

ad oggetto la prima casa del debitore, cfr. FANTICINI-LEUZZI-ROSSI-SAJIA, *La Corte costituzionale pone fine*, cit., 642 ss.; anche SALETTI, *L'emergenza pandemica ed i processi esecutivi*, in *Riv. es. forzata*, 2021, 284 ss. Ritenevano fondate le censure di incostituzionalità, CAMPIDELLI-DI MAURO, *Il punto su blocco degli sfratti e sospensione dei processi esecutivi su abitazioni principali*, in *Il Quotidiano giuridico*, 9.7.2021, anche NARDONE, *Al vaglio della Consulta la sospensione*, cit. Sulla disciplina della disciplina in materia di esecuzioni per il rilascio di immobile, cfr. MASTROGIOVANNI, *La sospensione delle esecuzioni per il rilascio di beni immobili*, in *Riv. es. forzata*, 755 ss. Circa le diverse problematiche atti-

nenti all'applicazione pratica della normativa sul c.d. blocco degli sfratti, cfr. AMENDOLAGINE, *Le problematiche connesse alla proroga degli sfratti al tempo del coronavirus*, in *Imm. e propr.*, 2021, 599 ss. Sugli effetti della notifica dell'avviso ex art. 608 cod. proc. civ., CRIVELLI, *Esecuzione per il rilascio e legislazione emergenziale*, cit.; FANTICINI, in AA.VV., *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, in *In executivis*, pubblicato online il 29.3.2020.

Sull'effettività della tutela esecutiva alla luce dei principi costituzionali, cfr. TARZIA, *Il Giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 340 ss.

Fideiussione

CASS. CIV., sez. un., 30.12.2021, n. 41994 – RAIMONDI *Presidente* – VALITUTTI *Estensore* – DE RENZIS *P.M.* (concl. diff.) – I. s.p.a. (avv. Ferrari) – B.G. (avv. Sablone) – Conferma App. Roma, 11.6.2016

FIDEIUSSIONE – INTESE “A MONTE” DICHIARATE PARZIALMENTE NULLE – FIDEIUSSIONI “A VALLE” – CONSEGUENZE – NULLITÀ PARZIALE – CONFIGURABILITÀ – LIMITI (cod. civ., artt. 1344, 1346, 1418, 1419; l. 10.10.1990, n. 287, art. 2; TFUE, art. 101)

I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2°, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3°, della legge succitata e dell’art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata – perché restrittive in concreto della libera concorrenza – salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

dal testo:

Il fatto. 1. La I.C.T. Solution s.p.a. stipulava con la Sanpaolo Imi s.p.a. (ora Intesa Sanpaolo s.p.a.), in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da G. B., socio della A., *Omissis*. L'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto. 1.1. In data 8 agosto 2011, Sanpaolo Imi depositava, pertanto, presso il Tribunale di Torino, ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del B. al pagamento – in relazione alle due fideiussioni – delle somme di Euro 56.795,37 e di Euro 50.385,34. *Omissis*. nelle more del giudizio di opposizione, 1.2. Con atto di citazione notificato il 23 novembre 2011, G. B. aveva, invero, evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (nel testo applicabile *ratione temporis*), Intesa Sanpaolo s.p.a., chiedendo dichiararsi radicalmente nulli, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, i contratti di fideiussione del 22 aprile 2004 e del 13 giugno 2006, e per

l'effetto dichiararsi che nulla era dovuto dal Bosco all'istituto di credito convenuto, del quale chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni subiti, patrimoniali e morali, nonché alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia. In via subordinata, ferma la richiesta di cancellazione dalla Centrale Rischi, il Bosco chiedeva dichiararsi la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti di A.I.C.T. Solution s.p.a., a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 1957 cod. civ. *Omissis* 1.2.1. Nel giudizio si costituiva It. s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., chiedendo il rigetto delle domande proposte dall'attore e l'accertamento della validità ed efficacia delle fideiussioni sottoscritte dal B., nonché della piena legittimità della segnalazione del nominativo del medesimo alla Centrale Rischi della Banca d'Italia. 1.2.2. Con sentenza n. 3746/2016, la Corte d'appello di Roma così provvedeva: a) dichiarava la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, delle clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa; b) respingeva la domanda di risarcimento del danno patrimoniale; c) condannava It. s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., al pagamento in favore di

G. B., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al soddisfo; d) ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del Bosco alla Centrale Rischi della Banca d'Italia; e) condannava It. s.p.a., nella predetta qualità, alle spese del giudizio di appello. 2. Avverso tale pronuncia It. s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, illustrati con memoria. 3. Con ordinanza Interlocutoria n. 11486/2021, depositata il 30 aprile 2021, la Prima Sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, ha rilevato che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, non vi è accordo in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi – in sostanza – delineate tre soluzioni: *Omissis*

I motivi. Con i quattro motivi di ricorso – che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente – It. s.p.a. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1418, 1936 e ss., 2043 e 2697 cod. civ., 100 cod. proc. civ., 2, 13 e 15 della legge n. 287 del 1990, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per la controversia, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ. 1.1. Avrebbe anzitutto errato la Corte d'appello, ad avviso della banca ricorrente, nel ritenere «palese e incontestato» che le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale standardizzato adottato dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), e dichiarato parzialmente nullo dalla Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990, «siano state esattamente riprodotte nei due contratti di fideiussione per cui è causa». La Corte di merito avrebbe, invero, erroneamente ritenuto come avente valore di «prova privilegiata» la produzione in giudizio, da parte del Bosco, di tale provvedimento, sebbene nessuna sanzione fosse stata adottata da parte dell'Autorità Garante nei confronti di Intesa Sanpaolo. Nessuna prova vi sarebbe, dunque, che le clausole contenute nelle fideiussioni sottoscritte dal Bosco sarebbero del tutto coincidenti con quelle dello schema contrattuale dell'ABI, prese in esame dalla Banca d'Italia e considerate illegittime per violazione della norma succitata. Né tanto meno – a parere della ricorrente – vi sarebbe agli atti prova alcuna che Intesa Sanpaolo, neppure menzionata nel provvedimento n. 55 del 2005, avesse in qualche modo partecipato al predetto accordo anticoncorrenziale. 1.2. Rileva, poi, It. che la nullità di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990 «colpisce solo l'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, ma non si trasmette ai contratti stipulati a valle di tale intesa, che sono e restano validi ed efficaci, non essendo ravvisato riguardo ad essi nessuno dei vizi che determinano la nullità ex art. 1418 c.c.». Ne conseguirebbe – ad avviso dell'istante – che la fattispecie non potrebbe «essere ricostruita che in termini di risarcimento per fatto illecito, dovendosi, viceversa, escludere qualsivoglia patologia riconducibile nell'alveo della nullità contrattuale». Pertanto, le clausole derogative delle norme codicistiche in materia di fideiussione non potrebbero essere ritenute affette da «nullità derivata», dovendo, per contro, ritenersi tali clausole – in quanto espressione di autonomia privata, essendo

contenute nei singoli accordi conclusi tra banca e cliente – pienamente valide, mentre resterebbero «infratte le sole intese di cartello tra le imprese che inseriscono delle clausole in uno schema standard generalizzato, determinando un sintomatico abbandono della disciplina legale in senso ritenuto deteriore per il fideiussore». 1.3. Del pari errato sarebbe, a parere dell'esponente, l'assunto della Corte romana, laddove ha affermato che i due contratti in questione non sarebbero qualificabili come contratti autonomi di garanzia, bensì come «contratti a garanzia di operazioni bancarie», rientranti entrambi nello schema della «fideiussione *omnibus*», e laddove ha – di conseguenza – escluso che rilevi, nella specie, la pacifica derogabilità di alcune norme della disciplina legale della fideiussione, tra le quali l'art. 1957 cod. civ. La Corte avrebbe, invero, erroneamente affermato che «l'illecito concorrenziale non riguarda la possibilità per i contraenti di una fideiussione di stipulare contratti atipici, bensì il fatto che la standardizzazione delle condizioni generali di contratto comporti disposizioni contrastanti con l'art. 2, comma 2, lett. a) l. 287/1990, “nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme”». Siffatta impostazione contrasterebbe, peraltro, ad avviso di It., con l'art. 7 dei contratti di fideiussione per cui è causa, ai sensi del quale il fideiussore sarebbe tenuto all'immediato pagamento di quanto dovuto alla banca, in forza del rapporto di garanzia, «a semplice richiesta scritta» della banca medesima, e «independentemente da eventuali eccezioni del debitore». La clausola evidenzerebbe, pertanto, che si tratta di contratti autonomi di garanzia (o garanzie «a prima richiesta»), ai quali non si applica la norma di cui all'art. 1957 cod. civ. Ne deriverebbe che la Corte di merito sarebbe, altresì, incorsa, oltre che nella violazione degli artt. 1362 e ss. in tema di interpretazione dei contratti, anche nella violazione dell'art. 100 cod. proc. civ., nessun interesse potendo vantare il Bosco a far valere la nullità delle predette clausole, attesa la pacifica derogabilità del disposto dell'art. 1957 cod. civ. nei confronti di contratti autonomi di garanzia. 1.4. Di più, rileva l'istante che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il Bosco aveva proposto esclusivamente l'eccezione di nullità della clausola derogativa del disposto dell'art. 1957 cod. civ., e nulla aveva contestato in ordine alla dedotta nullità, di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990, degli artt. 2 e 8 degli impegni di garanzia, ossia le cd «clausole di reviviscenza» dell'impegno di garanzia, in caso di estinzione del rapporto tra il creditore ed il debitore principale e di conseguente obbligo per la banca di restituire le somme rimosse in forza di tale rapporto. Per cui, una volta esclusa la violazione dell'art. 1957 cod. civ., nessun risarcimento del danno all'immagine poteva essere riconosciuto al Bosco dalla Corte d'appello, che sarebbe – di conseguenza – incorsa nella violazione anche dell'art. 2043 cod. civ. 2. Le censure sono infondate ed in parte inammissibili. 2.1. Va anzitutto rilevato che, a norma dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990: «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso

attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; [...]. 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». 2.2. Ebbene, nell'ottobre del 2002, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che – prima della diffusione tra gli istituti di credito – fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, la quale, nel novembre 2003, avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità dello schema contrattuale di «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza. A tal fine, la Banca d'Italia interpellò – in via consultiva – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale – nel parere n. 14251 – ebbe ad evidenziare come la disciplina della «fideiussione omnibus», di cui allo schema predisposto dall'ABI, presentava clausole idonee a restringere la concorrenza, poiché suscettibili – in linea generale – «di determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito», nonché, nei casi di fideiussioni a pagamento, «di accrescere il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore». 2.2.1. *Omissis* 2.4. Ebbene, occorre muovere, in proposito, dal rilievo che, se in forza dell'art. 41, primo comma, Cost., «l'iniziativa economica privata è libera», tuttavia la stessa norma si preoccupa di precisare, al secondo comma, che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale», mentre al terzo comma soggiunge che «la legge determina i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». In forza della previsione costituzionale, pertanto, la «concorrenza» tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'impresе. Di qui l'introduzione, in pressoché tutti i Paesi occidentali, della disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali. 2.4.1. Al bilanciamento tra le giustapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione della iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori – quali soggetti del mercato al pari degli imprenditori – ha provveduto, quindi, in Italia, la legge antitrust n. 287 del 1990, il cui art. 2 considera – come si è visto – vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare – in qualsiasi forma e in maniera sostanziale – il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. 2.4.2. Nello stesso senso, l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario art. 81 del Trattato CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma) – in applicazione dell'art. 3, secondo cui «L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori»: [...] b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; [...] – dispone: «1. Sono incompatibili con il mercato in-

terno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; [...]. 2. «Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto». 2.5. Tale essendo il quadro normativo – interno ed europeo – di riferimento, va, tuttavia, osservato che il formante giurisprudenziale in materia è quanto mai variegato ed articolato, e non offre soluzioni univoche. 2.5.1. Una prima decisione sul tema ha, nondimeno, effettuato talune importanti precisazioni, sulle quali dovrà ritornarsi in prosieguo. Si è, per vero, affermato che l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (cosiddetta legge «antitrust»), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le «intese» fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluto». Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche. Tale distorsione ben può essere il frutto anche di comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici [n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio] meramente «unilaterali». (Cass., 01/02/1999, n. 827). 2.5.2. Una successiva decisione in materia ha affrontato lo specifico tema delle tutele azionabili dal privato, cliente della banca, che abbia stipulato un contratto di fideiussione che riproduca, in tutto o in parte il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della succitata normativa antitrust, escludendo in radice la legittimazione del consumatore a proporre una qualsiasi forma di azione. Nella decisione in parola la Corte ha, infatti, affermato che, in tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla legge n. 287 del 1990, ed alla luce di quella che è la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio – connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3, contemplato dall'art. 33 ed in quella sede rimesso, per la sua cognizione (nel testo applicabile *ratione temporis*), alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito – non è aperto – in quanto tale – alla legittimazione attiva dei singoli c.d. «consumatori finali» (Cass., 09/12/2002, n. 17475). 2.5.3. Un'altra pronuncia, invece, quasi coeva alla precedente, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa

anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha, tuttavia, ristretto la tutela alla proporzionalità della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale. Al riguardo, si è statuito, infatti, che dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti (Cass., 11/06/2003, n. 9384).

2.5.4. La svolta decisiva è segnata in materia – in termini di maggiore tutela dei privati – da una sentenza di queste Sezioni Unite, secondo la quale la legge antitrust n. 287 del 1990 detta norme – segnatamente l'art. 2 – a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata. Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 cod. civ., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione «a monte», ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma – nel testo vigente al tempo della pronuncia – alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello.

2.5.4.1. Va rilevato, al riguardo, che la Corte – pur non affrontandola in maniera specifica – ha, tuttavia, operato un importante riferimento, in motivazione, alla problematica concernente il contratto stipulato a valle dell'intesa vietata. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che «il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile». In altri termini – stante il «collegamento funzionale» con la volontà anti-competitiva a monte – ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale.

2.5.4.2. *Omissis* 2.6. Al problema la più recente giurisprudenza di legittimità – successiva all'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite – non ha dato risposte uniformi ed univoche, come bene evidenziato dall'ordinanza di rimessione, sebbene l'indirizzo prevalente sia senz'altro orientato – ormai – ad ammettere la «tutela reale», a fianco di quella risarcitoria.

2.7. *Omissis* 2.7.1. In tal modo – osserva in motivazione la Corte – diventa, difatti, rilevante «qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle “intese”, non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». È evidente, pertanto, che – in tal modo – la pronuncia in esame si pone nell'ottica della nullità complessiva e totale, sia della intesa a monte (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione a valle.

2.7.2. La sentenza afferma, infine, che l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990, si applica a tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato (Cass., 12/12/2017, n. 29810).

2.8. Nella medesima prospettiva, della nullità totale della fideiussione a valle, si pone anche una successiva pronuncia che, affrontando la questione relativa alla competenza della sezione specializzata per le imprese, ha affermato che tale competenza «attrae anche la controversia riguardante la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, contenente disposizioni contrastanti con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287 del 1990, in quanto l'azione diretta a dichiarare l'invalidità del contratto a valle implica l'accertamento della nullità dell'intesa vietata» (Cass., 10/03/2021, n. 6523).

2.9. Secondo un'impostazione parzialmente diversa, invece, le fideiussioni riproduttive di clausole frutto di intesa anticoncorrenziale, sanzionata dalla Banca d'Italia, sarebbero nulle, ma non integralmente, bensì limitatamente a siffatte clausole. Si tratta della tesi, menzionata anche dall'ordinanza di rimessione, della nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata, richiesta nel primo grado presente giudizio – in via subordinata, alla domanda di nullità totale – dall'odierno resistente.

2.9.1. Sempre con riferimento ad una fattispecie nella quale nel contratto di fideiussione stipulato tra la banca ed il cliente erano presenti le clausole nn. 2, 6 e 8 sopra riportate, riproducenti il contenuto delle clausole ABI dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, la Corte ha osservato che, «avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese [...], ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applica-

zione l'art.1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite» (Cass., 26/09/2019, n. 24044). 2.9.2. In senso conforme, del pari con riferimento alla fattispecie dell'inserimento nel contratto di fideiussione a valle di clausole dichiarate nulle dall'autorità di vigilanza, in quanto frutto di intese anticoncorrenziali, la Corte ha rilevato che «i ricorrenti danno implicitamente per scontato che la (pretesa) nullità di quelle specifiche clausole comporterebbe la nullità integrale del contratto di fideiussione, ma non è affatto così, in quanto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la nullità integrale del contratto in conseguenza della nullità di singole clausole si determina solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; il che non è né specificamente dedotto né dimostrato e, anzi, è da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca» (Cass., 13/02/2020, n. 3556). 2.10. Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, va osservato che la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina. 2.10.1. Una prima tesi, invero, è nel senso che la nullità delle intese anticoncorrenziali, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) e comma 3 della legge n. 287 del 1990, comporta che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi integralmente nulle per «nullità derivata» e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte. In tal senso si rileva che il collegamento funzionale in parola si tradurrebbe in un vero e proprio «collegamento negoziale» tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*. I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica «complessivamente illecita», sicché la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe *tout court* anche ai contratti che a questa danno attuazione. 2.10.1.1. Altri autori – sempre nell'ambito dello stesso indirizzo – hanno ritenuto, invece, che la nullità della fideiussione a valle deriverebbe dalla illiceità della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, cod. civ., giacché tale negozio realizzerebbe una funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali. 2.10.1. 2.. Secondo una terza impostazione, invece, il contratto a valle – nella misura in cui assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione a monte, sarebbe integralmente nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio, ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, e 1346 cod. civ. L'oggetto illecito che dà corso all'intesa, in altri termini, tale rimarrebbe «lungo l'intera catena negoziale», determinando la nullità radicale della contrattazione a valle. 2.10.1.3. Altri autori ancora – sempre nell'ambito della tesi della nullità assoluta – ritengono che la nullità in questione sarebbe non testuale, ma virtuale, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli artt. 1941, 1939 e 1957 cod. civ. sarebbero singolarmente derogabili, nondimeno la loro deroga cumulativa – in quanto si

tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato – verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'art. 2, comma 2, lett. a), dando luogo all'integrale nullità del contratto. 2.10.2. Altra dottrina ritiene, per contro, che nel caso in esame si versi in un'ipotesi di nullità parziale, ossia delle singole clausole contenute nei contratti bancari a valle dell'intesa vietata, in quanto trasposizione delle clausole dichiarate nulle dall'Autorità Garante. Una «nullità derivata» che conseguirebbe, dunque, a siffatta trasposizione, nella contrattazione standardizzata, di quelle clausole (nn. 2, 6 e 8) illecite contenute nel modello ABI. 2.10.2.1. Si osserva, al riguardo, che le deroghe all'archetipo codicistico sarebbero state lecite, se le condizioni contrattuali censurate non fossero state reiteratamente proposte dalle banche, destinandole ad una pluralità di singoli operatori. In tal modo, la vista connotazione del mercato come mercato libero, non solo per chi svolge l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, verrebbe ad essere alterata significativamente. È intuitivo, infatti, che proprio la costante reiterazione della deroga al modello codicistico, con l'inserimento di clausole pregiudizievoli per il fideiussore, determina un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili, erodendo la libera scelta del clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato. 2.10.2.2. Si aggiunge, poi, che – nel sistema del codice civile – la «conservazione» del negozio giuridico costituisce la regola, sicché la deroga a tale principio non può che essere relegata a quelle ipotesi sporadiche, nelle quali – secondo un giudizio di «volontà ipotetica» – risulti che le parti con avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle. 2.10.3. Un terzo filone interpretativo, infine, ritiene che l'unico rimedio esperibile dal garante – coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale – sia esclusivamente quello risarcitorio. Si osserva, al riguardo, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale – a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI – non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni. Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente *ex art. 1440* cod. civ., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare. 2.11. Tutto ciò premesso – pur nella consapevolezza dell'estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore – deve ritenersi che, tra le tre diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di «nullità parziale». 2.12. Al riguardo, va anzitutto osservato che non può reputarsi convincente il riferimento – operato dal Procuratore Generale – al fatto che i contratti tra l'impresa bancaria ed il cliente costituirebbero esercizio dell'autonomia privata dei contraenti, *ex*

art. 1322 cod. civ., sicché «l'aver inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragion di essere e della sua validità». Né sembra in linea con la *ratio* della normativa antitrust, oltre che con la lettera dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, l'ulteriore assunto del Procuratore Generale secondo cui l'impostazione ampliativa delle tutele finirebbe con l'introdurre «tutele reali atipiche con il fine esclusivo di garantire l'astratta correttezza dei contratti [...] per affiancare al rimedio tipico (nullità dell'intesa) forme di nullità derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle». 2.12.1. È del tutto evidente, infatti, che – se le parti ben possono determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell'art. 1322, primo comma, cod. civ. – esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo «nei limiti imposti dalla legge», da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale (Cass. Sez. U., 24/09/2018, n. 22437). Ebbene – come dianzi detto – l'art. 41 Cost. prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non debba svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana», e che essa debba essere comunque sottoposta a «programmi e controlli opportuni» che la indirizzino e la coordinino a «fini sociali». In tal senso si pone, del resto, la stessa norma antitrust succitata, la cui *ratio* è diretta a realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori. Lo evidenzia, con estrema chiarezza, la sentenza di queste Sezioni Unite n. 2207/2005, nella parte in cui precisa che la legge antitrust «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti». In tale prospettiva – come si è detto – la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria. 2.12.2. Se tale è la *ratio* della predetta normativa, il tenore letterale dell'art. 2, comma 3, della legge n. 287 del 1990, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». È del tutto evidente, infatti, che siffatta previsione – ed in particolare la locuzione «ad ogni effetto», riprodotta, nella specifica materia, del principio generale secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum* – legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come – sia pure incidentalmente – affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata. A fronte di tale inequivoca previsione di legge, pertanto, il riferimento del Procuratore Generale a «tutele reali atipiche» non può, pertanto, ritenersi convincente. Non a caso, la totalità delle sentenze più recenti di questa Corte si è espressa – prendendo come riferimento proprio siffatto dato testuale – nel senso della nullità del contratto di fideiussione a valle, differenziandosi tali pronunce soltanto sulle conseguenze di detta nullità, ovverossia se essa debba essere totale o parziale. 2.12.3. Ma – in verità – nel senso della invalidità di tale contratto si è posta, oltre alla giurisprudenza più recente, anche parte di quella meno

recente, trovandosi affermato che la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di nullità e di risarcimento del danno prevista dall'art. 33 della legge n. 287 del 1990, spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorché egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione. E ciò tanto ove sia spiegata un'azione risarcitoria, quanto se sia promossa un'azione restitutoria ex art. 2033 cod. civ., poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene di aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonché l'impossibilità giuridica che essa produca effetti successivi (Cass., 13/07/2005, n. 14716; Cass., 21/01/2010, n. 993). Se ne deve inferire che, anche per le decisioni citate, la nullità dell'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle, che ne costituisce un conseguenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullità del contratto medesimo. 2.12.4. Sotto tutti i profili suesposti, pertanto, l'assunto secondo cui la sola tutela risarcitoria sarebbe ammissibile nella fattispecie oggetto di esame, con esclusione della «tutela reale», non può essere condiviso. 2.13. Va rilevato, invero, che la tesi secondo cui al consumatore sarebbe consentita la sola azione risarcitoria non convince, sia perché contraria a pressoché tutti i precedenti di questa Corte successivi alle Sezioni Unite n. 2207/2005, sia – e soprattutto – per ragioni inerenti alle specifiche finalità della normativa antitrust. Tuttavia, tale affermazione si riferisce – è bene ribadirlo – alla tesi più radicale, che esclude del tutto la tutela reale, ammettendo in via esclusiva quella risarcitoria, non potendo revocarsi in dubbio che – come, nella specie, ha correttamente ritenuto la Corte d'appello – tale forma di tutela è certamente ammissibile – come ha affermato la giurisprudenza unanime sul punto – ma non in via esclusiva, sebbene in uno all'azione di nullità. 2.13.1. Deve – per vero – osservarsi, al riguardo, che l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente idoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed invero – come rilevato da autorevole dottrina – l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno – come nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno. 2.13.2. Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust. 2.14. Né a diversa conclusione induce l'esame del diritto eurounitario. 2. Omissis 2.15. Una volta esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela

reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, deve ritenersi che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata – appunto – a tali clausole. Né va tralasciato il rilievo che la nullità parziale è idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di «conservazione» del negozio. 2.15.1. Va osservato – al riguardo – che la regola dell'art. 1419, primo comma, c.c. – ignota al codice del 1865, come pure al code civil, provenendo dall'esperienza tedesca – insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale. Da ciò si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto. 2.15.2. *Omissis* Osserva – al riguardo – il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore è normalmente cointeresato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti. 2.15.4. La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la «nullità derivata» del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole. 2.16. Occorre muovere – in tale prospettiva – dal rilievo che la disciplina dettata dall'art. 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza sancito – come si è detto – dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e – attualmente – dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101). Ai sensi di tale normativa antitrust, qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche – come nel caso di specie – mediante una combinazione di atti di natura diversa, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola. In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale – quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'art. 117, primo comma, Cost. – ha inteso impedire un «risultato economico», ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere. 2.16.1. Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla nor-

mativa antitrust – in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (Cass. Sez. U., n. 2207/2005) – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed europeo – infatti – intendendo sanzionare con la nullità un «risultato economico», ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo – anche a comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tale prospettiva, si rende perciò rilevante qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, ed anche laddove il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «unilaterali». Da ciò consegue – come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte – che, allorché l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza» (Cass., n. 827/1999). Il che equivale a dire che anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un «collegamento funzionale» – non certo un «collegamento negoziale», come opina parte della dottrina, attesa la vista possibilità che l'«intesa» a monte possa essere posta in essere, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono siffatta natura – tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust. 2.16.2. La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca – come nel caso concreto – solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale. Non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente – all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 cod. civ., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. È, invece, il predetto «nesso funzionale» tra l'«intesa» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che – in violazione dell'art. 1322 cod. civ. – riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è – per vero – veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto. 2.16.3. E ciò è tanto più evidente quando – come nella specie – le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a mon-

te – nel caso concreto dall’ABI – viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contrattanti e incidendo negativamente sul mercato. 2.16.4. Sotto tale profilo, è del tutto palese che la previsione di cui all’art. 2, comma 3, della legge n. 287 del 1990, laddove stabilisce che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto», costituisce una chiara applicazione del diritto eurounitario, il quale – come statuito dalla citata giurisprudenza europea – afferma che la / nullità (sancita, dapprima dall’art. 85, n. 2 del Trattato di Roma, dipoi dall’art. 81 del Trattato CE, infine dall’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea) è assoluta, e che l’accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e «non può essere opposto ai terzi». Si tratta, invero, proprio di quella nullità «ad ogni effetto» che sancisce la norma nazionale succitata, e che si riverbera sui contratti stipulati a valle dell’intesa vietata anche con soggetti terzi, estranei all’atto a monte, ma ai quali tale atto non è comunque opponibile. 2.17. Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una «nullità speciale», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea e 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell’«ordine pubblico economico»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999). In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 cod. civ.) e delle altre nullità conosciute dall’ordinamento – come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) – in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime – come detto – è da ravvisarsi nell’esigenza di salvaguardia dell’«ordine pubblico economico», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust. 2.17.1. Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui – come nell’ordinamento italiano – l’istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, è – del resto – ben noto al diritto comunitario. *Omissis* 2.18.1. Va, per contro, esclusa – per diversi ordini di ragioni – la nullità totale del contratto a valle, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del presente giudizio. Ed invero, anche a prescindere dalle critiche mosse a siffatta impostazione – sotto i diversi profili della inconfigurabilità di un collegamento negoziale tra intesa e fideiussione, della non ravvisabilità di un vizio della causa o dell’oggetto, ecc.) –, è proprio la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990 e dall’art. 101 del Trattato succitato ad escludere l’adeguatezza del rimedio in questione. È di tutta evidenza, infatti, che – stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza – i contratti a valle sono integralmente nulli – come rilevato da autorevole dottrina – esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest’ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole

dell’intesa a monte dichiarate nulle dall’organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere – in concreto – una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. *Omissis* 2.19. Orbene, nella fattispecie in esame, la Corte d’appello ha accertato – con valutazione di merito incensurabile in questa sede – che le clausole contenute nelle fideiussioni in questione erano del tutto coincidenti con le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI, facendo applicazione del principio, più volte affermato da questa Corte, secondo cui la produzione del provvedimento dell’Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione. 2.19.1. Si è, invero, affermato – al riguardo – che in tema di accertamento dell’esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall’art. 2 della l. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d’Italia di accertamento dell’infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall’art. 19, comma 11, della l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un’elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano – eventualmente – in esso pronunciate. Il giudice del merito è, quindi, tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all’attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all’ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (Cass., 22/05/2019, n. 13846). 2.19.2. La Corte territoriale ha, quindi, correttamente dichiarato la «nullità, per violazione dell’art. 2, comma 1, lett. a) l. 287/1990 degli articoli 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa», lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali. 2.20. Dalla ritenuta nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell’intesa vietata – nella specie diretta a falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale, mediante un’attività consistente nel fissare direttamente talune «condizioni contrattuali» – discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale. 2.20.1. Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui è causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d’Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall’art. 1419 cod. civ., nonché dalle affermazioni della giurisprudenza europea succitate. 2.20.2. Ne discende, poi, la rilevanza d’ufficio di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.). Si è – per vero – stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all’esito di tale indicazione officiosa, omettano un’espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l’originaria pretesa non potendo inam-

missibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (Cass. Sez. U., 12/12/2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 18/06/2018, n. 16501). 2.20.3. Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (Cass. 15/11/2010, n. 23057) e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 cod. civ., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647), nonché dell'azione di risarcimento dei danni. 2.21. *Omissis* Va affermato il seguente principio di diritto: «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della

legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

(*Omissis*)

[Sulla pronuncia si veda anche la Discussione in corso di pubblicazione nel prossimo fascicolo].

La sofferta dialettica tra contratto e diritto *antitrust* nella prospettiva del c.d. *private enforcement*

di Maria Stella Maisano*

L'attesissima decisione delle Sezioni Unite si pronuncia sull'ostico problema della sorte dei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale, ai sensi degli artt. 2 l. 10.10.1990, n. 287, e 101 TFUE. Dopo aver passato in rassegna le principali tesi che si sono contese il campo, viene accolta la soluzione della nullità parziale di tali contratti, funzionalmente collegati al modello negoziale di fideiussione proposto dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), dichiarato nullo nella parte in cui prevedeva delle clausole lesive del gioco della concorrenza. Il percorso argomentativo tracciato dai giudici di legittimità impone delle riflessioni in merito alla necessaria elasticità dell'apparato rimediabile predisposto dal codice civile, e alla sofferta dialettica tra principio dell'autonomia privata e diritto *antitrust*, della cui distanza, concettuale e pratica, è agevole essere avvertiti.

I. Il caso

Con ricorso, proposto da G.B., ai sensi dell'art. 33 della l. del 10.10.1990, n. 287, la Corte d'appello, adita in unica istanza, dichiara la nullità parziale dei contratti di fideiussione, stipulati dal ricorrente con l'Intesa Sanpaolo s.p.a., sull'assunto della conformità degli stessi al modulo *standard* predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e contenente clausole poi considerate, dalla Banca d'Italia nel 2005, anticoncorrenziali, se applicate in modo uniforme, ai sensi dell'art. 2, comma 2^o, lett. a) della l. n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE. Avverso tale pronuncia, It. s.p.a., in qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., propone ricorso per Cassazione.

Con ordinanza interlocutoria del 30.4.2021, n. 11486, la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla sorte dei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale – tema sul quale si prende atto che vi è divergenza di opinioni sia in dottrina, sia in giurisprudenza, di merito e di legittimità – rimette la decisione alle Sezioni Unite, trattandosi di una questione di particolare valore nomofilattico.

Il Supremo Consesso ripercorre le principali posizioni sul tema, e accoglie il ricorso, dichiarando così la nullità parziale dei contratti di fideiussione solo nella parte in cui riproducono le clausole illecite dello schema ABI. E ciò sulla base del c.d. «collegamento funzionale» instauratosi tra l'intesa anticoncorrenziale a monte e il contratto di fideiussione a valle, che della prima costituisce attuazione.

II. Le questioni

1. I termini del dibattito.

Gli artt. 2, 6 e 8 – che prevedono, rispettivamente, la clausola di rinuncia ai termini, di sopravvivenza e di reviviscenza (STELLA, *infra*, sez. IV) – dello schema di fideiussione *omnibus* predisposto dall'ABI sono stati dichiarati nulli, ai sensi dell'art. 2, 2^o e 3^o comma, l. n. 287/1990, dalla Banca d'Italia, con provvedimento del 2.5.2005, n. 55 (*infra*, sez. IV), perché, se applicati uniformemente dalle banche aderenti all'associazione, sono stati reputati idonei a falsare in modo rilevante il gioco della concorrenza. Ciascuno di detti articoli, di

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

per sé, costituisce deroga legittima alla disciplina codicistica; ad essere distorsiva, invece, è la loro applicazione standardizzata, nella misura in cui determinano, a danno dei clienti, un'offerta contrattuale sostanzialmente identica da parte delle banche.

Se da un lato, in linea generale, può dirsi che le raccomandazioni relative all'adozione di determinate clausole – per l'appunto, quelle proposte dall'ABI, non vincolanti per le banche associate – possono valutarsi con minor rigore, ai fini anticoncorrenziali, stante il loro limitato significato di suggerimento di miglioramenti tecnico-legali nella costruzione dei rapporti contrattuali (LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza*, 175, *infra*, sez. IV), nel caso che qui ci occupa, la contrarietà alle ragioni del diritto *antitrust* si rinviene nell'inesistenza di un legame funzionale tra le clausole in questione e un più agevole accesso al credito bancario: anzi, lo scopo precipuo è quello di addossare sul fideiussore il rischio di eventuali negligenze imputabili alla banca, nonché di possibili cause di invalidità dell'obbligazione garantita, o atti estintivi della stessa.

In sostanza, la serialità nell'offerta bancaria priva di un'effettiva libertà di scelta il fideiussore, costringendolo a vincolarsi solo a quell'unico tipo contrattuale, senza possibilità di "strappare" condizioni generali a lui più favorevoli.

La declaratoria di nullità di un'intesa siffatta ha suscitato un vivo dibattito in dottrina e giurisprudenza in relazione alla sorte di quei contratti di fideiussione *omnibus* che riproducono le condizioni contrattuali vietate.

Da un punto di vista soggettivo, occorre tener conto che le banche non prendono parte all'intesa illecita; da quello oggettivo, come chiarito in apertura, le deroghe codicistiche *de quibus* sono pur sempre consentite.

Per un più corretto inquadramento della questione, è bene dar conto degli indirizzi interpretativi che si sono susseguiti, in dottrina e in giurisprudenza, e che hanno trovato poi giusta sintesi nella sentenza in commento, ricca di riflessioni, tutte rivolte a verificare se la coincidenza di dette clausole possa per ciò solo far ritenere i contratti a valle, stipulati dalle singole banche non partecipanti al cartello, nulli, sebbene l'art. 2, comma 3°, della l. n. 287/1990 testualmente limiti tale sanzione alla sola intesa; o se legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno; o ancora se l'inserimento di dette clausole, nel rapporto tra banca-fideiussore, costituisca mera esplicazione dell'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

Si anticipa che le Sezioni Unite seguono sostanzialmente un approccio che intravede nel diritto *antitrust* un limite estrinseco all'iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost., e sempre libera, a patto che non contrasti con quelle stesse ragioni di utilità sociale che la normativa anticoncorrenziale espressamente presidia.

Non ha nulla di scontato questo argomentare perché il rapporto tra la libertà di concorrere nel mercato e la tutela della concorrenza è in sé antinomico: quest'ultima tende a limitare proprio quella libertà che gli operatori economici invece rivendicano (MAUGERI, 175, e ZENO-ZENCOVICH, 195, *infra*, sez. IV). Risiede quindi, il merito di questa pronuncia nell'operare un difficile bilanciamento, anche a scapito del tipico rigore applicativo delle categorie codicistiche tradizionali, tra le diverse istanze che vengono in rilievo, in un modo che si tenterà di descrivere nel prosieguo.

2. Gli argomenti a sostegno del (solo) rimedio risarcitorio. Le obiezioni.

I sostenitori (cfr., *infra*, sez. IV), che intravedono nel risarcimento del danno l'unico rimedio esperibile da parte dei fideiussori-utenti finali, avverso quei contratti consecutivi all'intesa dichiarata nulla, fondano la loro tesi sulla qualificazione della norma – segnatamente l'art. 2 della l. n. 287/1990 – alla stregua di norma di condotta la cui violazione è corredata da sanzioni amministrative.

Il contratto di fideiussione *omnibus* è perfettamente lecito; le norme codicistiche, cui lo schema dell'ABI, e poi i contratti a valle, derogano, sono dispositive.

È il suo rapporto con l'intesa a monte ad integrare abuso del potere negoziale da parte dell'istituto di credito, a danno del contraente al quale viene negata un'effettiva libertà di scelta e di determinazione nella singola operazione negoziale, in spregio agli obblighi di buona fede e correttezza nella fase che precede la conclusione del contratto e in quella esecutiva dello stesso. Tale asimmetria tuttavia non raggiunge la soglia del vizio invalidante, la sola a giustificare l'involgere di una tutela demolitoria.

Questo orientamento rimane, dunque, fedele alla nota distinzione tra norme di validità e norme di comportamento (CASS., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725, *infra*, sez. III), che qui si può sol richiamare, in virtù della quale è stato affermato il principio per cui, in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile, ove non altrimenti stabilito dalla legge, di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, che riguardano invece il comportamento dei contraenti, che può esser fonte esclusivamente di responsabilità.

Sulla scorta di quanto detto, i contratti di fideiussione sono infatti geneticamente perfetti, inclusa la causa, perché l'abuso realizzato dall'istituto di credito, a mezzo di una condotta pre – o postnegoziale, al più, potrebbe rilevare come unilaterale motivo illecito, la cui irrilevanza giuridica si ricava dall'art. 1345 cod. civ.

L'abuso di cui si discorre consiste nell'aver la banca

tratto consapevolmente vantaggio da un'intesa anti-monopolistica, costringendo il cliente a stipulare un contratto in senso a lui deteriore.

Costituisce, stante l'antigiuridicità della condotta abusiva, solo fonte di un diritto al risarcimento del danno, da attuare o nelle forme della repressione del dolo incidente, ai sensi dell'art. 1440 cod. civ., o richiamando la clausola generale del «danno ingiusto», ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Ma, come è stato giustamente rilevato (*ex multis*, DENOZZA, 406, e GENTILI, 697, *infra*, sez. IV; cfr., *infra*, sez. III), questa tesi presenta l'ovvio limite che il rimedio risarcitorio è inadeguato nell'ottica della disciplina della concorrenza, il cui bene della vita tutelato è il mercato, e mira a proteggere invece esclusivamente il singolo contraente, e solo se danneggiato patrimonialmente. Sicché in caso di mancata prova di un danno – nelle sue esplicazioni di danno emergente e lucro cessante – la condotta posta in essere dalla banca rimarrebbe impunita. Viene reputata una struttura carente al bisogno perché l'effettiva sussistenza del danno appare evento incerto. E al riguardo è stato proposto di percorrere la via delle penali *ex lege* poste a favore del fideiussore, in una misura che possa scoraggiare comportamenti scorretti sul mercato, in linea con la previsione dell'art. 120 *quater*, 7° comma, TUB.

L'impostazione di questa tesi è inoltre criticabile già nelle premesse perché fa derivare l'illiceità della condotta dall'omissione di un'informazione, irrilevante nell'economia del singolo contratto considerato, o più in generale dallo sfruttamento dell'illecito.

Ovviamente, rimane inteso che eventuali condotte abusive della banca perpetrate ai danni dei clienti, anche in occasione della conclusione di un contratto di fideiussione, saranno valutate sulla base delle norme e principi che di volta in volta si assumono violati; tuttavia ai fini del discorso in oggetto a dover essere contrastata è la standardizzazione dell'offerta bancaria, e non il contratto bancario, nella sua singolarità.

Alla luce di ciò, incongruo, rispetto alle istanze del mercato, è il *solo* rimedio risarcitorio, potendo esso concorrere con un rimedio invalidante, come ormai pacificamente consentito, seppur discusso sia il titolo di una siffatta responsabilità (sul punto, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi...*, 238, *contra* CASTRONOVO, 469, *infra*, sez. IV).

Anche ragioni di opportunità suggeriscono di respingere questa tesi, sia per un'asserita scarsa deterrenza del rimedio in esame, sia per le difficoltà ricollegate alla sua azionabilità: il termine di prescrizione più breve di cinque anni, le difficoltà legate alla prova del danno e del nesso di causalità, soprattutto se si tratta, non di uno squilibrio economico, ad esempio derivante dall'imposizione di determinate tariffe o prezzi, ma normativo (GUIZZI, *I contratti a valle*, 1173, *infra*, sez. IV).

3. *La nullità dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale.*

Salvo alcune opinioni minoritarie, come quella di chi sostiene l'applicabilità al caso che interessa di istituti quali l'annullabilità (MELI, 187, *infra*, sez. IV) o la riconduzione a equità del contratto (GUIZZI, *Mercato concorrenziale...*, 495, *infra*, sez. IV), l'altro filone che si è creato è quello della nullità dei contratti a valle e tale tesi è stata, in una prospettiva generale, variamente argomentata. Il ricorso alla tutela reale fa da *fil rouge* a ciascuna di queste prospettazioni, che differiscono però sensibilmente in ordine alla giustificazione su cui la si fonda.

4. (*segue*) *La nullità integrale. Le obiezioni.*

In primo luogo, occorre dar conto di quell'orientamento (SALANITRO e BASTIANON, *infra*, sez. IV) che postula la nullità dei contratti a valle in forza di un presunto collegamento negoziale con l'intesa a monte. Si tratterebbe di un'ipotesi di nullità derivata, in ossequio al principio *simul stabunt simul cadent*.

La condotta che viene valutata per gli effetti di cui all'art. 2, comma 3°, l. n. 287/1990 è comprensiva sia dell'intesa propriamente detta, sia dei contratti a valle che della prima sono ritenuti attuativi. Questi ultimi, quindi, sono considerati coesenziali a realizzare quella funzione unitaria cui l'intesa tende.

Questa tesi presta il fianco a critiche insuperabili, mosse anche dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento. Innanzitutto, il collegamento negoziale presuppone una volontà comune preordinata ad un unico interesse pratico illecito – vale a dire quello dell'alterazione del mercato – che qui si ritiene non sussistere almeno in relazione al fideiussore che anzi subisce gli effetti dell'intesa, senza parteciparvi in alcun modo; il collegamento deve essere tale anche oggettivamente nel senso che l'uno in concreto non si giustifica senza l'altro (tra i molti, DEL PRATO, *Dieci lezioni...*, 59, *infra*, sez. IV). Inoltre, presupporrebbe sempre un'intesa a monte realizzata per mezzo di atti aventi natura negoziale, con esclusione di quei comportamenti materiali che costituiscono frutto di un'oggettiva concertazione, privi di alcuna connotazione contrattuale.

Altri autori ancora (cfr., *infra*, sez. IV), invece, sostengono che i contratti *de quibus* siano affetti da un vizio strutturale – talora illiceità della causa, talaltra dell'oggetto –, dunque fondano la nullità sul disposto del comma 2° dell'art. 1418 cod. civ.

La causa del contratto di fideiussione è illecita nella misura in cui essa è rivolta a realizzare la funzione anticoncorrenziale; o comunque il contratto a valle è diretto ad eludere la disciplina *antitrust*, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.

Ad essere illecito, invece, secondo altri (in partico-

lare, CASTRONOVO, 473, *infra*, sez. IV), è l'oggetto del contratto. Il prezzo, al cui pagamento si obbliga il fideiussore, è comprensivo anche di tutte le condizioni contrattuali, incluse quelle mutate dallo schema ABI. Quindi l'oggetto di quest'ultima, la cui illiceità è stata accertata con apposito provvedimento, se trasfonde nel contratto a valle, ne trasferisce altresì le ragioni antimonopolistiche. Ed è giocoforza concludere nel senso della sua nullità.

Non è tuttavia ravvisabile una nullità strutturale: semplicemente la funzione anticoncorrenziale non asurge nemmeno a causa in concreto; la funzione di garanzia, assolta dal contratto di fideiussione, non viene di per sé alterata per il fatto che una determinata clausola, inserita nell'autoregolamento, è stata programmata a monte in un accordo di cartello. L'oggetto potrebbe essere una «conseguenza in sé ammissibile di una negoziazione [...] con effetti perversi» (GENTILI, 692, *infra*, sez. IV).

Le condizioni contrattuali, dalla cui asserita illiceità si fa dipendere il ricorso alla tutela reale, sono intrinsecamente lecite; se inserite in un contratto potrebbero essere valutate solo lungo il versante della disciplina consumeristica e quella di cui agli artt. 1341-1342 cod. civ. (DE NOVA, 489, e CIPRIANI e CAZZETTA, 461, *infra*, sez. IV), e la loro presunta abusività potrebbe essere facilmente superata da un'espressa accettazione da parte del contraente aderente o dalla prova di una negoziazione riservata alle stesse.

C'è anche chi (cfr., *infra*, sez. IV) ha scomodato direttamente il 1° comma dell'art. 1418 cod. civ. – la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative.

I contratti di cui si discorre, stipulati in conformità ad un'intesa a monte, sarebbero per ciò solo considerati lesivi del mercato, contrasterebbero con la normativa *antitrust*, imperativa, e proprio in ragione di detta contrarietà verrebbe comminata la più grave sanzione della nullità integrale. Ma ciò è sconfessato proprio sulla base di quella distinzione, richiamata nel paragrafo precedente, cui si rinvia, tra norme di validità e di comportamento.

Si osserva giustamente che il tipo negoziale non è nullo in quanto direttamente vietato dalla l. n. 287/1990: nella loro tipica dimensione privatistica di atti fonti di diritti e obblighi, questi contratti di fideiussione non contrastano con alcuna norma imperativa.

Ad essere vietata è l'alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato realizzata dalla loro standardizzazione, in cui appunto tutti i contratti riconducibili al medesimo tipo – fideiussione *omnibus* – prevedono le medesime condizioni. Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza comunitaria (cfr., *infra*, sez. III) secondo cui l'art. 101 TFUE conferma la sanzione della nullità per le sole intese, mentre i contratti conclusi dalle imprese del cartello con i terzi non sono travolti da

tale declaratoria e anzi sulla loro sorte hanno competenza esclusiva i singoli ordinamenti nazionali.

Sebbene sembra essere isolata (GENTILI, 701 ss., *infra*, sez. IV), per esigenza di completezza, è bene tenere conto anche di un'altra tesi autorevolmente sostenuta. A detta del commentatore, l'interrogativo circa la sorte dei cc.dd. contratti a valle trova la sua risposta nella legge: vietata è la pratica restrittiva della concorrenza, e nel caso che ci occupa ad essere pratica vietata è la stessa negoziazione seriale, a nulla rilevando l'intesa a monte, che al più potrebbe essere probante dell'esistenza della collusione (cfr., *infra*, sez. III).

Tutte le tesi innanzi esposte hanno, quale comune denominatore, la considerazione per cui la violazione della disciplina antimonopolistica – a prescindere che si realizzi in via diretta o mediata – non può che avere come necessaria conseguenza la nullità dei contratti di fideiussione a valle, non essendo tollerabile che, intervenuta la dichiarazione di invalidità dell'intesa *stricto sensu*, vi possano in qualche modo far sopravvivere gli effetti per mezzo di contratti che, sebbene non direttamente attuativi, nel senso che non costituiscono adempimento di obbligazioni nascenti dalla stessa, purtuttavia idonei a produrre i medesimi risultati distortivi (cfr., *infra*, sez. III).

Nemmeno questi orientamenti sono esenti da critiche, puntualmente riportate dalle Sezioni Unite, e alcune delle quali sopra richiamate.

5. (segue) La nullità parziale. Le obiezioni.

Una diversa impostazione viene seguita da coloro (cfr., *infra*, sez. III e IV) che, sempre sul rilievo dell'invalidità dei contratti di fideiussione che riproducono le clausole anticoncorrenziali, ritengono che si versi in un'ipotesi di nullità parziale. Tale soluzione – poi accolta dalle Sezioni Unite, nei termini che si diranno a breve – sarebbe in linea con il principio di conservazione dell'atto giuridico, di cui all'art. 1419, comma 1°, cod. civ., che costituisce la regola. E qualsiasi deviazione deve necessariamente essere residuale ed essenziale, da valutarsi a seguito di un giudizio probabilistico condotto sul modello della prognosi postuma.

L'estensione del rimedio demolitorio all'intero contratto sarebbe possibile solo laddove si riuscisse a superare la presunzione in base alla quale, dal lato del cliente-fideiussore, egli avrebbe ugualmente concluso il contratto, pur espunte quelle clausole; e lo stesso dicasi per la banca perché altrimenti, senza il contratto di fideiussione, il credito concesso sarebbe privo di qualsivoglia garanzia.

Questa argomentazione non ha trovato consenso unanime (DOLMETTA, 17, *infra*, sez. IV). È stato sottolineato che le ridette clausole svolgono un ruolo caratterizzante tale che la garanzia fideiussoria epurata dalle stesse avrebbe potuto anche determinare la banca

a non concedere proprio il finanziamento. E ciò sarebbe sufficiente a ritenere formata una solida prova per presunzioni di essenzialità delle stesse, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ. Il parametro di valutazione deve essere riferito al momento della conclusione del contratto: all'epoca in cui esisteva il cartello tra le banche, non è ipotizzabile che il fideiussore sarebbe riuscito a concludere il contratto a condizioni diverse (DENOZZA, 413, *infra*, sez. IV).

In un'ottica di tutela della parte debole del rapporto negoziale, vittima di una contrattazione svantaggiosa, si è fatto riferimento anche all'art. 36 cod. cons. (SCOGNAMIGLIO, 744 ss., *infra*, sez. IV) che prevede testualmente la nullità delle clausole elencate dall'art. 33, n. 2, lett. a) e b). Nell'ambito di applicazione di quest'ultimo, vi rientrerebbero anche le clausole di rinuncia ai termini, di sopravvivenza e di reviviscenza. E dal punto di vista soggettivo, il fideiussore-consumatore può ben servirsi dei rimedi che la disciplina consumeristica gli offre.

Il ricorso ad una disciplina di settore giustifica la nullità anche nella prospettazione di coloro che applicano l'art. 9, l. 18.6.1998, n. 192 che testualmente commina la nullità di tutti quei patti tramite cui si realizza l'abuso di dipendenza economica, e la cui interferenza con le norme *antitrust* è confermata dal successivo comma 3 *bis*. Laddove a venire in rilievo non è il rapporto professionista-consumatore, ma professionista-professionista, e ricorrendone i presupposti, allora si potrebbe applicare la disciplina dettata in tema di subfornitura.

Il limite è lapalissiano: è una soluzione adatta a casi particolari, insuscettibile di essere generalizzata a tutte le fattispecie.

Infatti, sono ipotesi speciali, ed in quanto eccezionali, non se ne può predicare in alcun caso un'applicazione estensiva o analogica.

6. Le Sezioni Unite sull'invalidità dei cc.dd. contratti a valle.

Le Sezioni Unite aderiscono alla tesi che intravede nel caso di specie un'ipotesi di nullità parziale ed enunciano il seguente principio di diritto: «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulle, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata una diversa volontà delle parti».

Vengono escluse l'efficacia del solo rimedio risarcitorio ed anche l'estensione degli effetti invalidanti derivanti dalla tutela reale a tutto il programma negozia-

le, soprattutto in considerazione del fatto che già a monte lo schema ABI è stato dichiarato parzialmente nullo relativamente alle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8. La parzialità è sancita sempre sul rilievo che essa costituisce la regola generale, e le deviazioni da esse sono consentite previa verifica da espletare tramite un giudizio di volontà ipotetica dei contraenti.

Si tratta di una soluzione di compromesso, volta a contemperare i diversi interessi in gioco: da un lato il benessere dei mercati, dall'altro la tutela del sistema bancario e del risparmio, altrimenti leso se tutti i crediti garantiti da quelle fideiussioni rimanessero scoperti.

L'eliminazione dello squilibrio contrattuale, causalmente riconducibile all'illecito a monte, svolge una funzione riequilibratrice, sia nella dimensione atomistica del singolo contratto, sia in quella seriale, perché mette capo ad una forma di tutela specifica.

L'intesa, in sé considerata, viene assimilata ad una sorta di contratto normativo; in quanto tale, riceve concretezza dal contratto a valle che appunto diventa lo strumento attraverso cui l'intesa, illecita per violazione *diretta* della normativa *antitrust*, produce effetti concreti. A *contrario*, senza i contratti a valle, l'intesa a monte rimarrebbe un atto generale, potenzialmente dannoso, ma ad ogni modo privo di un'effettiva attitudine concreta (CASS., 4.2.2005, n. 2207; CASS., 1^o.2.1999, n. 827, *infra*, sez. III). È il risultato teleologicamente raggiunto dalla commistione di intesa a monte e contratti di fideiussione a valle a produrre effetti perversi per il mercato.

Si instaura dunque un «nesso funzionale» (DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto...*, 26, *infra*, sez. IV) che, seppur tecnicamente distinto dal nesso negoziale, produce una conseguenza simile al principio *simul stabunt simul cadent*.

I contratti a valle sono travolti in ragione di una nullità derivata, volta a tutelare l'ordine pubblico economico, che trova il proprio fondamento nell'art. 41 Cost.

Se è vero che le parti, nella loro autonomia, possono regolare i loro interessi nel modo che ritengono ad essi più funzionale, rimane però sempre fermo l'obbligo, di fonte costituzionale – art. 41 Cost. – a che l'esplicazione di detta autonomia non avvenga in contrasto con l'utilità sociale. Ciò è ribadito anche dall'art. 1322, comma 1^o, cod. civ. nella parte in cui fa riferimento ai «limiti stabiliti dalla legge», *ivi* compresi i principi costituzionali e le norme sovraordinate, tra cui la l. n. 287/1990, di derivazione comunitaria.

Seppure in diverso contesto, già autorevole dottrina (DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto...*, 105, *infra*, sez. IV) ha osservato che, nel caso di situazioni di potere, sfruttate in modo abusivo per ottenere una certa conformazione dell'autoregolamento, a venire in rilievo non sono le situazioni dei soggetti tra loro

– come avviene ad esempio nel caso di vizi del consenso –, o la fase precedente alla stipulazione del contratto, ma quel particolare rapporto tra soggetti e ordinamento che si sviluppa lungo la distinzione degli scopi lecitamente perseguibili da quelli, invece, inibiti.

E, nel caso in esame, il contrasto con la norma imperativa si coglie 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.

Tutte le banche vi si adeguano, dandovene concretezza, nel momento in cui determinano la standardizzazione e condizionano il contenuto del contratto, che è sì liberamente determinabile, ma sempre nei limiti della normativa *antitrust*. L'assetto di interessi realizzato da ciascun negozio è pienamente lecito sul piano causale, ma l'ingiustizia emerge dai termini della complessiva operazione.

Questa conclusione, a detta degli ermellini, è altresì legittimata espressamente dal dato normativo, in specie dal 3° comma, art. 2, l. 287/1990 dove espressamente si legge che l'intesa è nulla «ad ogni effetto».

La disposizione è stata richiamata per replicare alla considerazione del Procuratore Generale che, nelle conclusioni rassegnate, esprime il timore che l'invalidità dei contratti di fideiussione introduca una tutela reale atipica.

L'argomentazione sembra ad una prima lettura apodittica. Ma, a ben vedere, è stata spesa per sostenere che il collegamento funzionale tra intesa e contratti a valle produce, considerato complessivamente, quel risultato censurato: se si lasciassero sopravvivere le garanzie fideiussorie, allora la nullità comminata all'intesa, e la sua conseguente inopponibilità a terzi, rimarrebbero lettera morta, ed anzi *contra legem* perché sarebbe altrimenti consentito al cartello, in via elusiva, un'attitudine vincolante per mezzo di questi contratti.

In conclusione, si tratta di una soluzione che è autorizzata dalla disciplina codicistica e promana direttamente dalla legislazione speciale orientata alla salvaguardia dell'assetto competitivo del mercato.

III. I precedenti

1. I termini del dibattito.

Non si è reso necessario rifarsi a precedenti giurisprudenziali per la stesura del paragrafo.

2. Gli argomenti a sostegno del (solo) rimedio risarcitorio. Le obiezioni.

A favore del solo rimedio risarcitorio, si v. CASS., 11.6.2003, n. 9384, CASS., 13.2.2009, n. 3640, CASS., 20.6.2011, n. 13486, CASS., 23.3.2016, n. 1703, repe-

ribili tutte su *Italgire*; CASS., 26.9.2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, I, 358.

Anche tra la giurisprudenza di merito, si è diffusa l'idea dell'inidoneità della tutela reale. Ne consegue che l'unica forma di tutela esperibile a fronte di altre violazioni rilevanti *ex art. 2, L. n. 287/1990*, diverse dall'intesa *ex lege* sanzionata con la nullità, è pertanto quella risarcitoria, attuabile sia nelle forme dell'iniziativa individuale, che dell'azione collettiva introdotta con l'entrata in vigore dell'art. 140 *bis*, d. legis. n. 206/2005; si vedano TRIB. NAPOLI, 1° 3.2019, n. 2338, in *www.expartecreditoris.it*; TRIB. ROMA, 8.11.2019, n. 17243, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*; TRIB. BOLOGNA, 29.10.2019, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*; TRIB. TREVISO, 30.7.2018, n. 1623, in *www.ilcaso.it*.

Sulla distinzione tra norme di validità e di comportamento, si v. CASS., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725, in *Contratti*, 3, 2008 e in *Danno e resp.*, 2008.

3. La nullità dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale.

Si registrano alcuni precedenti di legittimità che, pur esprimendosi a favore dell'applicazione di un rimedio invalidante, tuttavia non chiariscono il regime di detta nullità perché affrontano la questione solo incidentalmente: CASS., 20.6.2011, n. 13486, CASS., 12.12.2017, n. 29810, su *Italgire*.

4. (segue) La nullità integrale. Le obiezioni.

Per i precedenti di legittimità, oltre quelli sopra citati che sembrano *prima facie* propendere per una nullità integrale, si vedano anche: CASS., 19.2.2020, n. 4175, in questa *Rivista*, 2020, 765, e CASS., 1° 3.2021, n. 6523, in *DeJure*. Tra le pronunce di merito che si sono espresse nel senso della nullità totale dei contratti a valle, si vedano TRIB. SALERNO, 23.8.2018, n. 3016, in *www.quotidianogiuridico.it*; TRIB. BELLUNO, 31.1.2019, n. 53, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*; APP. BARI, 15.1.2020, n. 45, in *www.ilcaso.it*. Nel senso invece di nullità di protezione, si v. TRIB. SIENA, 14.5.2019, n. 21810, in *www.ilcaso.it*; TRIB. TREVISO, 24.11.2020, in questa *Rivista*, 2021, 293.

Sul rapporto tra intesa a monte e contratti a valle, si è pronunciata la giurisprudenza comunitaria. Si vedano CORTE GIUST. UE, 14.12.1983, causa C-319/82 e CORTE GIUST. UE, 13.7.2006, causa C-295/04, entrambe in *EUR-lex*.

5. (segue) La nullità parziale. Le obiezioni.

La tesi della nullità parziale è minoritaria tra la giurisprudenza di legittimità, si vedano CASS., 26.9.2019, n. 24044 e CASS., 13.2.2020, n. 3556, reperibili su *Italgire*. Delle pronunce di merito si vedano: TRIB. ANCONA, 17.11.2018, n. 1993, in *www.expartecredito-*

ris.it; in termini simili: TRIB. PADOVA, 29.1.2019, n. 21236, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*; APP. NAPOLI, 4.11.2019, n. 5264, in *www.dejure.it*; TRIB. MILANO, 23.1.2020, n. 610, in *www.dirittobancario.it*. Sulla estensione al fideiussore della nozione di consumatore si vedano CASS., 24.1.2020, n. 1666 e CASS., 16.1.2020, n. 742.

6. *Le Sezioni Unite sull'invalidità dei cc.dd. contratti a valle.*

La questione è stata rimessa alle SS.UU. da CASS., 30.4.2021, n. 11486, in *Corr. giur.*, 2021, 1181.

Le Sezioni Unite tengono conto di tutti gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza e sopra citati. Sembrano essere conformi, nel senso del collegamento negoziale: CASS., 1°2.1999, n. 827, su *Italgjure* e CASS., 4.2.2005, n. 2207 in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 120 ss.

IV. La dottrina

1. I termini del dibattito.

Per una sintetica ma efficace illustrazione della materia affrontata in commento, tra i molti, si rinvia a LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, 2015, 105 ss. Per il resto, si rimanda ai successivi riferimenti bibliografici.

2. Gli argomenti a sostegno del (solo) rimedio risarcitorio. Le obiezioni.

A favore della tesi del solo risarcimento, si sono espressi i seguenti autori più autorevoli. Si vedano, BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1134 ss.; ID., *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, III, 694 ss.; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 100. Nello stesso senso, tra gli altri, LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno resp.*, 1998, I, 933 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, *ivi*, 246 ss.; ID., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 1093 ss.; ID., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti «a valle»*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in questa *Rivista*, 2020, II, 379; OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 529. Sul punto ancora si vedano MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di OLIVIERI e ZOPPINI, Editori Laterza, 2008, 177 ss.; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola*

tutela riparatoria in chiave correttiva, in questa *Rivista*, 2020, II, 397 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Quest. giust.*, 2018, I, 144 ss.; RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, III, 572 ss.; MEOLI, *Gli interessi bancari tra oneri di forma e disposizioni antitrust*, in questa *Rivista*, 2003, I, 396, il quale nega il collegamento tra intesa e contratto «a valle»: «[i]l contratto a valle, in ogni caso, non è espressione di una partecipazione volitiva delle parti alla restrizione della concorrenza, né esso ne determina l'effetto».

Più in generale, in merito al rapporto tra illecito aquiliano e vizi della volontà, si v. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *www.judicium.it*.

Sulla citata distinzione tra regole di validità e di comportamento, la letteratura è sterminata, trattandosi di tema classico del diritto civile. Ci si limita qui a segnalare PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impr.*, 2008, III, 936 ss.; contra PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

3. La nullità dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale.

A favore della tesi dell'annullabilità dei contratti di fideiussione a valle, si v. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, 2001, 194. Si v. anche GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 79 ss.; ID., *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 1173. L'a. sostiene invece la possibilità di correggere lo squilibrio tramite il meccanismo della riconduzione del contratto ad equità.

Per le varie tesi sulla nullità di tali contratti, si rimanda alle citazioni successive.

4. (segue) La nullità integrale. Le obiezioni.

A favore di una nullità integrale del contratto, si vedano, tra gli altri, VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, III, 787 ss.; LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 175 ss.; PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, 469 ss.; LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, *Esi*, 2009, 21 ss.

La tesi della nullità del contratto per illiceità dell'oggetto è sostenuta da CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di*

responsabilità civile, in *Danno e resp.*, 2004, III, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, IV, 1165 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, III, 435 ss. Invece, sempre sul rilievo che si tratti di vizio strutturale, per illiceità della causa, si v. LA CHINA, *Commento all'art. 33*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di ALPA e AFFERNI, Utet, 1994, 647 ss.

Sostiene che i contratti stessi siano intesa illecita ai sensi dell'art. 2, l. n. 287/1990, si v. GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, IV, 676 ss.

A favore di una nullità integrale, si v. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'urgenza della tutela reale; la qualità della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, II, 12 ss.

Sull'applicabilità dell'art. 1341 cod. civ. alle garanzie fideiussorie, si v. CIPRIANI e CAZZETTA, *Le clausole in deroga nella fideiussione*, in *www.dirittobancario.it*.

In merito al fenomeno negoziale, tra i tanti, si è citato DEL PRATO, *Le dieci lezioni sul contratto*, Cedam, 2011, 59 ss.

5. (segue) La nullità parziale. Le obiezioni.

In generale, alcuni autori propongono un ventaglio di rimedi, ciascuno commisurato al tipo di contratto a valle di cui si discorre. In tal senso si vedano, oltre GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" ...*, cit., anche MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle*, in questa *Rivista*, 2020, II, 415 ss.

Hanno proposto l'estensione della nullità di protezione, SCOGNAMIGLIO, *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 744 ss. e NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, V, 523 ss.

L'applicazione dell'art. 9 della l. n. 192/1998 era stata sostenuta dall'ABF Milano 4.7.2019, n. 1588 e richiamata da CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI...*, cit., alla nt. 56.

A più ampio respiro, con illustrazione completa sul dibattito in oggetto, tra i molti si vedano NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (note a margine a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 497; STELLA, *Fideius-*

sioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'Autorità Garante della Concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?, in *Contratti*, 2020, 385 ss.; ID., *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, in *Jus civile*, 2020, II, 247 ss.; BORRILLO, *In tema di nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *www.dirittobancario.it*; CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, in *www.dirittobancario.it*; SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all'art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni omnibus) per violazione della disciplina antitrust (art. 2, l. n. 287/1990)*, in *Foro pad.*, 2017, 200; MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 85; DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in questa *Rivista*, 2020, II, 406 ss.

6. Le Sezioni Unite sull'invalidità dei cc.dd. contratti a valle.

Il paragrafo è dedicato esclusivamente alla sentenza in commento. Più in generale, sul collegamento funzionale si v. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 397 ss.;

sull'assunto che il contratto di fideiussione omnibus sia atipico e quindi soggiace al vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2°, cod. civ., si vedano GRECO e ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1414 ss.

Si v. anche ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *www.dirittobancario.it*.

In dottrina, sul legame tra autonomia privata e norme inderogabili, seppur nel diverso ambito della minaccia di far valere un diritto, e precursore della tesi sulla base della quale si è giustificata la nullità dei cc.dd. contratti di fideiussione a valle, ed anche più in generale sul ricorso al meccanismo del c.d. collegamento funzionale, si v. DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Cedam, 1990, 26 e 105 ss.

Lavoro

CASS. CIV., sez. lav., 22.9.2021, n. 25732 – RAIMONDI *Presidente Estensore* – CELESTE P.M. – C.P. (avv.ti De Marchis Gomez, Aiello e Summa) – Fondazione Accademica Nazionale di Santa Cecilia (avv.ti De Feo, M. Marazza, M. Marazza) – Cassa con rinvio App. Roma, 22.3.2019

LAVORO (RAPPORTO) – CONTROLLO – CONTROLLO DEL LAVORATORE – CONTROLLO DIFENSIVO – STRUTTURE INFORMATICHE – LEGITTIMITÀ – CONDIZIONI (cod. civ. art. 2119; st. lav., art. 4)