

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

GENNAIO/MARZO

2022

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza della tutela reale; la «qualità» della tutela reale**

*In ricordo di Ines Gravina Portale*

**SOMMARIO:** I. La problematica. – 1. L'intervento della Procura Generale. – 2. Le soluzioni accolte dalle Sezioni Unite. – 3. Uno sguardo prospettico. – II. L'«urgenza» della tutela reale. – 4. Normativa antitrust e tutela costituzionale del mercato concorrenziale. – 5. Contratti «a valle» e violazione di norme imperative. – 6. Il punto dell'efficienza delle strutture rimediali. III. La qualità della tutela reale. – 7. Tra nullità parziale e nullità totale. Il pensiero delle Sezioni Unite. – 8. Essenzialità delle clausole di garanzia e prodotto d'impresa. – 9. (*Segue*). La posizione del fideiussore. – 10. Nullità totale e stabilità dell'intermediario. Il problema della decadenza del debitore principale dal beneficio del termine.

### I. La problematica

#### 1. *L'intervento della Procura Generale*

Nel depositare le proprie conclusioni per la decisione delle Sezione Unite sulla «sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducenti il modello anticoncorrenziale» rilevato dalla Banca d'Italia (provvedimento n. 55 del 5 maggio 2005) dietro conforme parere dell'AGCM (n. 14251/20095), la Procura Generale non mostra alcuna esitazione<sup>1</sup>. Le garanzie prestate «a valle» dell'intesa vietata – si sostiene con nette e sicure espressioni – sono perfettamente valide sotto il profilo negoziale e pienamente efficienti sotto quello del rapporto obbligatorio: casomai, i relativi contratti potranno esporre

---

<sup>1</sup> Il testo integrale della requisitoria (da cui, tra l'altro, è tratta anche la frase riportata tra virgolette) è disponibile, ad esempio, su *Diritto bancario* e su *Diritto del risparmio*.

Per una lettura (assai) critica delle conclusioni rese dalla Procura v. G. LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni dl del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *giustiziacivile.com.*, 16 dicembre 2021. Consente invece ai contenuti di queste V. PISAPIA, *Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della cassazione i contratti «a valle»*, in *dirittobancario.it*, 26 novembre 2021.

la banca, che di tali modelli si sia servita per la propria operatività d'impresa, a una responsabilità risarcitoria nei confronti dei singoli fideiussori<sup>2</sup>.

La tesi così sostenuta dalla Procura viene fatta oggetto di distinta, e ampia, considerazione nella decisione poi emessa dalle Sezioni Unite, con sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994 (cfr., in particolare, i numeri 2.12., 2.13. e 2.14.). In specie, la tesi viene respinta con nettezza non minore, senza incertezze di principio la Corte orientandosi nel senso che la specie dei contratti «a valle» dell'intesa anticoncorrenziale non si espone solo a rimedi di tipo obbligatorio, ma prima ancora – prima di tutto, cioè – a rimedi di taglio reale.

## 2. Le soluzioni accolte dalle Sezioni Unite

Fissata la prospettiva del rimedio (*ante omnia*) reale, le Sezioni Unite ritengono di inoltrarsi pure negli sviluppi che questa viene ad aprire<sup>3</sup>. Per poi

---

<sup>2</sup> La Procura auspica, in particolare, che le Sezioni Unite si risolvano nell'enunciare il seguente principio di diritto: «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».

<sup>3</sup> Nell'economia del giudizio concretamente giunto al vaglio della Sezioni Unite, tutta la motivazione – che queste svolgono sul problema della eventuale propagazione della nullità delle singole clausole – rappresenta, in realtà, un di più, in sé stesso per nulla necessario.

In effetti, la sentenza della Corte di Appello di Roma, avverso la quale è stato proposto il ricorso per cassazione, si era limitata a dichiarare la nullità delle clausole giudicate anticoncorrenziali, escludendo la propagazione della nullità all'intero contratto. Dal canto suo, il cliente non ha presentato ricorso incidentale: nei fatti concretamente applicativi, la questione si era venuta a focalizzare sulla nullità per violazione della normativa antitrust della clausola di deroga alla disciplina dell'art. 1957 c.c.

In proposito, peraltro, va anche ricordato che l'esame della tematica dell'eventuale propagazione era stata espressamente sollecitata dall'ordinanza di rimessione (Cass., 30 aprile 2021, n. 11486). La quale anzi – ritenuta «evidente la necessità di una rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza» – ha dato un'impronta marcatamente unitaria ai più profili attinenti alla struttura rimediabile dei contratti «a valle» e assegnato alla disamina dell'insieme (più che delle sue distinte



concludere che l'invalidità dei contratti di fideiussione «a valle» dell'intesa vietata va sostanzialmente circoscritta e gestita nel segno prevalente – o dominante – della nullità parziale, di singole clausole.

Nel provvedimento del 2005, più precisamente, sono state stimate direttamente produttive di illecito anticoncorrenziale le clausole di reviviscenza, di deroga al disposto dell'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza (*rectius*: di estensione della garanzia alle obbligazioni di restituzione *ex indebito*<sup>4</sup>), non già l'intero modello conformato dall'ABI, né delle altre clausole<sup>5</sup>. Nulle quelle, nel pensiero della Corte la loro invalidità non si propaga – meglio, tende a non propagarsi; molto «difficilmente» potrebbe, nell'effettivo, propagarsi<sup>6</sup> – all'intero corpo della garanzia nel concreto prestata dal fideiussore.

---

parti) uno «spiccato rilievo nomofilattico». Al punto da qualificare nei termini di «questione di massima importanza» la «somma» di quattro diversi interrogativi (: «a) se la coincidenza totale o parziale [con le NUB] giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere, c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere a oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale 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»).

<sup>4</sup> La clausola n. 8 dello schema predisposto dall'ABI stabilisce, infatti, che «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

<sup>5</sup> Secondo una impostazione proprio non condivisibile, secondo il mio giudizio.

Ancora oggi, così, sorprende il giudizio di non anticoncorrenzialità che il provvedimento della Banca d'Italia venne a riservare alla clausola *omnibus* (di estensione della garanzia a tutte le obbligazioni che, anche in futuro, il debitore principale venisse per una qualunque ragione, e per quanto indiretta, comunque a trovarsi responsabile nei confronti della banca garantita).

In effetti, la gravosità di un simile modello fideiussorio (rispetto a quello circoscritto a specifici, e precisati, rapporti) appare manifesta; come pure sembra evidente la discontinuità (o non rilevanza) rispetto al detto modello dell'osservazione allora svolta dal provvedimento, per cui sarebbe da ritenere in sé stessa salvifica, in proposito, la necessaria previsione in contratto dell'«importo massimo garantito», che è stata introdotta dalla legge sulla trasparenza: tanto più che, nella lettura che ne dà il diritto vivente, la determinazione dell'«importo massimo» di garanzia può, nel concreto, anche venire messa a casaccio.

<sup>6</sup> Nei fatti, le Sezioni Unite ripetono in più punti che l'«estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale» è «evenienza ... di ben difficile riscontro nel caso in esame», seppure in sé possibile: nel caso, precisamente di «rigorosa

## II. L'«urgenza» della tutela reale

### 3. *Uno sguardo prospettico*

Come si vede, nel più recente diritto vivente il tema della sorte dei contratti fideiussori posti «a valle» delle intese vietate, perché lesive della concorrenza, si è posizionato su due spazi distinti<sup>7</sup>. Quello dell'eventuale applicazione, per diritto vigente, di un rimedio reale nei confronti dei contratti operativi dell'attività di impresa sul mercato, che su questo piano vengono cioè a tradurre i contenuti decisi e organizzati nelle intese vietate. Quello della quantità – e, dunque, della qualità – di tale rimedio reale, una volta ritenuto effettivamente applicabile alla fattispecie.

Non è detto, tuttavia, che, in prospettiva, il futuro continuerà a riflettere una simile duplicità prospettica.

Contro la tesi della «riduzione» delle tutele negoziali alla sola via risarcitoria le Sezioni Unite spendono parole, e argomenti, oggettivamente importanti; d'altro canto, questa tesi, oggi minoritaria (pur se non mancano, un po' sottotraccia, tentativi di un suo riaccredito), appare intrinsecamente debole (cfr. *infra*, nei nn. 4 ss.). La soluzione fatta propria della Procura sembra, in definitiva, fare sostanzialmente parte del passato del dibattito: da conservare, appunto, solo come memoria. Diversa – forse più aperta – parrebbe invece la situazione relativa al problema della possibile, eventuale lievitazione della nullità da parziale a totale; come si cercherà di mettere in

---

allegazione e prova» da parte del fideiussore, quale «parte interessata» al riguardo, che non avrebbe prestato la garanzia senza le clausole ritenute anticoncorrenziali (cfr. 31 s., nonché 39). Più ampiamente, il principio di diritto enunciato dalla Corte (p. 42) assume che la nullità resta parziale, «salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

Secondo il giudizio di R. NATOLI, *Garanzie personali*, in AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario* (a cura di) Conte, Milano, 2021, 117 l'opinione attualmente dominante ritiene che le clausole colpite dal Provvedimento del 2005 «non sono essenziali» e che la «loro nullità non si comunica all'intero contratto, che sopravvive dunque depurato dalle clausole attuative dell'intesa anticoncorrenziale».

<sup>7</sup> Decisamente marginali (se non proprio superati) nel contesto del dibattito appaiono oggi – attesi pure i ragionamenti svolti dalle Sezioni Unite e, prima, dalla Procura Generale – il punto relativo al fatto che l'intermediario predisponente le clausole anticoncorrenziali non fu parte dell'intesa vietata, come pure quelli della prova della «coincidenza» delle clausole nel concreto inserite in contratto con quelle di cui all'intesa e della mancanza di sanzioni nel provvedimento preso dalla Banca d'Italia. Si tratta, in effetti, di temi che erano stati sviluppati nell'arco dei motivi di ricorso presentati dalla banca ricorrente.

evidenza negli ultimi paragrafi del presente lavoro, questo punto non manca di una sua luce (cfr. n. 7 ss.).

Tutto ciò, peraltro, non viene in ogni caso a togliere, nell'oggi, spazio e rilievo a una disamina intesa a escludere la sufficienza, per diritto positivo, del solo rimedio risarcitorio: al di là, naturalmente, del carattere condizionale che tale profilo assume rispetto all'altro. È anzi da sottolineare sin d'ora come una corretta impostazione di questo profilo si manifesti anche fattore indirizzante la soluzione del tema dell'eventuale propagazione della nullità (della «qualità» del rimedio reale, cioè), nel senso che, di quest'ultimo, viene per più versi a conformarne il conseguente angolo prospettico<sup>8</sup>.

#### 4. *Normativa antitrust e tutela costituzionale del mercato concorrenziale*

4.1. La struttura logica del ragionamento compiuto dalla Procura fissa la propria base impostativa su due distinti ordini di riferimenti.

Il primo si condensa nell'osservazione che i «contratti fra la singola impresa (partecipante all'impresa vietata) e il cliente sono comunque espressione dell'autonomia privata dei contraenti». Nel contesto, l'argomento viene posto a giustificazione diretta dell'affermazione per cui l'inserimento, nei contratti «a valle», di «alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale» non potrebbe mai essere ritenuta «circostanza sufficiente» per predicare la nullità dei medesimi (p. 9).

L'altro e complementare pensiero consiste in ciò che il «meccanismo di tutela», di cui alla normativa antitrust, «non è finalizzato a garantire l'astratta correttezza dei contratti, ma a garantire che la violazione della disciplina della concorrenza non produca effetti economicamente pregiudizievoli ai consumatori»<sup>9</sup>. Quest'assunto è posto a diretta replica dell'osservazione – frequente in letteratura – per cui difficilmente i clienti risentono di danni diretti e immediati *ex art.* 1223 c.c. dalla stipula dei contratti «a valle» (p. 11).

---

<sup>8</sup> Seguendo un'indicazione che – va anticipato – non è stata percepita dalla sentenza delle Sezioni Unite. Sul punto v., in via segnata, il prossimo n. 8.

La sentenza, che pur enfatizza – nell'ambito della trattazione intesa a escludere la sufficienza del rimedio risarcitorio – la stretta funzionalità della normativa antitrust alla correttezza ed efficienza del mercato (e sul punto v. il prossimo n. 4.3.), in relazione al giudizio di eventuale propagazione della nullità parziale viene invece ad assumere i contratti espressivi dell'operatività anticoncorrenziale dell'impresa in termini del tutto astratti dal contesto (di mercato) e dalla funzione concreta (lesiva della concorrenza del mercato) che invece li caratterizza.

<sup>9</sup> Intesi, com'è evidente, non già quali attori del mercato, ma semplicemente *uti singuli*.

Ora, una simile impostazione non può – a me pare – essere in alcun modo stimata corretta.

4.2. Con diretto riferimento al primo dei rilievi fondanti l'impostazione adottata dalla Procura Generale, le Sezioni Unite hanno osservato, in critica, che «è del tutto evidente ... che – se le parti ben possono determinare il “contenuto del contratto”, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c. – esse sono, tuttavia, pure sempre tenute a farlo “nei limiti della legge”, da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale» (p. 23).

Nei fatti, la stessa «forza giuridica» di un qualunque contratto dipende da un consenso espresso dall'ordinamento. Sì che l'assunto, nei riportati termini sviluppato dalla Procura, dà vita – a vedere la sua consistenza reale – a una manifesta petizione di principio.

Non è un caso – è ancora da aggiungere, spingendo un poco più a fondo l'analisi – che non risulti agevole intendere se, nella impostazione che qui si esamina, i contratti (ovvero le clausole) che traducono nella concreta operatività imprenditoriale i contenuti di una intesa vietata siano da ritenere contrari, oppure no, a norme imperative. La requisitoria, in effetti, sembrerebbe volere eludere questo tema.

4.3. Autoreferenziale appare, per la verità, pure l'altra delle idee fondanti l'impostazione in esame: dato, se non altro, che a sostegno di questa non viene posta nessuna argomentazione. Come, peraltro, neppure viene preso in considerazione l'*input* normativo che costituisce la base prima della tesi opposta, per cui nei confronti dei contratti «a valle» il rimedio è, per diritto positivo, di tratto reale.

«L'interesse protetto dalla normativa antitrust» – osservano, per questo riguardo, le Sezioni Unite – «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» (p. 26). Né le Sezioni Unite mancano di riportare l'assunto così sviluppato al principio costituzionale che lo fonda, richiamando partitamente, anzi, le diverse articolazioni proposte dall'art. 41 Cost. (pp. 12, 23)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Per poi concludere (p. 12) che «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».

La diretta discendenza della normativa antitrust dall'art. 41 Cost. è dichiarata sin dall'art. 1 comma 1 legge n. 287/1990.

Non può trascurarsi, d'altra parte, che lo svolgimento primo del principio della libertà di iniziativa economica *ex comma 1 dell'art. 41 Cost.* non consiste affatto nell'affermazione di una sovrana libertà della propria iniziativa – e cioè della propria autonomia –, come appare ritenere l'opinione qui criticata. Consiste, per contro, nel necessario rispetto dell'iniziativa economica altrui<sup>11</sup>: nell'esigenza di tutela del mercato e del suo corretto svolgimento, quindi. Come pure non si può dimenticare che il rimedio reale nei diretti confronti dei contratti «a valle» si pone come uno degli strumenti<sup>12</sup> intesi appunto a tutelare correttezza e regolarità del mercato: e ciò, per l'appunto, per il tramite dell'apporto fornito dai soggetti appartenenti al lato della domanda di beni, quali fruitori dei servizi offerti sul mercato dalle imprese e terzi rispetto alle intese vietate<sup>13</sup>.

### 5. Contratti «a valle» e violazione di norme imperative

5.1. Sulla base delle premesse prima riportate (n. 4.1.), la Procura Generale afferma, perentoria, che la vigente normativa antitrust non contiene in sé alcuna previsione che venga a orientare nel senso della nullità dei contratti «a valle» (pp. 6 e 7)<sup>14</sup>. Così senz'altro respingendo, e *a priori*, pure lo spunto che le norme degli artt. 2, comma 3 legge n. 287/1990 e 101 del Trattato sul

---

<sup>11</sup> Difficile altrimenti spiegare come il potere di «iniziativa economica» venga a fissarsi in capo a ciascun soggetto. Su questo aspetto cfr., di recente, il mio *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in, *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., 198 ss.

<sup>12</sup> In una con l'apparato sanzionatorio dell'impresa anticoncorrenziale che il sistema viene ad affidare all'AGCM. Ma al riguardo va tenuta in considerazione, mi pare, anche l'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. (sullo strumento dell'inibitoria in generale richiama l'attenzione – con particolare riferimento alle fideiussioni bancarie prestate da non consumatori – G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vintg ans après, aspettando le Sezioni Unite*), in *Contratti*, 2021, 1180).

<sup>13</sup> Secondo quanto tipicamente avviene, a mio giudizio, pure in relazione alla disciplina c.d. di trasparenza (bancaria e non): per l'appunto non esaurita nell'istanza di proteggere il soggetto che riceve il bene o servizio che viene «prodotto», e immesso nel mercato, dalle imprese, ma nel contempo (e certo non meno) normativa funzionale al perseguimento di (una più spinta) efficienza dell'operatività di queste ultime e, quindi, dello stesso mercato. Cfr., in particolare, i miei *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1234 ss.; *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, *passim*.

<sup>14</sup> «La legislazione europea e nazionale» – si puntualizza – «non regolamenta testualmente la sorte dei c.d. contratti “a valle”».

funzionamento dell'Unione Europea vengono – stabilendo che le «intese vietate sono nulle ad ogni effetto» – in sostanza a proporre.

Spunto che le Sezioni Unite non mancano invece di raccogliere e, nell'espresso riferimento alla *ratio* normativa di tutela della regolarità e concorrenzialità del mercato (cfr. nel n. 4.3.), di valorizzare in modo forte: «in particolare la locuzione “ad ogni effetto”» – così si viene ad annotare – «legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata».

5.2. Nei fatti, una simile locuzione ben si presta – nel contesto di una impostazione costituzionalmente orientata della normativa antitrust – a essere letta come prescrizione che vieta alle parti delle intese anticoncorrenziali di dare comunque corso ed esecuzione ai contenuti stabiliti in queste ultime. Nel caso delle fideiussioni bancarie, dunque, la disposizione vieta alle banche di predisporre modelli contrattuali di garanzia personale provvisti di clausole di portata anticoncorrenziale e di portare a conclusione i conseguenti contratti: e da ciò, a volerne sentire un effettivo bisogno, anche l'apertura alla teorica della nullità c.d. derivata<sup>15</sup>.

Anche su questo profilo, in definitiva, la tesi della Procura appare attraversata da una peculiare petizione di principio. Chi stipula un contratto nullo non è – sul piano del fatto – libero di darvi o meno esecuzione: è

---

<sup>15</sup> Secondo G. GUIZZI, *op. cit.*, 1176, 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».

L'assunto non può convincere. L'intesa a monte («tra gli aderenti al cartello») produce solo «effetti obbligatori»: nel senso appunto che – di per sé stessa – intenderebbe produrre l'obbligo degli aderenti di dare esecuzione ai contenuti così determinati. Ma l'«effetto reale» della restrizione e falsificazione della concorrenza, di cui all'art. 2 legge n. 287/1990, risulta posto in essere solo dai contratti «a valle»: sinché si permane sul piano del mero obbligo – volendo, dell'inadempimento di questo da parte degli aderenti – l'effetto distorsivo, che pure è vietato dall'art. 2, non si produce (in sé, il patto «tra aderenti al cartello» è vietato perché ha ad oggetto la distorsione concorrenziale: cioè, la viene a promettere).

Quanto poi al fatto della reiterazione: questa attiene, secondo la prescrizione di legge, non già alla produzione di un effetto distorsivo, quanto piuttosto alla «consistenza» del medesimo. Ciascun contratto «a valle», che venga nel concreto posto in essere, concorre e partecipa all'(l'eventuale) risultato della «consistenza»: non si intende, perciò, perché dovrebbe trattarsi di aspetto «necessariamente fattuale».

l'ordinamento, piuttosto, che lo smarca dall'obbligo relativo. Questo, però, non significa che il contraente, così smarcato, possa comunque liberamente scegliere – dando pieno sfogo alla propria autonomia – di dare al contratto nullo un'efficace esecuzione<sup>16</sup>.

5.3. Nel prosieguo dell'esposizione, peraltro, la Procura va ancora oltre, così osservando: «non sembra controvertibile che l'art. 2 comma 3 legge n. 287 *restringa* la nullità al campo delle intese» (enfasi aggiunta); «sulla base del noto canone dell'interpretazione letterale ... non residuano significativi margini di dubbio sulla limitazione della nullità alle sole intese “a monte”». Come si vede, la tesi della «non nullità» finisce per venire sostenuta sulla base di un mero argomento *a contrario* (che oltretutto viene ingiustificatamente a mortificare – lo si è appena visto – il dato di legge).

Non meno meccanico, peraltro, risulta il passaggio che in via ulteriore viene compiuto, secondo cui l'espreso riconoscimento di un diritto risarcitorio del cliente varrebbe comunque – da sé solo e senza bisogno di alcuna argomentazione – a escludere la possibile sussistenza di un'ipotesi di nullità c.d. virtuale<sup>17</sup> ex art. 1418, comma 1, c.c.

In realtà, non può «revocarsi in dubbio» – precisano per contro le Sezioni Unite – che la forma di tutela risarcitoria sia «certamente ammissibile», «ma non in via esclusiva, sebbene in uno all'azione di nullità»: così impongono le «ragioni inerenti alle specifiche finalità della normativa antitrust».

Se si ritiene che l'inserimento nei contratti operativi dell'attività di impresa di clausole anticoncorrenziali violi norme imperative, la circostanza che la legge preveda in modo esplicito una specifica (e diversa) struttura rimediale non è in sé sufficiente ad escludere l'eventuale applicazione (pure) del rimedio della nullità<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Se così fosse, del resto (e a tacer qui, ovviamente, ogni altro rilievo), il contraente ben potrebbe passare a «convalidare» il negozio.

<sup>17</sup> Nel contesto della requisitoria l'espressione «nullità virtuale» compare a p. 13, laddove, nel tirare le somme, la Procura afferma che «nel caso in esame, la corte ha applicato il rimedio della nullità al di fuori degli schemi normativi, facendo ricorso alla c.d. nullità virtuale ed all'improprio automatismo che collega la nullità dell'intesa alla nullità derivata parziale del contratto c.d. “a valle” dell'intesa». La corte distrettuale non ha tenuto in debita considerazione che, nel caso di specie, in assenza di testuale sanzione di nullità, l'effettività della norma imperativa è garantita dalla previsione di rimedi risarcitori».

<sup>18</sup> Vi fosse bisogno di un esempio, si potrebbe ricordare – per la specifica materia delle operatività bancaria – la disposizione dell'art. 144 (comma 1, lett. c. e d.) TUB. In punto di possibile coesistenza del rimedio invalidatorio e del rimedio risarcitorio G. LA SALA, *op. cit.*, richiama la norma dell'art. 1338 c.c.

Il problema, che la norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. viene comunque a proporre, là dove ventila l'eventualità di una diversa sanzione, non è quello della somma delle sanzioni, bensì quello della loro efficienza, come puntualmente hanno riscontrato le Sezioni Unite.

#### 6. Il punto dell'efficienza delle strutture rimediali

6.1. A seconda delle norme di cui si assume la violazione, il rimedio della nullità – in sé ovvero la sua disciplina c.d. generale – può risultare in sé disfunzionale, delineando una struttura normativa non coerente con la funzione specificamente perseguita colla posizione della norma imperativa. Il che, tuttavia, sicuramente non avviene per la materia regolata della normativa antitrust.

Come pare evidente, il problema di efficienza, che è proprio di una disciplina di questo tipo, è che comportamenti di turbativa anticoncorrenziale non ve siano, che dunque il mercato si svolga in modo regolare e corretto<sup>19</sup>.

Perciò, una tutela meramente risarcitoria appare in sé stessa non sufficiente in proposito: posto che un simile rimedio per definizione consente il compimento dell'atto vietato, all'unica condizione che l'autore della violazione disponga di un patrimonio adeguato a coprire gli eventuali danni. E tanto più si manifesta struttura carente al bisogno laddove – secondo quanto appunto accade nella materia che qui occupa<sup>20</sup> – l'effettiva sussistenza di un danno riscontrabile *ex art. 1223 c.c.* in capo al cliente appare evento non certo costante, quanto piuttosto incerto e lontano<sup>21</sup>.

---

Sulla cumulabilità, nel contesto della vigente normativa antitrust, delle protezioni invalidatoria e risarcitoria v. adesso M. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 573.

<sup>19</sup> Sul punto v. di recente F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 411.

<sup>20</sup> Come riscontra, del resto, la stessa Procura. La quale, tuttavia, considera – non comprensibilmente – irrilevante nel merito questa constatazione.

<sup>21</sup> Con la conseguenza, a mio avviso, che, per dare comunque un poco di fiato al rimedio di tipo obbligatorio – per farlo diventare qualcosa di più di un «soffio di vento» –, occorrerebbe percorrere la via (in sé stessa, senz'altro importante) delle penali *ex lege* poste a favore del fideiussore, predeterminate secondo misure tali da scoraggiare l'eventualità di scorretti comportamenti dell'impresa sul mercato. Il sistema vigente non manca, per la verità, di conoscere strutture rimediali di questo genere: cfr., in particolare, la disposizione dell'art. 120 *quater*, comma 7, TUB.

Sembrerebbe forse avvicinare (in termini comunque molto approssimativi, peraltro) una simile prospettiva l'idea del c.d. «danno da contrattazione», per cui «potrebbe legittimarsi una liquidazione dell'*antitrust tort* che, ricostruendo le perdite



6.2. Per la verità, pure la ricostruzione della fattispecie fonte di obbligo risarcitorio, che viene effettuata dalla Procura Generale, lascia – in sé stessa – perplessi: a indice, mi pare, di un disegno che (prima di tutto) nel suo complesso risulta non condivisibile.

In questa prospettiva, dunque, il comportamento potenzialmente produttivo di un danno ingiusto non sta nella stipulazione di negozi concretamente realizzativi di intese vietate ovvero nel portare la propria operatività imprenditoriale a servizio di tali intese. Una simile idea, del resto, non sarebbe compatibile con la struttura complessiva della tesi così svolta, posto che questa – come si è visto (cfr. n. 4.1.) – si basa proprio sull'affermazione che i contratti «a valle» sono frutto della libertà e autonomia dei contraenti.

Il comportamento causativo di un eventuale danno viene, invece, individuato nel «contegno sleale di uno dei contraenti», come consistente nell'«omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto [intendi: delle intese vietate] conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza dall'istituto di credito». La vicenda realizza – così viene a precisare la Procura – «una sorta di responsabilità di natura precontrattuale da cui nascono obbligazioni risarcitorie ai sensi dell'art. 1338 c.c.» (pp. 11 e 7)<sup>22</sup>.

6.3. Come si vede, in tale costruzione il comportamento – fonte di lesione nei contratti «a valle» – si sostanzia e risolve senza residui nella violazione di

---

effettive e potenziali subite dalle imprese e dai consumatori (sulla falsariga dell'art. 125 c.p.i.), sia orientata a stimolare le reazioni individuali dei privati, allo scopo di implementare il sistema delle relazioni di mercato e di agevolare l'applicazione delle norme che stigmatizzano le condotte concorrenziali illecite» F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in AA. VV., *Contratti bancari* a cura di Capobianco, ed. 2, Milano, 2021, 524).

<sup>22</sup> La tesi svolta dalla Procura pare riprendere, in buona sostanza, la tesi sostenuta da E. 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.*, 2020, II, 403 ss.

Peraltro, come opportunamente puntualizza G. LA SALA, *op. cit.*, «nella parte finale delle osservazioni la Procura appare però correggere il tiro. La responsabilità della banca da contratto valido, ma sconveniente, non è più ricollegata alla violazione di doveri di carattere informativo, bensì all'aver concluso il contratto in una condizione di insussistenza per il garante di valide alternative a causa dell'intesa illecita. In questa prospettiva, il garante subirebbe un “danno da perdita di *chance*” per la mancata possibile scelta sul mercato».

Sul punto v., peraltro, quanto osservato specificamente nella nota che subito precede (nonché, oltre ai rilievi generali già esposti, *infra* nel n. 9.2.).

un dovere di informazione: non a caso le Sezioni Unite parlano, in proposito, di lettura orientata verso il polo del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.* (p. 22).

Ne segue, allora, che una semplice dichiarazione dell'impresa, partecipe dell'intesa a monte, di possibile lettura di quest'ultima in termini di patto anticoncorrenziale viene a sciogliere ogni slealtà di comportamento e a deprivare di base una qualunque idea risarcitoria. Con l'ovvia conseguenza che, nella lettura in esame, l'efficienza della struttura rimediale si svolge diretta verso lo zero.

D'altra parte, e (per certi versi) soprattutto, non si riesce a intendere per quale ragione sarebbe «sleale» non informare il cliente di una simile possibile evenienza: posto, da un lato, che il contratto «a valle» resta in ogni caso valido e, dall'altro, che non risulta affermata la sussistenza di un dovere dell'impresa di offrire al cliente un'alternativa contrattuale purgata dai vizi di lesione della concorrenza. E nemmeno si comprende perché, in detta prospettiva, tra i presupposti della tutela risarcitoria dovrebbe comparire pure quello dell'avere il cliente – che partecipa solo al contratto «a valle» – effettivamente «confidato» nella validità delle intese, invece vietate: secondo quanto afferma la Procura Generale, «tra l'intesa ed il contratto a valle non vi è un rapporto di strumentalità necessaria, né un collegamento negoziale nel suo significato tecnico-giuridico», ma unicamente una «mera connessione oggettiva» (pp. 9 e 12).

### III. La qualità della tutela reale

#### 7. *Tra nullità parziale e nullità totale*

7.1. Fermati questi rilievi, è opportuno transitare adesso all'altro dei temi sopra preannunciati, come inerente alla quantità e qualità del rimedio reale conseguente alla ravvisata nullità delle clausole anticoncorrenziali della fideiussione bancaria (cfr. nel n. 3). La valutazione adottata dalle Sezioni Unite – della (possibilità in astratto, ma della) fortissima difficoltà in concreto di una lievitazione della nullità da parziale a totale – assume due presupposti, di tratto tra loro differente.

Uno ha segno strutturale, è generale alla materia della nullità parziale e ben può dirsi in quest'ambito tradizionale, posto che si polarizza nel c.d. principio di conservazione degli atti di autonomia negoziale, da ciò facendo derivare che l'eventualità della propagazione si pone in termini di eccezione a regola generale dell'ordinamento. La conseguenza – così annota la sentenza (p. 30 s.) – è che sta a «a carico di chi ha interesse a far cadere *in toto* l'assetto di

interessi programmati fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla»<sup>23</sup>.

L'altro è invece specifico alla materia della garanzia fideiussoria, su cui concretamente verte il giudizio, e consiste in una rilevazione delle posizioni tipiche – ovvero normali – che le parti di questo contratto rivestono in ordine alla interrelazione tra clausole giudicate anticoncorrenziali e resto del contenuto negoziale (p. 32).

«È del tutto evidente» – giudicano dunque le Sezioni Unite – che «l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti».

Quanto alla posizione del fideiussore, le Sezioni Unite proseguono che l'«eliminazione» delle clausole anticoncorrenziali «ne alleggerirebbe la posizione». D'altra parte, il garante «è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia»: «essendo una persona legata al debitore principale e quindi portatrice di un interesse economico al finanziamento

---

<sup>23</sup> «Mentre» – prosegue ancora la Corte – «resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

In contrario va tuttavia ricordato che la sentenza di Cass. Sezioni Unite, 2014, n. 26242, occupandosi *ex professo* della materia, ha rilevato che non v'è ... alcun motivo, sul piano normativo, né letterale né logico, per escludere il potere della (sola) rilevazione officiosa di una nullità totale da parte del giudice nell'ipotesi in cui le parti discutano invece della nullità della singola clausola negoziale. E appare probabile che, all'esito di tale rilevazione, una delle parti formuli domanda di accertamento di nullità totale dell'atto secondo le modalità indicate dagli artt. 183 e 101 c.p.c. L'ipotesi residuale, per entrambe le parti insistano nella originaria domanda di accertamento di una nullità soltanto parziale del contratto, vedrà il giudice vincolato a una pronuncia di rigetto della domanda, poiché ... non può attribuire efficacia, neppure in parte ... a una (parte di) negozio radicalmente nullo» (p. 70). La prima parte di questo ragionamento è sostenuta, tra l'altro, dall'affermazione del «dovere del giudice di rilevare una causa di nullità negoziale, e di indicarla alle parti, lungo tutto il corso del processo, fino alla sua conclusione» (p. 35), la nullità della clausola ponendosi, nel caso, come causa di nullità delle ulteriori parti del contratto.

Buona parte della dottrina ritiene rilevabile d'ufficio l'eventuale effetto propagativo della nullità parziale: riferimenti in M. MANTOVANI, *La nullità parziale*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, *Rimedi - I* (a cura di) Gentili, Milano, 2006, 110, nt. 5.

bancario», questi «avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole» in questione.

7.2. Su quest'ultima coppia di assunti – come si vede, entrambi molto rapidi, molto asciutti – occorre fermare in questa sede l'attenzione.

Se non è da mettere qui in discussione l'opzione che la materia della nullità antitrust sia soggetta all'applicazione della disciplina generale della nullità parziale<sup>24</sup>, è conseguente che il giudizio di eventuale propagazione della nullità possa trovare una sua definizione compiuta solo al livello della singola fattispecie concreta<sup>25</sup>. Per nulla convincenti, tuttavia, si mostrano i parametri orientativi che le Sezioni Unite hanno enucleato per orientare l'effettuazione di un simile giudizio.

#### 8. *Essenzialità delle clausole di garanzia e prodotto d'impresa*

8.1. In sé stesso non calzante si manifesta, prima di ogni altra cosa, l'assunto delle Sezioni Unite, per cui, ai fini del giudizio richiesto dall'art. 1419 c.c., andrebbe in ogni caso considerato come interesse proprio, «tipico», della banca creditrice quello al mantenimento della fideiussione, perché diversamente il suo diritto di credito risulterebbe meno tutelato.

Come si vede, un simile assunto riflette l'ipotesi di un creditore, che nel momento del giudizio richiesto dall'art. 1419 c.c.<sup>26</sup>, è già tale; e lo considera, altresì, solo nella diretta prospettiva del suo rientro. Ora, una volta data la sussistenza di una simile ipotesi, è sicuro che, per il creditore, è meglio avere a servizio una garanzia pur «deteriorata», piuttosto che non avere alcuna garanzia.

Non è questa, però, l'unica ipotesi che il genere della fattispecie fideiussoria propone. E, di sicuro, non è nemmeno quella centrale o di corrente riferimento: posto che, nel caso specifico, a venire in questione sono – propriamente – le garanzie che accedono all'esercizio imprenditoriale del

---

<sup>24</sup> Com'è noto, parte della letteratura ricostruisce in termini di nullità di protezione il vizio che affligge i contratti attuativi delle intese vietate perché anticoncorrenziali. Riferimenti in M. RENNA, *op. cit.*, 576, nt. 13.

<sup>25</sup> Per quanto tale giudizio tenda a riprodurre percorsi sostanzialmente seriali: quanto meno in relazione alle politiche gestionali tempo per tempo adottate dagli intermediari interessati. Cfr. pure *infra*, nel prossimo n. 8.

<sup>26</sup> Non è discutibile, d'altra parte, che la valutazione di essenzialità dei cui all'art. 1419 comma 1 c.c. vada formulata con riguardo al tempo della conclusione del negozio che viene in discussione – che è quello di garanzia –, non a un ipotetico momento successivo (quale, per dire, quello dell'accertamento della nullità per anticoncorrenzialità di talune delle clausole contenute in questo contratto).

servizio del credito, secondo una prospettiva che le Sezioni Unite trascurano di prendere in considerazione per il punto in discorso.

Assunta la detta prospettiva, come pure si deve, normale è piuttosto l'ipotesi in cui il rilascio della garanzia venga posto dalla banca come (contestuale e) condizionante l'effettiva concessione del credito: in cui, quindi, a contare sono, in particolare, proprio i contenuti conformanti della garanzia, e non già il mero fatto dell'esistenza di una garanzia, più o meno deteriorata. Come pure rientra nell'arco della normalità – a voler qui allargare il raggio dell'osservazione dell'agire imprenditoriale del credito – l'ipotesi in cui la banca, già creditrice, pretende una nuova garanzia non già per la funzione diretta del proprio rientro (e perciò *in esecutivis*), quanto invece per proseguire ancora nel tempo il rapporto di credito in essere, in luogo di rendere operativa la clausola di decadenza dal beneficio del termine, pattizamente costruita sulla falsariga dell'art. 1186 c.c.: anche in questa eventualità a contare sono i contenuti conformativi in concreto della garanzia che viene richiesta e pretesa.

Non varrebbe obiettare, mi pare, che in queste ipotesi, l'interesse imprenditoriale della banca a far in ogni caso credito potrebbe anche spingerla ad accontentarsi di fideiussioni (con clausole) più leggere per il garante. Una simile eventualità suppone, se non mi inganno, proprio la sussistenza di quello che, nella specie, risulta invece per definizione assente: la presenza, appunto, di un mercato in cui le offerte delle imprese, che vi operano, sono tra loro concorrenziali.

8.2. Del tutto trascurata dalle Sezioni Unite, la prospettiva del contratto di impresa sembra poter svolgere, in realtà, un ruolo importante, di forte peso, pure per la diretta organizzazione del giudizio di essenzialità *ex art. 1419 c.c.*, con riferimento, in particolare, alla posizione ascrivibile alla banca garantita dalla fideiussione gravata da una serie di clausole anticoncorrenziali.

Occorre non dimenticare, invero, che nella specie la problematica in discorso viene a riflettere una nullità per violazione della normativa antitrust. Ora, se la presenza di un rimedio di tratto reale trova la sua ragion d'essere in una pretesa di effettiva concorrenzialità del mercato (secondo quanto si è visto sopra), pure lo svolgimento del giudizio di eventuale propagazione – di effettiva misura, perciò, del detto rimedio reale – dovrebbe seguire una logica conforme e non diversi criteri ordinanti: per un'evidente ragione di coesione interna (micro-sistematica, cioè) se non altro, e, quindi, per il rapporto di necessaria coerenza tra struttura e funzione.

Ne deriva allora che, per il giudizio di propagazione e in relazione al profilo proposto dal contraente banca (quale soggetto garantito dalla fideiussione), a venire in considerazione è quanto questa ha offerto al mercato:

come «prodotto» di fideiussione bancaria, dalla relativa impresa predisposto nei suoi articolati contenuti e dalla stessa offerto al mercato in combinazione con il servizio del credito.

Fissato un simile contesto, il giudizio di eventuale propagazione sembra focalizzarsi, *ex latere* del contraente banca, sull'impatto che all'insieme delle clausole ritenute lesive della concorrenza dev'essere riconosciuto nei confronti della conformazione del prodotto d'impresa che va appunto sotto il nome di «fideiussione bancaria» (quale elaborato dell'ABI e poi applicato dalle banche associate). Pur se la motivazione sviluppata dalle Sezioni Unite sul punto della propagazione non ha riservato nessuno spazio al riscontro dei contenuti propri di tali clausole, è proprio sulle specificità di queste ultime che occorre invece porre l'attenzione.

8.3. Ora, se si considerano le cose da questo angolo visuale, viene a emergere che le clausole di reviviscenza, di deroga al disposto dell'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza – di cui al modello contrattuale elaborato dall'ABI ed esaminato dalla Banca d'Italia<sup>27</sup> – non hanno in comune solo la mera circostanza che «peggiorano» la posizione del garante rispetto a quella che gli assegna il modello fideiussorio delineato dal codice. In realtà, queste tre clausole si connotano prima di ogni altra cosa nel senso di offrire protezione e rimedio ad azioni (in specie) non corrette della banca garantita: secondo quanto del resto traspare, a ben vedere, già dalle osservazioni che il provvedimento della Banca d'Italia ha loro riservato<sup>28</sup>.

Nella conformazione che le dà il testo del modello, la clausola di sopravvivenza – si è in particolare osservato in letteratura – intende emancipare la banca dai rischi di regolarità dal punto di vista dello svolgimento dell'attività bancaria, dell'erogazione del credito (si pensi, ad

---

<sup>27</sup> Ad avviso di R. MASSARELLI, *Il vaglio di essenzialità delle clausole ABI, contenute nei modelli di fideiussione omnibus censurati dalla Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2021, 289, il «primo argomento» a conforto della tesi dell'«essenzialità delle clausole» in discorso emerge direttamente dalle difese svolte dall'Associazione di categoria in sede di istruttoria del procedimento amministrativo di accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali del 2005.

<sup>28</sup> Cfr., per la clausola c.d. di sopravvivenza, il n. 86 del provvedimento («una siffatta previsione non appare connaturata all'essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate»); per quella di deroga al disposto dell'art. 1957 c.c., il n. 83 (con tale clausola «potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze»).

esempio, al caso di concessione di credito usurario o a quello della pretesa di non ammessi interessi anatocistici o di interessi «uso piazza» o simili). La clausola di deroga all'art. 1957 c.c. – pure si è rilevato – tende ad assolvere il creditore da negligenze e leggerezze nell'attività di recupero del credito (si ricordi, se non altro, il richiamo codicistico all'onere di «diligente continuazione» delle «istanze» avverso il debitore principale)<sup>29</sup>. Non diversamente, nella sostanza, avviene per la clausola di reviviscenza, che in specie tende a sollevare il creditore dal rischio di revocatoria dei pagamenti (così «assorbendo», tra l'altro, il punto della *scientia decoctionis*).

Posti questi riscontri, non sembra per nulla azzardato ritenere che – una volta lette nel loro insieme – le ridette clausole posseggano un posto di primo piano nel contesto del modello di fideiussione bancaria a suo tempo considerato dal provvedimento della Banca d'Italia: abbiano, cioè, segno caratterizzante. Tratto che esse più ancora palesano non appena si rilevi, altresì, come il modello in discorso abbia, tra le sue linee guida, proprio quella di rappresentare un «incentivo per le banche a trascurare cautele anche elementari» nel contesto dello svolgimento del servizio imprenditoriale del credito<sup>30</sup> ovvero sia, per utilizzare una formula di taglio strutturale, conformato in modo tale da portare alla banca garantita la maggiore protezione possibile a prescindere dalla correttezza e regolarità del comportamento che la medesima ha in concreto tenuto.

8.4. Svolgendo questa linea di pensiero, occorre adesso spostare l'attenzione dal modello di fideiussione bancaria elaborato dall'ABI al conforme schema contrattuale adottato dalle singole banche nell'esercizio della loro attività imprenditoriale e in quanto tale somministrato ai fideiussori.

In questo contesto, le osservazioni appena svolte a me pare determinino – nella prospettiva effettuale del diritto processuale – la formazione di una solida prova per presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, di essenzialità delle dette clausole in relazione al giudizio richiesto dall'art. 1419, comma 1, c.c.

---

<sup>29</sup> Per dei primi riferimenti su questi punti si può qui senz'altro rinviare a M. RENNA, *op. cit.*, 578 (nota 24) e 583 (nota 35).

<sup>30</sup> Così già V. ROPPO, *Fideiussioni omnibus: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 148.

Si v. altresì A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 513 ss.: «la clausola di estensione fideiussoria risulta parte di un modello (come forgiato dalle NUB) che, nel suo complesso, sembra tendere istituzionalmente a produrre due debitori principali: a uno solo dei due concedendo credito, peraltro, all'altro (: il fideiussore, appunto) per contro neppure rilasciando informazioni sullo stato del rapporto garantito. In effetti, il modello sembrerebbe congegnato per proteggere il “credito facile”, come anche la “leggerezza di gestione” del medesimo».

Prova che tuttavia – occorre pure aggiungere – potrebbe nel concreto anche rivelarsi non sufficiente per tale proposito. Nel senso, in via segnata, che non può escludersi *a priori* l'eventualità che la banca (interessata al processo) venga a dare rigorosa dimostrazione che l'utilizzo delle clausole anticoncorrenziali si manifesta nei fatti assente o comunque risulta del tutto marginale: si intende, nell'effettiva dinamica di svolgimento della propria attività di impresa e con riguardo allo specifico segmento temporale in cui è stato concluso in contratto di garanzia di cui si discute in giudizio. Una simile evenienza segnala infatti, a me pare, che la gestione del «prodotto» fideiussorio – come decisa e attuata da parte di quella data banca – ha stabilito di coltivare e perseguire linee di azione imprenditoriale diverse da quelle pur consentitegli dal modello elaborato dall'Associazione di categoria.

Ciò posto, resta ancora da aggiungere che pure un altro elemento fattuale potrebbe risultare di estremo rilievo per il giudizio richiesto dall'art. 1419 comma 1 c.c.: come attinente, in specie, al comportamento tenuto dalla singola banca a seguito dell'emanazione del provvedimento della Banca d'Italia (e non solo per le fideiussioni stipulate dopo il 2005, ma per certi versi pure per quelle concluse in tempi anteriori, quale comportamento da valutare ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c.). Come spesso capita nel diritto delle operazioni bancarie il problema, in definitiva, rinvia a dinamiche proprie di *compliance*.

In effetti, l'eventuale mantenimento nel corpo contrattuale delle clausole in questione – pur dopo il provvedimento di anticoncorrenzialità assunto dall'Autorità – sembra denotare un giudizio, da parte della banca interessata, di compiuta irrinunciabilità delle stesse per la costruzione di una garanzia fideiussoria utilizzabile nel contesto del servizio imprenditoriale del credito.

#### 9. (Segue). *La posizione del fideiussore*

A più livelli di censura si espone, d'altra parte, pure il ragionamento che le Sezioni Unite effettuano per affermare che, almeno in linea di massima, i presupposti di propagazione della nullità non ricorrono nemmeno dal lato del fideiussore (la relativa stringa è stata riportata sopra, nell'ultimo capoverso del n. 7.1).

Il primo (e più di superficie) livello di critica attiene alla consecuzione – come in sé stessa, in quanto tale assunta – secondo cui il fideiussore, essendo normalmente «legato al debitore principale», risulta allora portatore di un «interesse economico al finanziamento bancario», con la conseguenza che «avrebbe prestato in ogni caso la garanzia».

Nel suo svolgimento, la sequenza trascura – mi pare – che il legame corrente tra debitore principale e fideiussore ben può rispondere, nel caso, a un interesse non economico del fideiussore: per fare un esempio, la stessa



equiparazione dell'interesse del «socio d'affari» e del «parente», che pure le Sezioni Unite ritengono di promuovere, non trova riscontro nella realtà materiale. D'altra parte, non sempre l'interesse economico del fideiussore al finanziamento del debitore principale raggiunge il livello di quello del «socio d'affari»; se si preferisce, più sono le misure e i livelli della compartecipazione in affari<sup>31</sup>. Nemmeno è detto che l'interesse economico del garante al finanziamento del debitore principale spinga, sempre e comunque, sino al punto di fargli accettare qualunque – e gravatoria – assunzione di garanzia personale.

9.2. Nel caso di specie – rilevano però le Sezioni Unite – la caducazione delle clausole anticoncorrenziali giova al fideiussore, perché la sua posizione si trova così «alleggerita».

È da chiedersi, per la verità, cosa c'entri una simile valutazione con il giudizio di eventuale essenzialità della clausola nulla di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. In effetti, tale giudizio concerne il rapporto (di essenzialità o di accessorietà o indifferenza) tra una parte del contratto e il suo tutto. Esso, pertanto, non attiene alla preferibilità, per uno dei contraenti, della clausola nulla o del regime sostitutivo di legge: il confronto è tra lati diversi<sup>32</sup>.

A parte questo, pure è da notare come il giudizio di essenzialità di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. supponga che la clausola – giudicata nulla e della cui importanza di contesto si viene a discorrere – sia stata nel suo particolare propriamente voluta dalle parti contraenti. La fattispecie proposta alle Sezioni Unite è rappresentata, però, da un caso di contratto predisposto *ex art.* 1341 c.c.

Nel quale, di conseguenza, il fideiussore si limita ad aderire al modello che gli viene proposto dalla banca, senza venire a discutere le singole clausole che

---

<sup>31</sup> Sui diversi gradi e tipi d'«interesse economico» che, nel concreto, possono intercorrere tra debitore principale e garante v. di recente U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, 702 ss.

L'assunto, secondo cui la sussistenza di un rapporto di parentela (o anche di coniugio) fonda *ex se* una comunanza di interesse economico, sembra riflettere, a me pare, uno spaccato sociale, se non proprio di base rurale, comunque ormai superato.

<sup>32</sup> In altri termini, le Sezioni Unite operano un confronto tra il regime dato dalle clausole nulle e il regime *ex lege*, che segue alla rilevazione della loro nullità. Quasi si trattasse, insomma, di una situazione riconducibile al comma 2 dell'art. 1419 c.c.: dove, però, la legge positivamente esclude, per l'appunto, lo svolgimento di un qualunque giudizio di eventuale estensione del vizio.

lo compongono e a farle «oggetto di trattativa individuale»<sup>33</sup>. Come si è soliti dire in situazioni del genere, qui lo spazio di volontà decisionale riconoscibile al contraente fideiussore si risolve nella secca alternativa tra il «prendere» o il «lasciare» l'operazione.

Ne discende, a me pare, che il giudizio di essenzialità *ex art.* 1419, comma 1, c.c. non può comunque essere impostato – per l'aderente fideiussore – nei termini di una valutazione interna al contratto che contiene la clausola (tra una parte del contratto e il suo tutto). Nel caso, un simile giudizio non può svolgersi che rispetto ad alternative esterne: rispetto ad altri modelli conformanti lo stesso genere di operazione, cioè.

9.3. Perché un simile confronto possa effettivamente svolgersi e abbia senso, tuttavia, occorre che questi altri modelli presentino condizioni diverse da quelle del modello contrattuale di cui si discute in giudizio. Nel concreto che non contengano le clausole di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza.

Il che, tuttavia, nell'ipotesi, che è stata esaminata dalle Sezioni Unite, non si dà. Come è stato puntualmente osservato, la norma dell'art. 1419, comma 1, c.c. «costringe a impostare il ragionamento partendo dal mercato che esisteva al momento della conclusione del contratto *de quo*. Quello che però succede nei casi di cui ci stiamo occupando è che il mercato esistente al momento della conclusione del contratto è un mercato falsato dalla illecita limitazione della concorrenza»<sup>34</sup>.

In effetti, in un simile contesto – va ribadito – il mercato si connota proprio per il fatto di non offrire alla domanda una gamma differenziata di opzioni alternative. In un contesto deprivato dalla libertà di scelta un'indagine d'ipotetica volontà del fideiussore non ha senso, posto che in ogni caso fingerebbe quanto in quella situazione non concretamente possibile<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Tant'è che la norma del comma 1 dell'art. 1341 c.c. nemmeno richiede la presenza di un consenso dell'aderente sulle singole clausole, accontentandosi di una semplice conoscibilità, condotta secondo la linea dell'ordinaria diligenza.

Il semplice confronto tra il disposto dell'art. 34, comma 4, cod. consumo e quello dell'art. 1341, comma 2, c.c. evidenzia, poi, la funzione meramente informativa (non certo di compartecipazione) del requisito della «sottoscrizione specifica».

<sup>34</sup> F. DENOZZA, *op. cit.*, 414.

<sup>35</sup> Sì che la stessa possibilità di identificare un danno da «perdita di *chance*» (sopra, nota 22) sconta, pur se determinato in via equitativa, larghi margini di arbitrarietà.

10. *Nullità totale e stabilità dell'intermediario. Il problema della decadenza del debitore principale dal beneficio del termine*

Sin qui, nei suoi termini motivazionali primi, la pronuncia delle Sezioni Unite.

Non è forse da escludere, tuttavia, che, al di là delle ragioni così manifestate, alla decisione possa avere concorso – quale sostanziale *arrière pensée* – anche un diverso fattore: si ricordi, in proposito, che la questione, concretamente presentata dal ricorso, si esauriva nella problematica relativa alla nullità delle clausole, escluso ogni riflesso del tema della propagazione (cfr. sopra, la nota 3). Quello, in particolare, rappresentato dal «timore» degli «effetti sistemici» che un'eventuale decisione positivamente (orientata o comunque) leggibile nel verso della nullità totale avrebbe potuto produrre.

Nei fatti, per la verità, la soluzione della nullità parziale ha un impatto significativo sull'operatività delle imprese bancarie: la nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. portando, nel caso di comportamento leggero del creditore, all'estinzione della fideiussione; quella della clausola di c.d. sopravvivenza e della clausola di reviviscenza riducendo in modo corrispondente l'ambito operativo della garanzia. All'evidenza nulla di comparabile, però, con l'incidenza che avrebbe avuto un arresto delle Sezioni Unite con vettore direzionato verso la compiuta nullità della garanzia.

D'altra parte, in letteratura non si è certo mancato di mettere in risalto gli «effetti rovinosi»<sup>36</sup> che comporterebbe, nel diritto applicato, un'applicazione diffusa, a tutto campo, della nullità dell'intera garanzia. Prima di tutto, in punto di recupero del credito erogato e in punto di obblighi restitutori di quanto eventualmente pagato dal fideiussore: in termini di stabilità degli intermediari, quindi. Così riprendendo un genere di rilievi che, nel contesto della nostra letteratura, risulta assai di frequente (se non sempre) addotto di fronte al rischio del verificarsi di vicende giudiziali «perturbative» delle autodeterminazioni e prassi delle imprese bancarie.

10.2. A me non pare, per la verità, che l'argomento appena riferito possa essere portato – esplicitato o meno che sia – per dirigere sulla linea della nullità parziale la qualità del rimedio reale da adottare nei confronti delle operazioni realizzatane di intese vietate perché anticoncorrenziali.

In effetti, un argomento del genere – come imperniato sulla salvaguardia della stabilità dell'intermediario – nella specie qui in esame viene, come si dice, a provare troppo.

---

<sup>36</sup> La formula è tratta da M. RENNA, *op. cit.*, 587 (ivi pure dei primi riferimenti bibliografici).

Ferma l'esigenza di rimedi negoziali di tipo reale rispetto alla detta fattispecie (cfr. sopra, i numeri da 4 a 6), esso viene sostanzialmente a erigere le imprese, e così le loro prassi operative, ad arbitre della materia: la maggior disapplicazione del precetto imposto dalla legge paradossalmente portando, in specie, una minor disponibilità di applicazione della struttura rimediale. E così l'argomento viene ad avallare – a ben vedere, a incentivare – proprio i comportamenti intesi a violare il precetto.

Nei fatti, il problema connesso alla stabilità dell'intermediario si lega, in realtà, ai tempi di reazione dell'ordinamento (nell'accertamento amministrativo delle intese vietate perché anticoncorrenziali<sup>37</sup>), come pure a quelli del conseguente adeguamento da parte dell'intermediario. Per non parlare, qui, delle decisioni d'impresa prese a monte: che pur dovrebbero orientare le conseguenti prassi operative nel senso del rispetto del precetto primario fissato dalla legge.

10.3. In ogni caso, di fronte al pronunciamento emesso delle Sezioni Unite, l'eventualità di effetti potenzialmente «rovinosi» sotto il profilo economico si apre rispetto a un altro angolo della materia.

Con riguardo ai rapporti di credito tuttora in essere è ben possibile, in effetti, che – riscontrato il vuoto di copertura circa il comportamento non corretto del creditore (cfr. sopra, n. 8.3.), che le tre clausole di accertata nullità avrebbero per contro inteso assicurare – degli intermediari ritengano non più sufficiente la protezione in essere e, di conseguenza, dichiarino la decadenza del debitore principale dal beneficio del termine per causa di «riduzione» della garanzia (*ex art. 1186 c.c. o apposita ed estensiva clausola contrattuale*)<sup>38</sup>; o che comunque pretendano, per evitare tale passaggio, delle nuove e aggiuntive garanzie<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Secondo un certo filone di pensiero – è da registrare pure – sarebbero da incentivare, in materia, le «forme di tutela preventiva delle rispettive posizioni realizzate da ABI e le Associazioni dei consumatori, negoziando previamente le NUB, con intese che vengono poi sottoposte al vaglio preventivo di compatibilità con la disciplina antitrust» (così F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, *op. cit.*, 526).

<sup>38</sup> Per sua natura più sfuggente il caso di recesso dell'intermediario dall'apertura di credito a tempo indeterminato. Che tuttavia rimane comunque da verificare nella sua specifica concretezza: quanto meno, in relazione all'emersione di un comportamento chiaramente ritorsivo da parte di questi (cfr. *infra*, nel testo).

<sup>39</sup> Ancora più, com'è del resto evidente, una simile eventualità si configura nell'ipotesi in cui si addivenga (per una o per altra ragione) alla dichiarazione di nullità totale. Non meno evidente, tuttavia, è pure che tra le due ipotesi non corre solo una differenza di quantità. Nella specie, la nullità parziale, nel «ridurre» la garanzia, la depura dalla copertura di comportamenti scorrenti da parte del creditore; per contro,

Ora, per la verità un simile atteggiamento sembra dimostrare in modo palmare (con presunzione in sé stessa risolutiva cioè), che quell'intermediario stima non rinunciabile, pure ai fini del giudizio di cui all'art. 1419 comma 1 c.c., la presenza delle clausole in questione nel modello di garanzia personale che a suo tempo predispose. Non è affatto detto, tuttavia, che una constatazione di tale genere trattenga, nel concreto, l'intermediario dalla relativa azione.

Data questa situazione, non mi pare dubbio, comunque, che l'effettivo compimento di questa azione – l'emissione, cioè, della dichiarazione di decadenza dal termine – vada a rimbalzare in modo negativo sul mercato (nel senso che contrae lo spazio operativo della domanda di credito), così ponendosi in diretta contraddizione con le finalità al cui perseguimento è intesa la normativa antitrust. Come pure sembra difficile rifuggire dall'idea che, emessa nell'occasione<sup>40</sup>, una simile dichiarazione possedga spirito ritorsivo e, come tale, venga paralizzata da una *exceptio doli generalis*.

Ancor prima, peraltro, è da notare che la decadenza del debitore dal termine, che risulta prefigurata nell'art. 1186 c.c., rimonta a circostanze che, sia pur in modo diverso, fanno comunque riferimento alla sfera del debitore; e lo stesso non può non avvenire per le clausole convenzionali che, disponendo la decadenza, prendono tratto e giustificazione sostanziale da questa norma del codice. La «riduzione» della garanzia per violazione della normativa antitrust non segue, però, a fatti attinenti alla sfera del debitore; nemmeno segue a fatti di forza maggiore o di caso fortuito. Segue, invece, a

---

la nullità totale, «eliminando» la garanzia, è vicenda idonea (peraltro, sotto condizione di puntuale verifica dei tratti conformativi delle singole fattispecie concrete) a incidere sulla valutazione del merito del debitore principale. Il distinguo, dunque, è nelle cose.

Ciò posto, anche nell'eventualità della nullità totale rimane tuttavia ferma, a me sembra, la rilevazione che il comportamento di chiusura del rapporto, che l'intermediario si risolve a tenere, si pone in antitesi con la funzione propria della normativa antitrust. Come non pare muti, al fondo, la valutazione di non riconducibilità del comportamento dell'intermediario alla prospettiva tracciata dalla norma dell'art. 1186 c.c., di cui pure si dice nel testo: comunque il comportamento causativo della situazione è compiuto dall'intermediario.

La vicenda va perciò orientata nel senso dell'equilibrata composizione dei divergenti interessi presenti. E per questo proposito la via maestra (o «naturale») appare essere quella della rinegoziazione del rapporto (di credito e di garanzia) sulla base del canone della buona fede oggettiva: in cambio del conseguimento di una garanzia, comunque (nuova e) ridimensionata nei suoi contorni perimetrali, l'intermediario potendo così concedere delle diverse – e significativamente migliori – condizioni di credito per il debitore principale.

<sup>40</sup> Quand'anche richiami, a mo' di sua «formale» giustificazione, fatti pregressi e significativamente tollerati, per il periodo precedente, dall'intermediario.

un fatto proprio del creditore: fatto che, in quanto tale, non può comunque essere ricondotto ai principi e regole legittimanti la decadenza.