

L'indagine ricostruttiva della volontà negoziale dei contraenti nelle fideiussioni "conspirative", tra difesa della *competition on the merits* nel mercato creditizio e libertà di scelta del consumatore finale.

di Gianpiero GAUDIOSI*

SOMMARIO: **1.** Le fideiussioni bancarie al vaglio del *private enforcement antitrust*: nuovi lampi di luce all'orizzonte? **2.** Agli albori di una mai sopita *querelle* giurisprudenziale: la scure di Palazzo Koch. **3.** Dal punto di vista del consumatore finale. La sentenza "apri-fila", Cass. civ. n. 29810/2017. **4.** *Segue*: riflessioni critiche attorno alle posizioni radicalmente demolitorie dei contratti "a valle". **5.** "In medio stat virtus"? Argomenti a supporto della nullità parziale. **6.** I rischi di *underdeterrence* sottesi ad una tutela "esclusivamente" riparatoria. **7.** Sul test "economico" di convenienza della fideiussione: timide prospettive *de iure condendo* dal Collegio di Coordinamento dell'A.B.F.

ABSTRACT: *The legal background of this paper dated back to 2005, when the Bank of Italy adopted the measure no. 55. Following the above step, the banking system has seen the development of a new dispute on the thorny subject of the possible nullity of the open-ended guarantee when it closely follows articles 2, 6, and 8 of ABI's model forms. Currently, the Court of Cassation and the Italian Banking and Financial Ombudsman (ABF) have dealt with the aforementioned matter, but there still remains a huge area of perplexity on the choice and application of civil remedies for consumer protection. Beyond the opposition of radical theories (respectively, focused on seeking redress or considering as completely null and void the so-called "downstream" contracts in application of the illicit upstream agreement), there are some isolated decisions which deserve new detailed examination, since they seem to have overruled the previous interpretation on art. 1419 c.c. (about the sanction of derived nullity).*

1. Le fideiussioni bancarie al vaglio del *private enforcement antitrust*: nuovi lampi di luce all'orizzonte?

* *Dottore in giurisprudenza presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma. Abilitato all'esercizio della professione forense; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013 presso il Tribunale Ordinario di Roma - settore Civile.*

Come constatato – senza timore alcuno di esporsi a smentite – dagli “addetti ai lavori” cimentatisi nella questione, il dialogo giurisprudenziale attorno alla sorte dei contratti “a valle” di intese restrittive della concorrenza e la sottesa ricerca degli assetti rimediali più congeniali alle esigenze di protezione del consumatore si mostrano, a tutt’oggi, ben lungi dal ricevere univoche soluzioni e risposte esaustive. Paradigmatico in tal senso è il noto caso pratico delle fideiussioni bancarie corredate da clausola *omnibus* e redatte in conformità allo schema predisposto dall’Associazione Bancaria Italiana (di seguito, A.B.I.). Trattasi di un fenomeno le cui profonde radici sono per lo più attecchite nella prassi operativa del mercato degli impieghi bancari e che, ciclicamente, torna in auge tra i commentatori offrendo interessanti occasioni di riflessione. La recuperata centralità del tema, questa volta, è da imputarsi alla recente pronuncia della Cass. civ. n. 4175/2020, oltre che ad una decisione resa nell’agosto dello scorso anno dal Collegio di Coordinamento dell’Arbitro Bancario Finanziario, di cui più approfonditamente si dirà *infra*. Malgrado l’autorevolezza degli immediati precedenti sembrasse aver dato avvio ad un rinnovato e uniforme corso esegetico, i divergenti approdi cui sono addivenute successivamente le Corti territoriali hanno tradito l’aspettativa coltivata da numerosi autori ed innescato una nuova ondata di contenzioso in materia. Abbandonata qualsivoglia pretesa di esaustività, nelle pagine che seguono si cercherà di mettere in luce i principali filoni argomentativi avvicendatisi sull’argomento, al crocevia di un dibattito che vede coinvolta tanto la normativa *antitrust* (a monte dell’analisi) quanto profili più strettamente civilistici involgenti, in particolare, la perimetrazione dell’area di intervento dei singoli rimedi negoziali.

2. Agli albori di una mai sopita *querelle* giurisprudenziale: la scure di Palazzo Koch.

È d’uopo fin d’ora far constatare che il contratto di fideiussione al centro della presente disamina assume caratteri di autentica peculiarità rispetto all’omologa garanzia concepita, in generale, dal codice civile agli artt. 1936 e ss., costituendo una sorta di proiezione negoziale di quest’ultima, a copertura dei singoli rapporti intercorrenti tra istituti bancari ed i relativi clienti. La prassi del mercato creditizio ha da sempre fatto registrare una considerevole propensione dei privati a ricorrere al detto schema contrattuale in ragione del biforcarsi degli effetti vantaggiosi dal medesimo prodotti tanto *ex latere debitoris*, prevenendo l’immobilizzazione di ricchezze tipicamente connaturata alle garanzie di tipo reale, quanto altresì *ex latere creditoris*, incentivando le

banche all'apertura di nuove linee di credito in favore di correntisti supportati esternamente ed altrimenti "non meritevoli". "Supporto" di cui il debitore principale – ove tra le pattuizioni è inserita la clausola *omnibus* – beneficia in relazione a qualunque obbligazione presente o futura, fino ad un importo massimo predefinito in sede di sottoscrizione, coerentemente con la *ratio* sottesa alle modifiche introdotte dalla legge n. 154/1992¹. L'utilizzo da parte del ceto bancario della cennata *species* contrattuale, annoverabile nel *genus* delle garanzie personali, trae la relativa legittimazione dagli artt. 1938 e 1956 c.c.². Essa ha cominciato a suscitare le attenzioni dei regolatori *antitrust* dopo che, nel 2002, successivamente ad un'intesa raggiunta con un folto gruppo di organizzazioni a tutela dei consumatori³, l'A.B.I. – in rappresentanza della quasi totalità degli operatori attivi nell'ambito dell'offerta dei servizi riconducibili al settore del risparmio gestito, dell'intermediazione in strumenti finanziari e degli strumenti di pagamento – definì e successivamente comunicò alla Banca d'Italia degli schemi contrattuali, ciascuno dei quali riferibile ad uno dei predetti settori e concernente la standardizzazione delle condizioni contrattuali in merito ai rapporti banca-cliente. Nell'occasione, Palazzo Koch – all'epoca investito delle funzioni di Garante della concorrenza – all'esito del parere espresso dall'Agcm⁴, ebbe a ritenere che, sebbene in via generale l'uniformità contrattuale non presupponga necessariamente un intento collusivo da parte dei produttori⁵, le condizioni generali di contratto fissate

¹ Recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", ispirate alla finalità di rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante.

² secondo il noto testo delle quali norme, rispettivamente, «*la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito*» ma, in caso di obbligazioni future, il garante è liberato se il creditore, pur senza la speciale autorizzazione del fideiussore, abbia concesso «*credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito*».

³ Che riuniva l'Associazione Consumatori Utenti (ACU), Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente (Adiconsum), Associazione per la Difesa e l'Orientamento dei Consumatori (ADOC), Associazione Nazionale Consumatori e Utenti (Federconsumatori), Cittadinanzattiva, Confederazione Generale dei Consumatori (Confconsumatori), Lega Consumatori - ACLI, Movimento Consumatori (MC), Movimento Difesa del Cittadino (MDC), Unione Nazionale dei Consumatori (UNC).

⁴ Richiesto conformemente a quanto stabilito ai sensi dell'abrogato art. 20, co. 3, l. n. 287/90 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

⁵ Palesandosi anzi quale fenomeno da valutarsi positivamente «*se favorisce il confronto e agevola il consumatore nella scelta dell'impresa che offre le condizioni economiche più vantaggiose*», non risultando incompatibile d'altronde con una situazione concorrenziale «*nella misura in cui produce una riduzione dei costi di ricerca e di sostituzione della banca da parte della clientela, della quale accresce la mobilità*» (cfr. Provvedimento Banca d'Italia n. 236/A

relativamente allo schema delle “fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie” acquisissero rilievo in una prospettiva *antitrust* e che – in quanto deliberazione di un’associazione di imprese⁶ – fossero perciò da ricondursi nell’alveo di applicazione del divieto tratteggiato dall’art. 2, co. 2, lett. a), l. n. 287/90⁷, sostanziandosi in un’intesa orizzontale all’intero sistema bancario⁸. In particolare, l’esame istruttorio e le connesse censure mosse dalla Banca d’Italia si appuntarono in ordine a tre clausole accomunate dalla previsione, a carico del fideiussore, di oneri aggiuntivi e diversi rispetto a quelli derivanti dalla disciplina ordinaria⁹. Sicché, con provvedimento n. 55 del 2005, l’Autorità di vigilanza bancaria reputò la previsione di siffatte clausole, difformemente da altre pur contenute nel medesimo schema contrattuale¹⁰, non coerente con

dell’8 novembre 2003). Su posizioni analoghe è parsa attestarsi anche l’omologa Autorità tedesca (Bundeskartellamt) la quale faceva osservare che «*la standardizzazione contrattuale, pur essendo in via generale una limitazione della libertà contrattuale delle banche nei confronti della clientela, non (fosse) contraria alla legge antitrust in relazione al legittimo interesse delle banche a razionalizzare i rapporti giuridici di massa, al miglioramento della tutela del cliente nei confronti della banca e all’assenza di riflessi sulle condizioni economiche applicate alla clientela*» (v. Provvedimento Banca d’Italia n. 55 del 2 maggio 2005).

⁶ Sotto la cui denominazione deve ricondursi l’A.B.I.

⁷ Il quale fa divieto delle «*intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali*», quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati

⁸ «*avente a oggetto la fissazione di condizioni contrattuali uniformi peggiorative per la clientela rispetto a quelle applicabili sulla base della normativa prevista in via generale dal codice civile per l’omonimo contratto di garanzia non bancaria*», in tal senso si veda il parere reso dall’Agcm pubblicato nel bollettino n. 45 del 24 novembre 2003, pag. 8.

⁹ Nello specifico, si fa riferimento alle clausole cc.dd. “di reviviscenza”, “di sopravvivenza” e a quella di “rinuncia al termine di decadenza di cui all’art. 1957 c.c.”. In merito alla prima, l’art. 2 dello schema A.B.I. dichiarava il fideiussore tenuto «*a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*»; l’art. 8, di converso, sanciva l’insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che «*qualora le obbligazioni garantite (fossero state, n.d.r.) dichiarate invalide, la fideiussione (avrebbe) comunque (garantito) l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*»; da ultimo, la terza clausola incriminata era contenuta all’art. 6 del citato schema e prevedeva che «*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione (restassero) integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa (fosse) tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall’articolo 1957 cod. civ., che si intende derogato*».

¹⁰ In questo senso, non si riteneva ad esempio privo di giustificazione «*l’onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola ‘a prima richiesta’*», in quanto funzionale a garantire l’accesso al credito bancario.

l'esigenza di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, avendo quale scopo precipuo unicamente quello di «*addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa*» e ritenne che le stesse, configurando un'illecita restrizione del mercato concorrenziale, cadessero perciò sotto la scure della nullità.

3. Dal punto di vista del consumatore finale. La sentenza "apri-fila", Cass. civ. n. 29810/2017.

Una volta esaurite siffatte premesse metodologiche, giova soffermarsi sull'aspetto che maggiormente riflette il "core" della presente analisi e ossia il tema delle ripercussioni negoziali innescate dal constatato scenario distorsivo del contraddittorio economico. La sentenza di legittimità inaugurale del filone in tema di fideiussioni bancarie riproductive delle clausole "incriminate" è la n. 29810/2017, sopraggiunta a distanza di oltre dieci anni dal provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia. Il *dictum* del Collegio merita di essere segnalato in quanto – oltre che teorizzare l'estensione *ratione temporis* dell'efficacia invalidante dei divieti *antitrust* ai contratti conclusi prima del 2005¹¹ – consolida le fila dei precedenti¹² con cui la Cassazione aveva già in passato riconosciuto all'accertamento condotto dall'Autorità di concorrenza valore di "prova privilegiata" nell'ambito dei giudizi civili intrapresi dai consumatori, in ragione della sua «*elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare*

¹¹ Riproducendo un ragionamento simile a quello già svolto in passato, la Cassazione ha attribuito rilevanza agli illeciti *de quibus* – per quanto generati anteriormente all'emanazione della legge del 1990 – sulla scorta del principio di diritto in base a cui «*quanto ai rapporti ancora in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 287/90, non si renda di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità ad essi della disciplina in questione il profilo per cui il fatto (di natura in sé negoziale) generatore del singolo rapporto (ad esempio, una convenzione fra imprese) si fosse, alla suddetta data, già realizzato; ed infatti, ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge, rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza*» (punto 11.7).

¹² Sotto questo profilo, assume un ruolo antesignano la pronuncia della Cass. n. 2305 del 2 febbraio 2007 che, per prima, militò in favore della tesi della c.d. "prova privilegiata"; nello specifico, i giudici – in riferimento al contenzioso in materia di polizze Rc auto scaturito dai danni provocati da Fondiaria Sai ai propri assicurati – osservarono che da parte del danneggiato sarebbe stato sufficiente «*allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività)*».

*loro un danno»*¹³. La soluzione in commento – oggi avallata in maniera pressoché unanime in via pretoria – non è certo scevra di implicazioni in un’ottica consumeristica, atteso che tanto più ampia è la portata dell’inferenza presuntiva che si riconosce alle decisioni assunte dall’Autorità *antitrust*, tanto meno gravose risulteranno le incombenze probatorie gravanti sul danneggiato in merito all’accertamento della violazione¹⁴. A ben vedere, però, la questione relativa alla fase patologica dei contratti di fideiussione è qui soltanto “lambita” dai giudici di Piazza Cavour, i quali – in un passaggio conclusivo della motivazione – hanno affermato in maniera apodittica che «*l’illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso ‘a valle’, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia*», senza chiarire alcunché in merito alla portata (totale o parziale) del rimedio demolitorio¹⁵. Alla stregua di quanto visto, può lecitamente asseverarsi che il carattere scarno ed estremamente vago delle riportate osservazioni da un lato abbia destituito l’emarginata sentenza di qualsivoglia valenza chiarificatrice e,

¹³ Il riferimento che fanno gli Ermellini è alla sentenza di Cass., Sez. I, n. 11904 del 2014 con cui si era detto che la natura di “prova rinforzata” che le decisioni dell’Autorità indipendente assumono nell’ambito del procedimento civile non violasse il principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, in ordine al fatto che «*dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità (...), nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo*».

¹⁴ Il discorso relativo al valore probatorio riconosciuto in sede civilistica dalla giurisprudenza di Cassazione alle azioni di *private enforcement* di tipo *follow-on* – in contrapposizione alle controversie di tipo *stand-alone*, così denominate in quanto introdotte in assenza del preventivo accertamento esperito dall’AGCM o dalla Commissione europea – è dettagliatamente sviluppato nelle pagine del contributo redatto a cura di A.P. MASSARO, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fideiussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI* in *Riv. Dir. Banc.*, 2020 pp. 264 ss.; l’A. fa osservare come la tesi propensa a riconoscerne la natura di prova rafforzata abbia fatto registrare un largo riscontro tra gli Ermellini in considerazione del fatto che «*nel contesto normativo italiano, fino alla trasposizione della direttiva 104/2014 tramite il d.lgs. 3/2017, non vigevano disposizioni volte a regolare il profilo dell’efficacia delle decisioni dell’AGCM*». In una prospettiva comparatistica detta soluzione, “*sebbene per certi aspetti timida*”, è sembrata essere modellata sulla scorta dell’esperienza tedesca del GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) che riconosce un’efficacia vincolante alle decisioni prese dal *Bundeskartellamt*.

¹⁵ Per tale lettura propende Libertini che – sebbene ammetta che dalla sentenza in parola residuino ampi margini di dubbio circa l’applicabilità ai contratti a valle del 1419 c.c. sulla nullità parziale – non ritiene condivisibile l’assunto per cui la pronuncia affronti la problematica solamente in un *obiter dictum*. Sul punto si rinvia all’accurata ricostruzione della più recente giurisprudenza in materia offerta da M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti ‘a valle’*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia in *NGCC II*, 2020, pp. 380 ss.

da un altro, ha finito per produrre un inevitabile effetto moltiplicatore delle controversie *in subiecta materia*.

4. *Segue*: riflessioni critiche attorno alle posizioni radicalmente demolitorie dei contratti "a valle".

Se la soluzione affrettatamente coniata nel 2017, come visto, è sembrata "affidare" *in toto* al lettore il compito nient'affatto agevole di disambiguare il tenore della formula oltremodo generica secondo cui la nullità dell'intesa a monte "non può che travolgere" il contratto a valle, gli *arrêts* resi in sede di legittimità negli anni immediatamente successivi hanno comunque lasciato parzialmente irrisolti i dubbi già residuati in passato, ingenerando un comprensibile disorientamento tra le Corti di merito. Nel tentativo di mettere ordine all'interno della moltitudine di posizioni emerse in giurisprudenza è inevitabile render conto del gioco di equilibri sotteso alla contrapposizione tra i bisogni di tutela del consumatore finale – concepito quale soggetto che «*subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte*»¹⁶ – e la necessità di disincentivare il ricorso a pratiche anticoncorrenziali, in linea con gli obiettivi di difesa e promozione di un mercato basato su una reale ed effettiva *competition on the merits*. È evidente che la costante ricerca di un siffatto bilanciamento contribuisce a spiegare la disomogeneità tra i rimedi ipotizzati dai giudici attingendo dall'arsenale del diritto contrattuale. In proposito, seguendo un ordine decrescente, si partirà con l'illustrare le tesi a supporto della nullità assoluta delle fideiussioni bancarie conformi al modello A.B.I.. Questa soluzione è stata variamente pensata. Anzitutto, optano a favore della concezione radicalmente demolitoria della garanzia, tra gli altri, quanti ritengono che l'invalidità delle singole clausole riproduttive dell'intesa illecita si riverberi sull'intero contratto. L'approccio in esame poggia sulle argomentazioni sviluppate a partire dalla previsione contenuta nell'art. 1419, co. 1, c.c., a mente del quale, come risaputo, la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto «*se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*». L'anzidetta disposizione implica perciò una verifica controfattuale basata sul seguente ragionamento: nell'ipotesi in cui – espunte le clausole affette dalla patologia invalidante – dovesse venir meno l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti dalle parti contraenti, di guisa che le stesse non sarebbero egualmente addivenute alla

¹⁶ In tal senso, Cass. civ., III sez., ord. 19 febbraio 2020, n. 4175.

sua conclusione, dovrà allora ritenersi caducato l'intero titolo negoziale. La norma riposa sul principio di conservazione del contratto (*utile per inutile non vitiatur*), che configura la regola nel sistema del codice civile¹⁷. In considerazione di ciò, spetta alla parte che abbia interesse ad eccepirne la nullità totale fornire prova dell'interdipendenza esistente tra la parte contrattualmente viziata e l'intero contratto o, per dirla in altri termini, su di essa incombe l'onere di dimostrare che le clausole *de quibus* abbiano assunto un rilievo essenziale nell'economia complessiva del negozio di fideiussione, sì da integrarne una *condicio sine qua non*¹⁸. Un simile procedimento argomentativo appare tuttavia eccessivamente riduttivo. Difatti, nell'accesso confronto che vede contrapporsi il riferito principio di conservazione a quello di autonomia delle parti contraenti, gli antitetici risultati cui può condurre sul piano pratico il "test economico" sulla convenienza della fideiussione¹⁹ sono inevitabilmente condizionati dal concreto atteggiarsi dell'indagine ricostruttiva della volontà negoziale dei paciscendi. In tal senso, assume rilievo dirimente la scelta di propendere per una ricostruzione della medesima volontà in termini effettivi o puramente ipotetici nonché quella di contestualizzarla in rapporto alla fase conclusiva del contratto, epurato delle clausole maggiormente sfavorevoli per il consumatore, ovvero proiettarla, attualizzandola, al momento in cui la controversia avente ad oggetto il credito garantito da polizza fideiussoria si trovi *sub iudice*. Sul tema si tornerà più dettagliatamente *infra*, nel riferire degli importanti risultati interpretativi cui è giunto il Collegio di Coordinamento dell'A.B.F. Tra le ulteriori motivazioni addotte dai fautori dell'orientamento testé citato tipicamente risaltano quelle per cui gli effetti prodotti dalle intese anticompetitive andrebbero inquadrati nella prospettiva di una fattispecie, *lato sensu*, a formazione progressiva²⁰, nel cui ambito «/

¹⁷ Ai fini di una ricognizione in materia di nullità codicistiche decisamente più ampia e dettagliata, si rinvia al manuale di R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, 2018, CEDAM, pp. 943 ss.

¹⁸ Come più volte ribadito dal Consesso nomofilattico in tema di estensione degli effetti della nullità all'intero contratto: "...la parte interessata (è) all'uopo tenuta a dimostrare che la clausola colpita da nullità non ha esistenza autonoma, ma è in correlazione inscindibile con il resto" cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2314; Cass. civ., Sez. lavoro, 16 novembre 1996, n. 10050; Cass. civ. Sez. lavoro, 26 giugno 1987, n. 5675.

¹⁹ Espressione ripresa da F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi* in *NGCC*, II, 2020, p. 413.

²⁰ La fattispecie negoziale, così inquadrata, sembrerebbe riprendere la figura del *Ausführungsverträge*, di derivazione tedesca, costruito in termini di accordo rafforzativo dell'intesa principale, concluso fra le parti del contratto "a monte" e sanzionato con la nullità in quanto partecipa, costituendone la puntuale esecuzione pattuita su base convenzionale, della

*contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti», configurandosi quale parte integrante e fase che «oltre ad estrinsecarla, la attua»²¹ e integrando così una sorta di invalidità di secondo grado. Opinare nel senso che il contratto finale tra imprenditore ed utente partecipi direttamente ed inscindibilmente della illiceità della concertazione tra imprese bancarie equivale a ricondurre il singolo contratto, mediante cui sono imposte al debitore condizioni ingiuste e svantaggiose²², al di fuori della zona d'ombra della legge di settore n. 287/90, la cui *ratio* risponderebbe così non più soltanto all'esigenza di assicurare la libertà di iniziativa economica, sancita all'art. 41 Cost., ma varrebbe altresì a soddisfare le ragioni del contraente debole del rapporto negoziale²³. Alle medesime conclusioni giungono ulteriori giudizi di merito nei quali la nullità (c.d. virtuale) dell'intero contratto ha trovato giustificazione nella previsione delineata dall'art. 1418, co. 1, c.c., invocando la contrarietà della polizza fideiussoria all'art. 2 (se non addirittura all'art. 101 T.F.U.E.), quali norme aventi carattere imperativo e, come tali, poste a tutela di interessi generali²⁴. Una possibile alternativa argomentativa è*

medesima natura del progetto anticompetitivo. In tema, E. CAPOBIANCO, *I Contratti Bancari*, Assago UTET Giuridica, 2016. Tali accordi sono da leggersi in contrapposizione rispetto al *Folgeverträge*. La distinzione tra i due schemi negoziali tuttavia non è nitida ed è stata oggetto di critiche in dottrina. Perplessità sono state manifestate da F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 410 e dallo stesso LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 388-389.

²¹ Si v. a questo proposito Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 cui si richiama, in senso adesivo, la sopra citata sentenza della Cass. n. 29810/2017 (punto 9.1.). Prendendo le mosse dal riferimento ivi contenuto, taluni autori hanno ritenuto potersi desumere un indice sintomatico del fatto che la pronuncia del 2017 abbia in realtà accolto la tesi della nullità assoluta dei singoli momenti negoziali attuativi dell'intesa "a monte". *Contra*, LIBERTINI, *op. cit.*, p. 381.

²² Dal momento che questi vede leso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, sostituita con una scelta (soltanto) apparente, così Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

²³ Sono inclini ad avallare una siffatta impostazione gli interpreti che rinvergono un possibile appiglio testuale nel medesimo dettato dell'art. 2 rubricato "intese restrittive della libertà di concorrenza" che, al comma 3, dispone la nullità "ad ogni effetto" delle intese vietate, riproducendo fedelmente una formula adoperata nel sistema francese per indicare il massimo grado dell'invalidità. Cfr., al riguardo, M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi in NGCC*, II, 2020, pp. 415 ss. Tra le più recenti pronunce, Trib. Terni, 20 novembre 2020 in *Il Caso.it*, ove si legge che l'art. 2 cit. «non riguarda esclusivamente il negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma si estende a tutta la più complessiva situazione anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo alla concorrenza». Conformemente, Trib. Pesaro sentenza n. 219/2019.

²⁴ In termini, Corte d'Appello Bari, Sez. II, 19 maggio 2020: «l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, è quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono, in quanto la diversa soluzione, che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli

enucleabile dal testo di pronunce²⁵ con le quali si ipotizza la ricorrenza della variante “di protezione” posta, come noto, in rapporto di specialità rispetto alla figura demolitoria classica in quanto presidia gli interessi settoriali e specifici del soggetto economicamente debole all’interno del rapporto negoziale e dunque, per definizione, a legittimazione relativa. Questa suggestiva modalità della nullità andrebbe a sopperire al paradosso – avvertito da taluni commentatori – di rendere azionabile, in caso contrario, la sanzione di nullità da parte di chiunque vi abbia interesse e perciò anche dallo stesso autore dell’illecito²⁶. Infine, si orientano nel senso di concedere spazio alla praticabilità del rimedio invalidatorio, concepito nella sua massima estensione, anche quanti fanno leva sulla invalidità c.d. endogena del contratto “a valle”, questa volta per illiceità della causa²⁷ od ancora valorizzando l’esistenza tra l’intesa restrittiva e il contratto di fideiussione bancaria di un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile. A ben vedere, le richiamate valutazioni si sono rivelate piuttosto deboli sul piano tecnico-giuridico e perciò “preda” di facili confutazioni. Degno di nota, in tal senso, è il contributo di merito fornito dal Tribunale di Treviso in data 30 luglio 2018, il quale compendia i principali *puncta dolentia* delle tesi a favore alla propagazione della nullità all’intero negozio e che qui, pertanto, si intende riproporre integralmente. Anzitutto, a proposito dell’addotta esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza con l’intesa a monte, osserva il giudice trevigiano che il dedotto legame «*non sembra invece riscontrarsi con riguardo alla normale dinamica della contrattazione individuale in cui, al contrario, le*

partecipanti), ma lasci sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa stessa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati "a valle", diviene sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust». Con un ragionamento simile, A.B.F. Milano, decisione n. 16558 del 4 luglio 2019: «*non sembra dubbio che l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sia quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono».*

²⁵ In questo senso, *inter alia*, Trib. Siena 14 maggio 2019 in *Il caso.it*: la nullità delle intese a monte «*non può che travolgere l'intero contratto fideiussorio, trattandosi di una vera e propria nullità di protezione».*

²⁶ Così, DENOZZA, *op. cit.*, pp. 406-407, il quale nel mettere in luce la problematica insita nel ricorso al rimedio demolitorio classico, identificandola nella legittimazione assoluta, richiama, a titolo di esempio gli effetti paradossali che comporterebbe in ipotesi di c.d. *predatory pricing* «*la possibilità per l'impresa che ha praticato prezzi sottocosto di caducare tutti i contratti vantaggiosi per i consumatori che ha concluso con costoro».*

²⁷ Così, già L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. bancamer. fin.*, 1997, I, pp. 428 ss.

intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia». Del pari, ad avviso del giudice di prime cure, andrebbe esclusa l'invocabilità della soluzione radicalmente demolitoria, da taluni, ascrivibile ai "vizi propri" del contratto di fideiussione bancaria. Per quanto riguarda l'asserito difetto di liceità della causa, anche a voler ammettere «...*che l'imprenditore perseguisse, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere»*, ragion per cui – potendosi individuare soltanto il motivo illecito dell'imprenditore «*che giammai potrebbe ritenersi comune e condiviso dall'altro contraente»* – al più potrebbe venire in rilievo il motivo illecito di un solo contraente, irrilevante a norma dell'art. 1345 c.c.. Parallelamente, la pronuncia *de quo* "smonta" anche l'impianto motivazionale che sorregge l'ulteriore eccezione di nullità "diretta" e fondata sulla violazione della norma imperativa di cui all'art. 2, facendo notare come – affinché possa trovare applicazione l'eccepita sanzione di nullità – occorre in ogni caso «*una situazione di oggettiva incompatibilità tra il precetto posto dalla disposizione antimonopolistica e la regola negoziale contenuta nei contratti a valle dell'intesa*»; situazione, questa, che non si verifica «*nella fattispecie normativa in esame, in quanto la proibizione dettata dalla legge antitrust non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali, ma un comportamento che si pone a monte di questi*». Non si esauriscono qui le obiezioni mosse avverso il percorso ermeneutico scandagliato da quanti propendono per la caducazione del contratto *ex* 1418, co. 1, c.c.. Un ragionamento comunemente speso per escludere l'invalidità totale dell'atto negoziale eventualmente violativo di norme che impongono o precludono alle parti taluni comportamenti si rifà al principio della non interferenza tra regole di comportamento²⁸ e regole di validità degli atti²⁹. Non convince nemmeno la tesi del collegamento negoziale in senso

²⁸ Anche denominate regole di correttezza, la cui violazione giustificerebbe al più l'attivazione di rimedi risarcitori. In tal senso, la celebre Cass., Sez. Un. Civ., 19 dicembre 2007, n. 26725 (quanto alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo).

²⁹ A tale principio si richiama, *inter alia*, la recente sentenza del Trib. di Busto Arsizio, 26 maggio 2020. *Contra*, A.B.F. Milano decisione del 4 luglio 2019, citata, contenente una critica

tecnico. Sul punto, giova rammentare che – affinché la fattispecie contrattuale possa assumere rilievo unitario – è necessario il ricorrere tanto dell'elemento oggettivo, identificabile nella omogenea proiezione teleologico-funzionale dell'intera dinamica negoziale, quanto di un elemento soggettivo, da rintracciarsi nel 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 gli stessi per la realizzazione di un fine ulteriore³⁰. Soltanto in tali casi può trovare applicazione il principio sintetizzato nel noto brocardo latino *simul stabunt simul cadent*. Il caso di specie appare invece carente dei requisiti anzidetti, dal momento che i due negozi, ipoteticamente collegati tra loro, non sono avvinti da un assetto economico globale ed unitario, né tantomeno sembrerebbe possibile ravvisare una consapevole e fattiva adesione del consumatore, quale ultimo anello della filiera produttiva, «*all'accordo che lo pregiudicherebbe*»³¹. Mette conto rilevare, dappoi, che anche la giurisprudenza che fiancheggia la tesi della nullità di protezione³² si palesa in realtà incline ad errori e vizi logici³³. Conclusivamente, in uno alle critiche sin qui addotte, non

all'argomento che vorrebbe escludere la nullità invocando il principio della "non interferenza", che l'Arbitro giudica del tutto formalistico. Il Collegio, per un verso, dubita della tenuta dogmatica della distinzione tra le due cennate categorie di norme imperative, che ritiene peraltro ormai essere "*in via di dissolvimento*"; per un altro verso, contesta giacché "*del tutto insoddisfacente*" la stessa qualificazione delle norme *antitrust* come semplici norme di comportamento. Di contro, è incline a riconoscere il perdurante "stato di salute" del distinguo in esame. E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva* in *NGCC* II, 2020, pp. 403 ss.; l'A., per quanto ritenga priva di fondamento tanto la tesi della nullità derivata quanto quella della nullità diretta dei contratti "a valle", adotta una chiave di lettura focalizzata sulla violazione delle regole di comportamento, riecheggiando l'insegnamento di Oppo il quale – contrariamente alla decisione dell'Arbitro bancario – riteneva di poter ravvisare nella disciplina *antitrust* (con specifico riferimento alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante) «*una regola (eccezionale) di responsabilità, associata a violazione di regole di comportamento*».

³⁰ Cass., Sez. Un., sentenza 14 giugno 2007, n. 13894 in *Il caso.it.*, che riflette una posizione eclettica, quale perfetta sintesi tra i contrapposti indirizzi, oggettivo e soggettivo; così GALLI, *op. cit.*, pp. 807 ss.

³¹ Trib. Treviso, 30 luglio 2018 in *Il caso.it.*

³² Istituto che, del resto, non si è mostrato del tutto esente da dubbi in dottrina. Sul regime giuridico delle nullità di protezione operanti sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali in favore dell'investitore in ragione della posizione di subalternità in cui versa nel rapporto con l'Istituto di credito, sia consentito rinviare a G. GAUDIOSI, *Il valore dell'informazione nella "contrattazione tra ineguali" in materia di investimenti. Riflessioni sulla (presunzione del) nesso di causalità a margine della sentenza Cass. civ. n. 7905/2020*, in questa Rivista, n. IV 2020, pp. 76-104.

³³ A questo proposito, v'è stato chi giustamente ha obiettato, sulla scorta di generali considerazioni di ordine sistematico, che la nullità di protezione costituisca "*il nome di una disciplina, non di una fattispecie*" e che invero la fattispecie in questione difetterebbe nel caso di

può non darsi atto in via generale di come le riflessioni propedeutiche alla totale eradicazione del negozio fideiussorio – rispondenti all’interesse generale di realizzare la più ampia eliminazione possibile degli effetti scaturiti dall’illecito *antitrust*³⁴ – se, da un lato, rinvergono una plausibile spiegazione nell’esigenza di individuare un efficace deterrente avverso un’eventuale e futura scelta dei *players* operanti all’interno del mercato creditizio di dar vita ad ulteriori intese anticompetitive, precludendo loro la facoltà di rendere “operative” le obbligazioni frutto dei relativi accordi, da un altro, assumono una connotazione ingiustamente punitiva a discapito del contraente debole. Questi difatti vedrebbe (nuovamente) sacrificata la propria libertà contrattuale in relazione a tutte le ipotesi in cui avesse maturato un interesse a mantenere in piedi l’assetto negoziale realizzabile in assenza delle clausole “ammonite” dalla Banca d’Italia. Quanto estesamente esposto spiega la ragion per cui la soluzione “più estremista” della nullità radicale ed assoluta dei contratti “conspirativi”, decisamente minoritaria quantomeno nella giurisprudenza di merito, appaia oggi foriera di incongruenze e criticità dal punto di vista applicativo, realizzando un vistoso arretramento in controtendenza rispetto alla agognata direzione della pienezza della tutela del consumatore.

5. “*In medio stat virtus*”? Argomenti a supporto della nullità parziale.

Lungo i tornanti del contenzioso bancario, a mezza via tra i poli opposti occupati rispettivamente dalla declaratoria di nullità totale del contratto di garanzia e dalla condanna risarcitoria per equivalente, “stazionano” un ventaglio di pronunce con le quali i giudici hanno ritenuto che, nei casi di specie, dovesse ravvisarsi un’ipotesi di nullità parziale con effetto caducatorio

specie «*non avendosi alcuna previsione di nullità speciale cui fare plausibilmente capo e rispetto alla quale (soltanto) potrebbero del resto cogliersi i tratti della variante di protezione*». Il riferimento è ripreso da un passaggio del lavoro di CAMILLERI, *op. cit.*, p. 403. Giova al riguardo svolgere un breve accenno anche alle considerazioni proposte da MAUGERI, *op. cit.* p. 415. L’A. fa notare che nel caso di intese vietate a norma dell’art. 101 T.F.U.E. e dell’art. 2 della legge *antitrust* non venga in considerazione una vera e propria ipotesi di nullità di protezione, quale tipicamente ravvisabile invece in presenza di un abuso di posizione dominante, trattandosi di nullità che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, «*comprese le parti che hanno partecipato al cartello e possa essere rilevata d’ufficio dal giudice*».

³⁴ In omaggio a superiori valori solidaristici, la cui (grave) violazione ben giustifica “*che sia sanzionato l’intero agire dei responsabili*”, così Trib. Salerno, 23 agosto 2018, in *Il caso.it*. In tal senso, si veda anche Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 ottobre 2020, in cui si fa leva ancora una volta sulla gravità delle violazioni commesse in rapporto alla posizione del garante, sicché soltanto «*la sanzione della nullità nella sua massiva estensione riesce a riequilibrare la violazione della buona fede pre-contrattuale e contrattuale, nonché la violazione dei principi di solidarietà sociale*».

limitato alle sole clausole forgiate sul modello A.B.I. Alla tesi mediana sembrano aderire gli Ermellini nella recente decisione n. 24044/2019, che sgombera il campo da qualsivoglia logica automatistica avallando, in sostanza, le conclusioni cui già era giunta la Corte d'Appello. In questo senso, il Collegio giudicante ha ritenuto «*di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca*»³⁵. Il ragionamento da cui muovono i giudici di legittimità risulterebbe *prima facie* del tutto pertinente alla necessità di contemperare la tutela dell'ordine pubblico economico con la custodia dell'assetto di interessi coltivati dal garante e «*meglio tutelato proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale*»³⁶. Per vero, secondo autorevoli commentatori, neppure tale pronuncia "brillerebbe" per linearità nella parte motiva dal momento che – nel suo abbrivio introduttivo – sembra dare spazio al solo rimedio del risarcimento dei danni subiti mentre, subito dopo, conferma le statuizioni del giudice di merito orientatosi a favore della demolizione, sia pur soltanto parziale, della polizza fideiussoria³⁷. Nel solco dell'ipotizzata incidenza parziale della nullità si annoverano, altresì, talune pronunce di merito in cui l'esito salvifico del contratto è parso trovare conforto nell'art. 1419, co. 1, c.c., secondo una lettura invero giudicata da molti riduttiva. Stando difatti alla linea di pensiero che accomuna quanti militano in favore di una ricostruzione della volontà dei contraenti su base del solo criterio della scelta del male minore e della logica del "meglio poco che niente", la norma *de qua* finirebbe per essere interamente svuotata dei relativi contenuti³⁸. In altri

³⁵ Cass. civ., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, punto 2.3., in *Giur. it.*, 2020, II, con nota di D. DI MICCO, che ravvisa nella pronuncia l'occasione utile per riaprire un confronto su «*quello che sembrava essere un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità che, a torto o a ragione, aveva più volte indicato la prospettiva della nullità dell'intero contratto di fideiussione*».

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ In termini, G. STELLA, *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'Autorità Garante della Concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore? nel rimarcare la contraddittorietà* in *i Contratti*, IV 2020, pp. 391 ss., il quale – nel rimarcare la contraddittorietà – assume che il passaggio argomentativo a mezzo del quale viene superato il profilo esclusivo del diritto al risarcimento a vantaggio della pronuncia di nullità, anche se soltanto parziale, sia connotato da un vistoso "salto logico" che avrebbe necessitato di maggiori approfondimenti da parte dei giudici della Corte. Analogamente LIBERTINI, *op. cit.*, p. 407. Sul carattere *icto oculi* antitetico delle conclusioni rispetto alle premesse insiste anche E. CAMILLERI, *op. cit.*, in *NGCC II*, 2020, pp. 399 ss.

³⁸ Rischio già avvertito dallo stesso CAMILLERI, *op. cit.*, p. 403 il quale fa riferimento alle opinioni che propugnano l'applicabilità della nullità parziale, escludendo l'effetto demolitorio totale, dal momento che temono "un rimedio peggiore del male", formula che l'A. a sua volta ha mutuato da Oppo.

termini, la disposizione, così interpretata, condurrebbe inevitabilmente alla conclusione per la quale la banca avrebbe ad ogni modo accettato di addivenire alla stipula della polizza, «*qualsiasi garanzia essendo migliore della mancanza di garanzia*»³⁹. Come precipitato della precedente considerazione ed in ragione del fatto che, nel contempo, la nullità parziale non può che giovare anche al garante rendendone meno gravosa la posizione, pare ovvio che, così opinando, entrambe le parti mostrerebbero interesse al “mantenimento in vita” del negozio lite pendente, quand’anche mutilato delle parti echeggianti il contenuto del cartello “fulminato” dalla sanzione di nullità. D’altra parte, si è anche osservato come avrebbe senso condurre una siffatta valutazione di convenienza laddove il parametro di riferimento venisse identificato in un mercato connotato da condizioni di stabilità e non già in ipotesi in cui la cornice mercatale fosse attraversata da fattori distorsivi, dappoi eliminati⁴⁰. Dette critiche, difficilmente confutabili, preludono all’ormai avviato processo di ridefinizione dei criteri guida recepiti, da ultimo, anche in sede A.B.F., e rispondenti all’intento pratico di orientare la verifica della volontà negoziale dei contraenti in modo da renderla realmente aderente alla *ratio* sottesa all’art. 1419 c.c.. Sull’argomento, che meriterebbe autonoma e ben più ampia trattazione, si tornerà nell’ultimo paragrafo.

6. I rischi di *underdeterrence* sottesi ad una tutela “esclusivamente” riparatoria.

Proseguendo nella disamina dei rimedi aventi funzione di correttivo del rapporto fideiussorio inficiato da allineamenti restrittivi della concorrenza, occorre por mente ad un ulteriore filone di pensiero che giace su un sostrato di valutazioni perfettamente antinomiche rispetto a quelle maturate dai sostenitori della teoria a favore della caducazione del contratto. Trattasi

³⁹ Cfr., *ex multis*, Trib. Rovigo 9 settembre 2018 in *Il caso.it*; così, anche Trib. Benevento, 25 maggio 2019: «*la presenza di tali clausole determina un’ipotesi di nullità soltanto parziale dovendosi escludere, nell’economia complessiva dell’operazione compiuta, che la banca potesse preferire di rimanere addirittura senza alcuna garanzia, rispetto ad ottenere una garanzia che meno vincolasse i garanti*».

⁴⁰ La critica riprende un passaggio del contributo di F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 413, il quale si sofferma a riflettere sull’inevitabile interesse che i beneficiari della fideiussione (*i.e.* gli istituti bancari) maturerebbero nel caso *de quo* secondo il comune ragionamento sintetizzabile nelle forme del “*meglio meno che niente*”. Tuttavia, osserva l’A., è completamente diversa la domanda posta dalla lettera del citato art. 1419 c.c. e ossia: «*all’epoca in cui esisteva tra le banche il cartello, quale fideiussore sarebbe riuscito a convincere una banca a concludere l’operazione alle stesse condizioni, anche senza la parte del contratto colpita da nullità, e cioè senza le clausole incriminate?*» e, in conclusione, ritiene che una piatta applicazione della norma in esame non può che condurre a risultati assolutamente insoddisfacenti sotto il profilo pratico.

dell'idea – condivisa da una parte pressoché isolata della dottrina e della giurisprudenza, ma che ha trovato significativa applicazione pratica nel quadro di molti ordinamenti stranieri⁴¹ – secondo cui la sottoscrizione di fideiussioni conformi a norme A.B.I. con soggetti terzi determinerebbe esclusivamente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria in capo all'impresa cartellista ed in favore della controparte, sempreché questi sia rimasto estraneo alla cospirazione. Una tutela siffatta nell'ordinamento civilistico sarebbe predicabile invocando, ad esempio, l'istituto del dolo incidente, sancito in materia contrattuale dall'art. 1440 c.c.⁴² e adducendo il fideiussore la circostanza che l'istituto di credito avrebbe dolosamente apposto al contratto delle condizioni conformi allo schema illecito. Ad ogni modo, la praticabilità di una tutela "puramente" riparatoria deve accompagnarsi ad un congruo corredo probatorio, in quanto necessita della prova del danno-conseguenza patito dal contraente e consistente, come accennato, nella lesione del diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di prodotti concorrenti⁴³. La capostipite del gruppo di pronunce orientate in questo senso è la n. 2207/2005 con cui la Cassazione, riunita nel suo massimo Consesso, aveva già canonizzato il principio generale in base al quale anche al consumatore rimasto estraneo all'intesa anticompetitiva è riconosciuta la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990, una volta appurato che quest'ultima legge contiene prescrizioni rivolte non soltanto agli imprenditori ma alla generalità dei soggetti del mercato e ossia a «*chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*». Si sono espresse in termini adesivi anche le Corti territoriali, quasi sempre appellatesi al riferimento testuale rinvenibile nella previsione di

⁴¹ Per un'analisi comparatistica dei principali diritti nazionali europei (in particolare, Francia e Germania) e del diritto statunitense, in merito al tema di odierno studio, si rinvia, *mutatis mutandis*, agli spunti offerti da LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 387 ss.

⁴² Norma che, come noto, espressamente statuisce che: «*se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*».

⁴³ In termini, *ex plurimis*, Trib. Treviso 26 luglio 2018 nonché Trib. Verona, sent. 1 ottobre 2018, in cui si riteneva che non fosse sufficiente la mera allegazione della nullità dell'intesa medesima. Nello stesso senso, Trib. Roma, 21 settembre 2020, la cui sentenza si fonda sull'argomento in base al quale «*la nullità per violazione della disciplina antitrust è espressamente prevista per le intese illecite tra imprenditori, non per i contratti stipulati a valle, rispetto ai quali, in quanto costituiscano lo sbocco delle intese illecite e ne rappresentino l'esecuzione, l'ordinamento giuridico prevede la tutela risarcitoria a favore del contraente danneggiato*».

cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 3/2017⁴⁴. Norma, quest'ultima, recante disciplina del diritto al risarcimento «*in favore di chiunque (abbia) subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese*» e, nel cui testo, non è invece dato rinvenire il benché minimo accenno ad una tutela reale in favore del danneggiato. Ad ogni buon conto, l'esposta tesi deve misurarsi con il rilievo, ad oggi ritenuto assorbente e condiviso da svariati autori⁴⁵, per il quale il ricorso alla tutela risarcitoria – se certamente funge da metodo meglio idoneo a calibrare la reazione ordinamentale, tarandola sulla scorta dell'effettivo pregiudizio sofferto dal consumatore – non mancherebbe di sollevare delicati problemi in punto di coerenza e di tenuta rispetto agli obiettivi avuti di mira dalle *policies* sanzionatorie antimonopolistiche⁴⁶. Un ulteriore profilo critico investe poi la quantificazione, nel loro preciso ammontare, dei danni concretamente subiti dal fideiussore, stante la quanto mai difficoltosa trasponibilità in termini monetari della lesione ad un (non meglio precisato) diritto di

⁴⁴ Di attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

⁴⁵ In termini strenuamente critici avverso la tesi del "solo risarcimento" si è espresso, tra gli altri, il già ricordato DENOZZA, il quale ravvisa molteplici incongruenze nel ragionamento di quanti ritengono che il consumatore – salva la possibilità di agire per il risarcimento dei danni patiti – sarebbe altrimenti impossibilitato ad avvalersi di rimedi ben più pregnanti e perciò ad esperire azioni "in grado" di incidere sulla vincolatività del sinallagma contrattuale. In questo senso, l'A. ritiene che l'argomento oggetto di critica conduca all'inevitabile paradosso di rendere passibile di nullità «*il contratto con cui un cartello impone ad un venditore di rivendere ad un prezzo elevato (impegno del terzo a condotta di collaborazione attiva)*» e non anche il contratto con cui successivamente «*il rivenditore impone questo prezzo al consumatore (che è in realtà proprio l'evento che alla fin fine si vuole impedire)*» (p. 411).

⁴⁶ *Contra*, LIBERTINI, op. cit., pp. 393 ss. il quale – nel prendere in esame la tesi fondata sulla insufficienza del rimedio *de quo* – liquida la posizione contraria, basata sul rimedio caducatorio, mettendone in luce, ancora una volta, tutti i risvolti critici e ossia *in primis* la circostanza che trattasi, come detto, di soluzione «*che va oltre le esigenze riparatorie degli interessi delle parti lese e si presta ad azioni opportunistiche di nullità selettiva delle controparti contrattuali*» oltre al fatto che una consimile soluzione, nell'assumere una chiara connotazione punitiva «*nei confronti dei partecipanti al cartello, si espone al rischio di over-deterrence (oltre che, nello specifico mercato in cui si pone il problema delle fideiussioni, al risultato di moltiplicare la quantità di crediti deteriorati delle banche)*»; sulla base di tali presupposti l'A. reputa del tutto irragionevole ed ingiustificata l'applicazione di sanzioni *extra-ordinem* quali tipicamente resesi necessarie invece nel quadro di politiche aventi lo scopo di contrastare fenomeni espressivi di un ben più accentuato disvalore sociale (*i.e.* quelli riconducibili al perimetro di azione della criminalità organizzata).

“autodeterminazione economica”⁴⁷. In via generale, il pregiudizio sarebbe da identificare nella immobilizzazione di parte dei cespiti patrimoniali facenti capo al garante per un periodo di tempo nettamente superiore a quello che, altrimenti, si sarebbe reso necessario in assenza del contegno sleale della controparte. Tuttavia anche a voler ragionare in termini di minor aggravio economico, stanti i riflessi economicamente pregiudizievoli patiti dal fideiussore e valutabili sotto il profilo della perdita di *chances* che questi si sarebbe procacciato, con ogni probabilità, in ipotesi di sottoscrizione della medesima polizza fideiussoria a condizioni meno onerose, non può nemmeno escludersi che per effetto dei più stringenti obblighi contrattuali il garante possa aver beneficiato di condizioni economiche in concreto più vantaggiose⁴⁸. Va da sé che la complessità della prova a supporto delle descritte operazioni di calcolo oltre alla (non peregrina) possibilità di una compensazione tra le poste riconosciute a titolo di ristoro economico ed il credito comunque vantato dalla controparte in esecuzione del contratto di garanzia, abbiano reso assai frequente la definizione del giudizio risarcitorio mediante ricorso alla formula della liquidazione equitativa dei danni, sancita a norma dell’art. 1226 c.c..

7. Sul test “economico” di convenienza della fideiussione: timide prospettive *de iure condendo* dal Collegio di Coordinamento dell’A.B.F.

Giunti a questa fase della trattazione viene difficile anche solo immaginare di poter rassegnare delle conclusioni consacrabili quale saldo punto d’arrivo in giurisprudenza come in dottrina. Tuttavia, tra le tante questioni interpretative frappostesi nel panorama del *private antitrust enforcement*, merita sicuramente un cenno l’importante *revirement* registratosi in merito alla verifica in tema di nullità parziale *ex art. 1419 c.c.*. La norma – giova ricordarlo ancora una volta – cristallizzando la regola generale ed implicita per cui «*vanno salvati i contratti che possono considerarsi come effettivamente voluti,*

⁴⁷ L’eccezionale difficoltà della prova è stata messa in evidenza già da Corte di Cassazione, sezione I, sentenza 28 maggio 2014, n. 11904 (in presenza di una fattispecie riguardante l’indebito aumento dei premi assicurativi cagionato da comportamenti collusivi a monte) che la imputò e, in parte, alla “*complessità dei fattori che concorrono nella determinazione dei premi*” e, in parte, al dato ulteriore e decisamente non secondario in base al quale “*soltanto l’impresa conosce esattamente la relativa incidenza dell’intesa anticoncorrenziale*”. Alla stregua di ciò, il Collegio ha ritenuto opportuno procedere ad una sua valutazione equitativa.

⁴⁸ Così, STELLA, *op. cit.*, pp. 398-399, il quale nel tentare di scorporare le possibili voci di danno confluenti all’interno del *quantum debeatur* per certo ritiene possibile escludere “*un danno sub specie di maggiori costi vivi*”, dal momento che la fideiussione è tipicamente prestata in favore della banca senza alcun corrispettivo.

ed eliminati quelli non fondati su un presumibile effettivo consenso»⁴⁹, necessita di essere "cucita" su misura del contesto all'interno del quale è stato erogato il credito garantito⁵⁰. Sul punto, alcune preziose indicazioni esegetiche sembrano potersi ricavare già dal testo della decisione dell'A.B.F. Milano, datata 4 luglio 2019. Il Collegio Meneghino – assumendo quale indefettibile premessa logica la connotazione accessoria della garanzia⁵¹ – aveva prediletto un approccio teso ad analizzare monoliticamente il senso economico dell'operazione. Su base di tali premesse, l'A.B.F. aveva destituito di qualsivoglia pregio, agli effetti dell'art. 1419 c.c., tanto la proposta di analizzare "a posteriori" la volontà dei contraenti, proiettandola "surrettiziamente" nel contesto esistente al momento dell'accertamento della nullità secondo la prospettiva del "prendere o lasciare", quanto quella riferentesi al contesto anticoncorrenziale esistente all'atto della stipula della fideiussione. In questa seconda ipotesi, l'indagine sulla presumibile volontà dei contraenti, per vero sorniti di qualsivoglia libertà di scelta, a parere del Collegio avrebbe configurato un illogico controsenso. Volgendo invece lo sguardo verso la *pars costruens*, la decisione dell'Arbitro aveva affermato la necessità di esaminare l'effettiva volontà delle parti «*immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità*». Secondo questo punto di vista, se l'impresa bancaria, da un lato, in ragione della sopravvenuta impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente, sarebbe stata costretta ad operare una complessiva ristrutturazione della politica contrattuale con l'obiettivo di ripristinare una combinazione ottimale «*tra rischi del credito, costi del medesimo e coperture realizzabili attraverso garanzie*», non può andare del tutto esclusa neppure l'evenienza che controparte, dal canto suo, possa rifiutare la stipula del contratto, ormai spogliato delle clausole oggetto di censura, decidendo di avvalersi delle offerte alternativamente reperibili sul mercato a condizioni più vantaggiose. Più di recente, è stato investito di un ricorso analogo anche il Collegio A.B.F. di Roma. Diversamente dall'omologo

⁴⁹ Cfr. A.B.F. Milano, decisione n. 16558/2019.

⁵⁰ Secondo il criterio logico in base al quale «*il contratto, che potrebbe apparire conveniente e, quindi, probabilmente voluto, in un contesto, potrebbe apparire non conveniente, e, quindi, probabilmente non voluto, in un altro*», cfr. *ibidem*.

⁵¹ Sicché «*è da ritenere che il prezzo del credito dipende e varia, non solo in rapporto alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche in rapporto a quelle della garanzia da cui venga, originariamente o successivamente, assistito. Una garanzia "più forte" consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia più debole*», *ibidem*.

milanese, il Collegio capitolino ha scelto tuttavia di deferire⁵² la questione, ritenuta di massima importanza, al Collegio di Coordinamento. Riunitosi nella speciale composizione preordinata a scongiurare possibili contrasti interpretativi tra i Collegi territoriali⁵³, l'Arbitro ha emesso nell'agosto 2020 la decisione n. 14555. Nel pronunciarsi su un ricorso volto ad ottenere la nullità della polizza fideiussoria "a valle", il Collegio ha preferito estendere l'orizzonte decisorio al di là delle classiche valutazioni già rassegnate in materia, articolando nuove e più pregnanti argomentazioni sul ragionamento controfattuale da seguire in sede di ricostruzione della volontà dei contraenti nei contratti *de quibus*. Rifacendosi ad una tesi in parte già concettualizzata dalla dottrina, il Collegio di Coordinamento ha inteso chiarire, in via del tutto preliminare, che l'approccio alla sfera volitiva dei paciscendi declinata al condizionale implica la conoscenza di un dato meramente congetturale, dal quale non può farsi discendere in alcun modo la validità o meno dell'intero contratto. Ciò posto, il Collegio – richiamandosi ai generali criteri fissati dall'art. 12 disp. prel., in tema di interpretazione della legge – ha sposato una lettura teleologicamente orientata dell'art. 1419 c.c.. Nella parte conclusiva della decisione, accantonata la dicotomia incentrata sulla c.d. "volontà ipotetica", ha quindi affermato il principio di carattere generale per cui il giudizio controfattuale imposto dalla norma in questione si sostanzia in una valutazione di «*compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso*», con salvezza del titolo negoziale ed applicazione della disciplina della nullità parziale qualora le modifiche sopravvenute abbiano inciso sul contratto elidendone le sole clausole "accessorie". A questo punto, nel circostanziare la definizione di "accessorietà", l'A.B.F. qualifica come accessorie le tre clausole risultate "frutto" di un disegno anticoncorrenziale, una volta constatato che, anche in ipotesi in cui le stesse «*non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c.*». In ragione di siffatte considerazioni, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto caducate soltanto le clausole che ricalcano lo schema-tipo dell'A.B.I. e non invece l'intero contratto

⁵² In particolare, il riferimento è all'ordinanza di rimessione n. 8577 dell'11 maggio 2020.

⁵³ Che vede la partecipazione dei Presidenti dei tre Collegi territoriali, nonché di un membro designato dalle associazioni degli intermediari (il c.d. Conciliatore Bancario Finanziario) e di un membro ulteriore, designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli Collegi. Per maggiori approfondimenti sul tema della composizione e del funzionamento dell'organo decidente in sede A.B.F. si rinvia alla più recente Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, 2019, n. 10.

di fideiussione. Ciò malgrado, con riferimento al tema oggetto della presente analisi, restano ancora insolte numerose questioni per le quali resta auspicabile un intervento delle Sezioni Unite risolutore degli acclarati contrasti giurisprudenziali. Ciò tanto più in considerazione del fatto che i giudici di Piazza Cavour nel febbraio dello scorso anno, sia pure con sentenza della Terza Sezione civile, sono ritornati ad affrontare, in via soltanto incidentale, il tema della nullità o meno delle fideiussioni "collusive", con risultati interpretativi non molto dissimili da quelli già commentati all'esito della sentenza n. 29810/2017. Difatti, nel soffermarsi sulla questione processuale inerente la rilevabilità *ex officio* della nullità sollevata per la prima volta in appello e in Cassazione anche in relazione alle c.d. "nullità relative", il Consesso nomofilattico ha statuito solamente che: «*le nullità 'a valle' delle fideiussioni omnibus in questione debbano essere valutate alla stregua degli artt. 1418 c.c. e segg. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalla intesa illecita, posto che, in linea generale, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione*»⁵⁴.

⁵⁴ Cfr., Cassazione civile sez. III, 19/02/2020, n.4175 (punto 3.8).