cass. 10.10.2014 n. 21417; Cass. 29.9.2014 n.

Neppure sembra poi pienamente condivisibile parlare di tutela reale atipica, poiché, in verità, la ipotesi di nullità prevista dalla normativa antitrust di fatto rientra, come già in precedenza notato, in una delle ipotesi "tipiche" di nullità prescritte dall'art. 1418, co. 1, cod. civ.³⁵ – contrarietà a norme imperative di legge³⁶ – né diversamente poteva essere, stante il *numerus clausus* delle ipotesi di nullità tassativamente previste dal legislatore,³⁷ a meno che non si intenda far rientrare la nullità in questione nel novero delle nullità di protezione.

20411; Cass. 22.3.2013 n. 7255), realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i ognuno con una propria causa autonoma, anche se tutti finalizzati ad un unico regolamento dei reciproci interessi (in tal senso *ex multis* Cassazione, sezione III, sentenza 10 ottobre 2014, n. 21417, Cass. 22 marzo 2013, n. 7255, Cass. 10 luglio 2008, n. 18884).

La volontà delle parti sarà determinante per poter stabilire l'esistenza di un vincolo negoziale (Cass. 12 luglio 2005 n. 14611; Cass. 7 luglio 2004 n.12454; Cass. 18 luglio 2003 n.11240; Cass. 28 giugno 2001 n. 8844; Cass. 4 agosto 2000 n. 10264; Cass. 21 dicembre 1999 n. 14372; Cass. 2 settembre 1998 n. 8703; Cass. 25 luglio 1998 n.8410; Cass. 12 dicembre 1995 n. 12733; Cass. 27 aprile 1995 n.4645; Cass. 5 luglio 1991 n. 7415).

Pur esistendo il vincolo, tuttavia, ciascun contratto si caratterizza in funzione di una propria causa e conserva una distinta individualità giuridica (*ex multis*, Cass. 10 luglio 2008, n. 18884, *cit*), con la conseguenza che la loro connessione produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi *simul stabunt, simul cadent* (Cass. 22 marzo 2013, n. 7255). On la conseguenza che la nullità di uno riverbera sulla validità anche dei contratti collegati., la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti.

Perché, tuttavia, possa ritenersi esistente un collegamento negoziale in senso tecnico sono, pertanto, necessari due requisiti: 1) requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario; 2) requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (vedi per tutte Cass. 17.5.2010 n. 11974; Cass. 16.3.2006 n. 5851).

In dottrina, senza pretesa di esaustività, si segnalano: M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze. giur.*, 1937, pp. 275 e ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1943, II, pp. 328 e ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, pp. 259 e ss.; N. GASPERINI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pp. 357 e ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi. Contributo alla dottrina del collegamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 412 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, pp. 375 e ss.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, pp. 273 e ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, pp. 48 e ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, pp. 342 e ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 279 e ss.; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 398 e ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, pp. 256 e ss.; S.O. CASCIO, C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, pp. 435 e ss.; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e*

4. Nullità parziale delle fideiussioni a valle e nullità di protezione

Il tipo di rimedio che le Sezioni Unite decidono di riconoscere appare a pieno titolo inserirsi in un più ampio fenomeno di “decodificazione”,³⁸ portata avanti dalle corti, dell’art. 1419, co. 1,³⁹ che in particolar modo si evidenzia, poi, in relazione a quella che è la speciale categoria delle “nullità di protezione”,⁴⁰

collegamento negoziale, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e Impr.*, 2000, pp. 127 e ss.; A. PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, pp. 387 e ss.; F. MAISTO, *La logica del collegamento funzionale tra contratti nell’attuale esperienza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 495 e ss.; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 791 e ss. e pp. 1167 e ss.

³⁵ In verità è stata anche ipotizzata la nullità per illiceità della causa (risultante dalla finalità illecita della banca volta a violare la normativa antitrust) o dell’oggetto (identificato nel maggior profitto che la banca intendeva realizzare in violazione delle regole concorrenziali), dunque nullità di cui al co. 2 dell’art. 1418 cod. civ. (si veda G. SEIDITA, *op. cit.*, p. 3).

³⁶ Tra le norme imperative che vengono in rilievo, quelle cioè non derogabili per volontà delle parti, non rientrano poi quelle c.d. di comportamento che impongono alle parti particolari doveri di correttezza, diligenza (es. gli artt. 1337 e 1338 c.c.), la cui violazione potrà importare invece l’irrogazione di una diversa sanzione sia essa penale, civile o amministrativa (Cass. S.U., 19.12.2007, n. 26724).

³⁷ Ancora una volta senza pretesa di esaustività si richiamano sul punto: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 438 e ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. 7, Torino, 2002, pp. 73 e ss.; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO, diretto da, *Diritto civile*, II, Milano, 2009, pp. 935 e ss.

³⁸ Il fenomeno della decodificazione, tanto bene indagato a partire dallo scritto di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979. Sul tema si veda, in senso generale sul fenomeno dell’ampliamento della sfera d’azione della nullità R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013.

³⁹ Così V. BACHELET, *La decodificazione giurisprudenziale dell’art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e Dir. Priv.*, 3, 2021, pp. 553 e ss. Dello stesso Autore si veda anche *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020.

⁴⁰ “Forme di nullità che hanno come elemento caratterizzante la tutela di un determinato interesse (quello del consumatore). La nullità è “rimedio” nelle mani dell’interessato, il quale è libero di farlo valere o meno ..., anche con esito di recupero parziale del contratto. Essa infatti non travolge l’intero contratto, il quale resta efficace per la parte non colpita dalla nullità. La *nullità-rimedio* si contrappone alla *nullità sanzione...*”, così A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 356.

Tale tipo di nullità opera con caratteristiche proprie e distinte rispetto alla nullità “tradizionale”, essendo, un tipo di nullità tendenzialmente parziale, operando a favore del consumatore e, pertanto, essendo azionabile solo da quest’ultimo, e, da ultimo, trovando un certo limite proprio nell’interesse del consumatore che è l’interesse a mantenere il contratto, seppure con le inevitabili modifiche derivanti dall’applicazione del rimedio, tendente al riequilibrio del contratto.

derivata dalla oramai numerosissima legislazione speciale "di protezione",⁴¹ che è andata acquisendo sempre più spazio e rilievo all'interno del nostro ordinamento.⁴² Quello che possiamo senz'altro dire in tema di nullità parziali "necessarie",⁴³ ovvero le nullità derivate dall'applicazione dell'art. 1419, comma II, e le nullità di protezione, invece derivate da diverse fonti di legislazione speciale, è che in entrambe i casi il loro operare comporta una forma di integrazione del contratto, che assurge a factor comune derivato dall'esistenza

Ovviamente, non resta completamente preclusa la possibilità di invalidare l'intero negozio, laddove la nullità investa clausole ritenute essenziali per l'economia dell'accordo. In tale evenienza, pertanto, la nullità parziale di protezione di alcune clausole non può che ridondare in nullità totale del contratto. Al medesimo risultato, poi, dovrà pervenire il giudice qualora, pur non avendo ad oggetto un elemento essenziale del contratto, la clausola, o meglio la mancanza di essa, determini sul piano dei fatti una impossibilità concreta di portare ad esecuzione il contratto (*ex multis*, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità, itinerari di uno studio*, Napoli, 2020).

⁴¹ In tale prospettiva C. CASTRONOVO, *Diritto generale e diritti secondi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, pp. 397 e ss. *Contra* M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato "generale". Appunti per una discussione*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2006, pp. 541 e ss.

⁴² Nel nostro ordinamento, peraltro, giova ricordarlo, la regola è quella che mira al mantenimento del contratto affetto da nullità parziale, mentre solo in casi eccezionale la nullità parziale determinerà l'intera nullità del contratto, per il caso in cui venga fornita la prova che non sarebbe stato interesse delle parti concludere il contratto senza la parte che risulta viziata da nullità, manifestandosi l'estensione della nullità come una deroga al principio della conservazione del contratto, che costituisce pertanto la regola (*utile per inutile non vitiatur*). Spetta dunque a chi è interessato fornire la prova del fatto che non avrebbe concluso il contratto senza la parte affetta da nullità (sul punto C.F. MAZZONI, *Invalidità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1989, pp. 33 e ss.; F. GALGANO, *Sub art. 1419, Della simulazione, della nullità, della invalidità del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, pp. 148 e ss.

Quello della nullità parziale è stato comunque un istituto che è andato affermandosi con il tempo, che non aveva al momento della emanazione del codice civile il rilievo che è invece venuto guadagnandosi con il passar del tempo, anche in ragione delle teorie volontaristiche su cui l'idea stessa di contratto era imperniata (sul tema G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, II, 1991, pp. 1049 e ss. e A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008).

Le teorie volontaristiche "pure" vennero poi abbandonate in favore di un'impostazione che guardava alla volontà ipotetica dei contraenti, ovvero di quella volontà che gli stessi avrebbero espresso se fossero stati a conoscenza del vizio (si veda la ricostruzione fornita da A. D'ADDA, *op.cit.* p. 59, a loro volta affiancate da teorie che invece astraevano dall'indagine della volontà, effettiva o ipotetica, dei contraenti per andare, invece, ad utilizzare un criterio più oggettivo, ovvero della permanenza dello scopo del contratto anche se privo delle parti affette da nullità, facendo assumere rilievo alla causa del contratto (P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Trattato Lipari-Rescigno*, III, 2, Milano, 2009, pp. 928 e ss.).

Non può a tal proposito, tuttavia, sottacersi che il passaggio dalle teorie volontaristiche a teorie che invece affidano all'esame di dati esterni alla volontà delle parti il giudizio relativo alla conservazione del contratto stesso porta anche nella direzione dell'integrazione del contratto più che dell'interpretazione dello stesso, con il rilevante ruolo che viene ad assumere il giudice,

di un interesse superiore che supera la volontà stessa delle parti.

Orbene nella cosiddetta rincorsa della giurisprudenza alla identificazione di nuove nullità parziali volte a ridisegnare il contenuto del contratto alla luce della tutela di interessi superiori si ascrive oggi anche la decisione in esame proveniente dalle Sezioni Unite, che non può, in tutta evidenza farsi, però, rientrare nella scia delle nullità di protezione, o almeno non in senso stretto.

Ripercorrendo, pertanto, il ragionamento appena fatto in tema di nullità e di nullità parziale e guardando a come quest'ultima dovrebbe essere indagata (da un punto di vista soggettivo, volto ad individuare la volontà delle parti, o oggettivo, con attenzione all'economia del negozio e alla causa dello stesso) vedremo come l'indagine attraverso queste due lenti porti di fatto a conseguenze molto diverse.

Se valutiamo il rimedio nell'ottica della volontà delle parti del contratto, potremo infatti concludere che, nel caso delle fideiussioni omnibus, risulterebbe coerente la scelta operata da ultimo anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di mantenere in vita il contratto, deprivandolo delle sole clausole in contrasto con la normativa antitrust, in quanto è interesse della banca avere una garanzia, seppure più limitata, e del fideiussore, che riesce a vedere invalidate le sole clausole a lui più sfavorevoli,⁴⁴ salvo prova di una diversa volontà delle parti.

Se invece utilizziamo il prisma della causa del contratto e una lettura meno

chiamato appunto ad integrare il contratto per il tramite della clausola generale di buona fede (R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2016, S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. 2004, V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1971, pp. 686 e ss.), che è ancora cosa diversa dall'ipotesi di eteronomia di cui al comma secondo, che stabilisce l'automatica sostituzione delle clausole nulle con norme imperative di legge (per tutti si vedano V. ROPPO, *op. cit.* e M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di A. GENTILI, IV, *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano 2006).

⁴³ Nel caso delle prime nullità, ovvero di quelle derivanti dall'applicazione dell'art. 1419, comma II, il legislatore fa operare un fenomeno di integrazione per "sostituzione", che comporta l'automatica sostituzione con la norma di carattere imperativo mentre nel caso delle nullità di protezione, come accade ad esempio nel caso delle clausole abusive di cui all'art. 36 del cod. cons., l'integrazione opera per "sottrazione", ovvero con l'eliminazione delle clausole nulle e la conservazione del resto del contratto (per tutti, V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 718 e ss.; S. RODOTA', *op. cit.*, pp. 53 e ss.).

⁴⁴ Sul punto nello specifico M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, pp. 100 e ss.

soggettiva, non improntata sulla ricerca della volontà, né effettiva né ipotetica, dei contraenti ma più oggettiva, dei dati anche esterni al contratto, dovremmo invece concludere per una ben diversa posizione, in parte accennata nel precedente paragrafo, anche in ragione di una non perfettamente convincente applicazione della teoria del collegamento negoziale.⁴⁵

Questo perché le clausole viziate hanno di fatto determinato una alterazione del mercato e della concorrenza e tale da rendere necessario rivalutare l'assetto contrattuale, che nel suo complesso risulta affetto da nullità, posto che non si ritiene che le parti (sia la banca che il richiedente il finanziamento) avrebbero concluso il contratto alle condizioni non viziate dalle intese anticoncorrenziali.⁴⁶

Tenuto, pertanto conto dell'economia generale del contratto e della eventuale nullità di alcune sue clausole pare potersi ragionevolmente dubitare del fatto che le parti avrebbero egualmente concluso il contratto, semplicemente stralciando le clausole nulle.⁴⁷

5. Note conclusive

In questa ottica, pertanto, di più generale "decodificazione" della norma sulla nullità parziale rientra senza meno anche la decisione ultima a Sezioni Unite della Suprema Corte, che va a sancire e corroborare una ben consolidata prassi giurisprudenziale che vede sempre più far ricorso al principio della conservazione del contratto, talvolta forzandone le stesse fondamenta a scapito spesso di quella che è la volontà ed il principio di autonomia delle

⁴⁵ Nel caso delle prime nullità, ovvero di quelle derivanti dall'applicazione dell'art. 1419, comma II, il legislatore fa operare un fenomeno di integrazione per "sostituzione", che comporta l'automatica sostituzione con la norma di carattere imperativo mentre nel caso delle nullità di protezione, come accade ad esempio nel caso delle clausole abusive di cui all'art. 36 del cod. cons., l'integrazione opera per "sottrazione", ovvero con l'eliminazione delle clausole nulle e la conservazione del resto del contratto (per tutti, V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 718 e ss.; S. RODOTA', *op. cit.*, pp. 53 e ss.).

⁴⁶ Sia il contratto principale di finanziamento che quello collegato di garanzia non sarebbero stati conclusi, questo in quanto sia la banca non avrebbe più potuto scaricare sul cliente alcuni costi, dovendo poi in un regime concorrenziale adeguare le condizioni di concessione dei finanziamenti, sia il cliente avrebbe avuto la possibilità di scegliere tra una più vasta ed ampia gamma di prodotti.

⁴⁷ In tal senso si veda ABF, Coll. Milano, n. 16558/2019.

parti.⁴⁸

Proprio sul tema del diritto della concorrenza la dottrina ha parlato di “torsione” impressa all’art. 1419, 1° comma, c.c.,⁴⁹ che suggellerebbe così, in un ulteriore ambito applicativo, lo sbilanciamento oramai in atto in favore del principio di conservazione del contratto a scapito dell’autonomia delle parti.

Riorientare invece l’applicazione del principio di conservazione verso una lettura più oggettiva, che tenga conto dell’equilibrio complessivo del contratto e del peso che le clausole viziate hanno sul sintagma contrattuale e sul negozio nel suo complesso è esercizio necessario, che non può essere in verità evitato neppure nell’ipotesi in cui, come accade nel caso che ci occupa, la “supremazia della conservazione” sia “funzionalizzata a superiori interessi pubblicistici..., dimenticando che la norma stessa individua un punto di equilibrio, tra principi potenzialmente confliggenti senza lasciare all’interprete margini di discrezionalità per valutazioni diverse”.⁵⁰

⁴⁸ In tal senso F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2, 2020, pp. 406 e ss.

⁴⁹ In tal senso V. BACHELET, *op. cit.*, p. 565, che così si esprime: “... conferma l’impressione di trovarsi dinanzi a una previsione normativa non di rado manipolata in sede interpretativa, che si rende di fatto portatrice di istanze ad essa, di per sé, estranee, istanze eteronome che, facendo leva su valori altri rispetto a quello dell’autonomia dei contraenti, come ad esempio l’esigenza di evitare il rischio di *overdeterrence* del diritto della concorrenza, finiscono oggi per suggerire sempre più spesso una scelta conservativa del contratto senza la dovuta consapevolezza della torsione” impressa all’art. 1419, co. 1, c.c.”. Nello stesso senso anche M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cosiddetti contratti “a valle”*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, *op. cit.*, p. 394, riflessioni che fanno propendere l’autore per la conclusione della validità dei contratti e per la sola risposta in termini risarcitori da parte dell’ordinamento in caso di violazione delle norme sulla concorrenza e in, via gradata, della sola nullità parziale delle clausole viziate.

⁵⁰ V. BACHELET, *op. cit.*, p. 566.