

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

EFFICIENZA DELLA TUTELA E PROTEZIONE DEL MERCATO

Michele Lobuono

EFFICIENZA DELLA TUTELA E PROTEZIONE DEL MERCATO[°]

Michele Lobuono

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

Il saggio analizza, senza alcuna pretesa di organicità e completezza, il rapporto fra efficienza della tutela e salvaguardia del mercato, naturalmente avendo riguardo alla materia specifica in esame, quella dei contratti di fideiussione omnibus recanti clausole conformi ai modelli predisposti dall'Associazione bancaria italiana. In questi contratti il controllo sul contenuto del contratto dovrebbe avere come punto di riferimento l'esercizio dell'attività economica e, quindi, nella valutazione del meccanismo di tutela astrattamente applicabile non si dovrebbe trascurare la considerazione dei diversi interessi superindividuali tutelati dalla disciplina della concorrenza e del mercato.

The essay analyzes, without any claim to organicity or completeness, the relationship between the efficiency of the protection and the safeguard of the market, naturally having regard to the specific matter under examination, that of omnibus surety contracts bearing clauses conforming to the models prepared by the Italian Banking Association (ABI). In these contracts, the control on the content of the contract should have as its point of reference the exercise of economic activity and, therefore, in the evaluation of the protection mechanism abstractly applicable, consideration of the various super-individual interests protected by the competition and market discipline should not be overlooked.

Sommario:

1. Lo scenario di riferimento
2. Fideiussioni *omnibus* e attività d'impresa
3. I rimedi applicabili ai contratti stipulati a valle: la nullità totale
4. La nullità parziale nella sentenza delle Sezioni Unite del 2021
5. Il risarcimento del danno
6. Considerazioni conclusive

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

1. Lo scenario di riferimento

La mia breve riflessione avrà ad oggetto, senza alcuna pretesa di organicità e completezza, il rapporto fra efficienza della tutela e protezione del mercato, naturalmente avendo riguardo alla materia specifica in esame, quella dei contratti di fideiussione *omnibus* recanti clausole conformi ai modelli ABI.

In via preliminare, mi sembra opportuno rilevare che il tema, nella parte in cui fa riferimento all'efficienza, finisce per orientare la riflessione, quanto meno una sua parte, in una prospettiva che richiede una sorta di valutazione, alquanto problematica, degli effetti derivanti dal ricorso ai diversi mezzi di tutela. In tal senso appare opportuno intendersi su cosa intendiamo per efficienza della tutela.

In termini riassuntivi possiamo immaginare che l'espressione si riferisca alla capacità di rispondenza dei mezzi di tutela ai fini perseguiti dall'ordinamento, fini all'interno dei quali – sempre nell'oggetto di queste brevi note – assume un chiaro valore di riferimento la protezione del mercato. E, dunque, nel tentativo di restare fedele al percorso tracciato, prima di entrare nel merito dell'analisi, mi sembra opportuno soffermarmi brevemente sul contenuto, direi sulla portata, dei due elementi di riferimento.

Partirei dal secondo tema, vale a dire dalla protezione del mercato, per provare a precisare alcuni aspetti utili alla riflessione. In primo luogo, occorre intenderci sul significato che assume nel contesto in esame il riferimento al mercato, in altri termini di quale mercato stiamo parlando. Sul punto è lo stesso provvedimento del 2005 della Banca d'Italia a indicare il cosiddetto mercato rilevante, laddove si afferma che «sotto il profilo merceologico lo schema predisposto dall'ABI attiene al mercato degli impieghi bancari. La fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie costituisce un contratto accessorio al rapporto principale, che intercorre fra il debitore e la banca».

Appare evidente allora che se ci poniamo nella prospettiva del mercato si rende necessario allargare lo sguardo per abbracciare non solo il contratto di fideiussione *omnibus* recante le clausole sanzionate dall'organo di controllo ma anche il rapporto principale, più precisamente il contratto fra il debitore e la banca. Ed è sempre la Banca d'Italia a precisare che l'istruttoria ha riguardato lo schema contrattuale relativo alla «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», alla prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca.

Queste brevi considerazioni rendono subito ragione della circostanza che lo scenario di riferimento non è identificabile in modo puro e semplice con lo schema della fideiussione *omnibus* così come elaborato dalla prassi negoziale. Al contrario, viene in evidenza l'attività economica esercitata dalle banche, più precisamente l'attività di concessione dei crediti.

Delineato in tal modo il mercato di riferimento occorre soffermarci su quel che intendiamo quando parliamo di protezione del mercato. I mercati sono ormai da tempo oggetto di interventi del legislatore non di rado stimolati dalla disciplina

comunitaria, interventi volti a garantirne un'adeguata protezione, come talvolta emerge dall'espressa indicazione degli obiettivi di riferimento. Si pensi, p. es., alla disciplina dell'intermediazione finanziaria, chiaramente indirizzata a garantire l'integrità dei mercati (di cui peraltro non viene offerta una vera e propria definizione). Nella prospettiva del tema che ci occupa, la protezione del mercato deve essere ricostruita avendo riguardo essenzialmente alla disciplina della concorrenza. A tale riguardo la l. n. 287 del 1990 contiene programmaticamente norme aventi ad oggetto non solo la tutela della concorrenza ma anche del mercato.

La vastità del dibattito non consente approfondimenti in questa sede, pertanto, mi limiterò a qualche considerazione di carattere generale sugli interessi tutelati con la disciplina in esame. Come è noto, la l. 287 è applicabile, in base alla sua disposizione di apertura: alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese «in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», disposizione che riveste un ruolo centrale nella pronuncia della Cassazione civile, Sezioni Unite, 30 dicembre 2021, n. 41994, relativa ai contratti di fideiussione conformi ai modelli proposti dall'ABI, sulla quale avremo modo di tornare più avanti.

Riferendosi a tale previsione, invero, Giorgio Oppo parlava di «strabismo costituzionale» della legge in quanto i limiti, le condizioni e i divieti che incidono sull'esercizio di una libertà preesistente non possono considerarsi posti a garanzia della libertà medesima ma solo a garanzia di valori che la sovrastano¹.

Valori che nella nostra materia è agevole identificare in quelli indicati nel secondo comma dello stesso art. 41 Cost. e anzitutto nella utilità sociale alla quale può ricondursi anche la tutela del mercato. E di regola, l'utilità sociale va apprezzata in concreto, ciò vale soprattutto quando il giudizio debba tener conto di una pluralità di esigenze o valori che occorre conciliare o tra i quali è da stabilire un ordine di prevalenza. Ne consegue che occorre una scelta successiva che determini l'utilità concreta o l'utilità da far prevalere in concreto: una scelta che può essere fatta dal legislatore o che il legislatore può demandare in tutto o in parte ad altri (per limitarci alla materia in esame pensiamo al ruolo delle autorità di controllo e della giurisprudenza).

In questa prospettiva viene in considerazione la problematica relativa all'applicazione delle norme sulla concorrenza al mercato degli impieghi bancari, in particolare delle fideiussioni richieste a garanzia degli impieghi. Come negli altri settori economici anche nel comparto bancario la regolazione del mercato «non guarda all'equilibrio e alla struttura normativa del singolo contratto, isolatamente considerato, né alla formale legittimità del processo formativo dell'accordo, ma considera l'idoneità di quel regolamento di interessi a garantire un'adeguata dinamica concorrenziale»².

¹ OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «Tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss.

² ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 196.

Le autorità antitrust del settore bancario, la Banca d'Italia e successivamente l'Autorità garante della concorrenza, sono state chiamate a garantire la salvaguardia del mercato, avendo riguardo all'interesse generale al suo buon funzionamento, interesse che trascende (sebbene comprenda) quello dei singoli operatori.

La Banca d'Italia, pur consapevole della rilevanza economica dell'attività di erogazione del credito, ha ritenuto comunque che le note clausole previste dalle NUB – sulle quali avremo modo di ritornare – fossero lesive della concorrenza. Ora in questa sede non è in discussione la decisione di Bankitalia, se cioè risponda in modo effettivo alla protezione del mercato; piuttosto si tratta di indagare il rapporto fra questa protezione, fra gli interessi e i valori sottesi alla disciplina della concorrenza e i meccanismi di tutela relativi ai singoli contratti a valle. E a questo riguardo ovviamente la citata pronuncia delle sezioni unite, sulla quale ritorneremo, rappresenta un punto di riferimento ben più significativo.

2. Fideiussioni *omnibus* e attività d'impresa

Prima di un rapido esame delle singole tecniche di tutela, appare necessario tracciare le coordinate di riferimento delle fideiussioni *omnibus* per meglio inquadrare l'*enforcement* privato nel contesto in esame. Nella maggior parte dei casi la fideiussione *omnibus* è prestata da una persona che ha un interesse diretto all'erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell'imprenditore che presta la garanzia a favore dell'impresa familiare gestita da quest'ultimo.

Il garante può tuttavia essere estraneo all'attività dell'impresa e in ogni caso il suo patrimonio rimane distinto da quello del garantito; non può affermarsi, quindi, che l'eventuale onere sostenuto dal fideiussore ricada sul debitore incidendo in senso stretto sul costo complessivo del finanziamento. Nelle ipotesi – meno frequenti – di fideiussioni *omnibus* non rilasciate da persone fisiche, vengono in considerazione le garanzie prestate da imprese non bancarie, fra cui rientrano quelle concesse da imprese capogruppo a favore di società controllate.

Il ricorso prevalente, se non esclusivo, alle fideiussioni *omnibus* nell'esercizio delle attività d'impresa e al fine di garantirne lo svolgimento, rende opportuno, se non addirittura necessario, sviluppare l'analisi sui mezzi di tutela avendo riguardo, per un verso, al rapporto fra contratto e attività economica, la cui rilevanza appare ormai acquisita nella riflessione giuridica, per altro verso, al profilo dell'effettività dell'iniziativa imprenditoriale piuttosto che della fattispecie produttiva di effetti.

In sostanza emerge l'esigenza di un approccio metodologico che, per un verso, colga gli elementi ulteriori, in particolare la rilevanza dell'attività economica, idonei a procedere a una più adeguata comprensione del fenomeno negoziale di riferimento; per altro verso, non trascuri l'esigenza di distinguere il modo di manifestarsi dell'autonomia privata nell'esercizio dell'attività d'impresa dall'autonomia privata disegnata dalla disciplina generale del codice.

Come ho avuto modo di rilevare in alcuni scritti relativi al tema delle garanzie,

la rilevanza che assume il collegamento fra atto e attività implica che il mercato rappresenta il paradigma di riferimento per la valutazione dei meccanismi di *enforcement* utilizzabili dai privati³. In questo scenario, dunque, dovrebbe essere inquadrato l'intervento del giudice sui contratti di fideiussione a valle recanti le clausole conformi alle condizioni generali di contratto ABI sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia.

In questi contratti di garanzia il controllo sul contenuto del contratto dovrebbe avere come punto di riferimento l'esercizio dell'attività economica e, quindi, nella valutazione del meccanismo di tutela astrattamente applicabile non si dovrebbe trascurare la considerazione dei diversi interessi superindividuali tutelati dalla disciplina della concorrenza e del mercato.

Ciò implica che nel valutare la portata del rimedio, nel formulare il giudizio che possa determinare l'invalidità (totale o parziale) del contratto non si dovrebbe prescindere dalla efficacia (o se si vuole dall'efficienza) del rimedio nella dinamica del mercato e della sua disciplina, che tutela sia la concorrenza, sia come si è visto in principio l'iniziativa economica.

In concreto, significa considerare non solo i riflessi della valutazione operata in sede antitrust da Bankitalia rispetto alla fattispecie formale dei singoli contratti, ma anche gli effetti che deriverebbero dal ricorso ai suddetti mezzi di tutela nel segmento economico di riferimento e, quindi, nello svolgimento dell'attività di finanziamento.

3. I rimedi applicabili ai contratti stipulati a valle: la nullità totale

A questo punto, appare opportuno evocare i mezzi di tutela che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto applicabili ai contratti di fideiussione *omnibus* recanti clausole conformi ai modelli ABI. Come è noto, il tema ha dato origine a un vasto dibattito nel quale sono state prospettate in particolare la nullità dell'intero contratto, la nullità parziale del contratto nella parte che contiene le clausole ritenute contrastanti con le norme antitrust, il risarcimento del danno subito dal fideiussore che ha stipulato il contratto a valle recante le clausole frutto dell'accordo a monte.

Naturalmente in questa sede non è possibile approfondire nel dettaglio gli argomenti posti a fondamento dei diversi rimedi. Nel rinviare alla vasta bibliografia che ormai caratterizza questa materia⁴, mi sembra opportuno un breve riferimento ai percorsi giurisprudenziali per poi procedere a valutare la portata delle diverse soluzioni nella prospettiva della protezione del mercato, in particolare avendo riguardo alla protezione della concorrenza e dell'iniziativa economica.

³ Sul punto mi permetto di rinviare a LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, 7 ss.

⁴ Per una ricostruzione delle diverse soluzioni elaborate sul punto, fra gli altri cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, 467 ss.

La giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017 afferma la nullità totale, assoluta e insanabile dei contratti di fideiussione recanti le clausole conformi al modello ABI⁵. Il ricorso alla nullità integrale del contratto troverebbe la sua principale giustificazione nella circostanza che i contratti a valle sono da intendersi alla stregua di una parte integrante dell'intesa anticoncorrenziale. Ed effettivamente non sembra dubitabile che nella prospettiva della banca la conclusione del contratto finisca per dare attuazione a quanto convenuto in sede ABI.

In questa prospettiva si è affermato, p.es., che il primo comma dell'art. 1418 c.c. potrebbe rappresentare lo strumento in grado di rendere effettiva la tutela degli interessi protetti nei confronti delle banche. La citata disposizione è stata intesa alla stregua di una clausola generale invalidante che il giudice potrebbe applicare all'esito di una valutazione degli interessi in campo e al fine di dare applicazione quanto meno al principio di effettività. Il rimedio della nullità totale consentirebbe in sostanza di rendere effettiva la tutela apprestata dalla normativa antitrust, che finirebbe per essere elusa ove il contratto a valle continuasse a produrre i suoi effetti nonostante la nullità dell'intesa a monte.

Sul piano generale non si può ragionevolmente mettere in discussione che ai contratti a valle o a singole clausole degli stessi possa essere applicata la nullità quando anch'essi presentino causa oppure oggetto anticoncorrenziali. Il problema si pone piuttosto – come nei casi che ci occupano – laddove i contratti a valle abbiano una causa lecita e un oggetto altresì lecito e il vizio, la criticità, attiene piuttosto alla predisposizione del contenuto a monte nell'ambito dell'intesa o del cartello.

E, infatti, fra gli argomenti che consentono di escludere la nullità dei contratti a valle, occorre considerare in primo luogo che i contratti a valle hanno – come spesso si è rilevato – oggetto e causa autonomi, distinti dalle condizioni generali di contratto elaborate a monte dall'ABI. In altri termini le fideiussioni in esame, sul piano civilistico, sono contratti completi in relazione ai suddetti elementi del contratto, segnalandosi solo per la presenza di clausole conformi a condizioni generali di contratto predisposte a monte dall'ABI che spesso non sono neanche rilevanti nel giudizio fra banca e garante.

Ma nella prospettiva che stiamo cercando di delineare, quella cioè che mira a ricostruire il rapporto fra tutela individuale e protezione del mercato, c'è da chiedersi se la nullità dell'intero contratto possa ritenersi un rimedio efficiente, cioè garantisca la rispondenza ai fini perseguiti dall'ordinamento. Sul punto, occorre ricordare che sono in discussione singole clausole delle NUB che non attengono a condizioni di carattere economico ma al modo di operare, sul piano del rapporto, della fase di escussione della garanzia.

Come è noto, si tratta di previsioni negoziali che hanno la funzione di rafforzare la garanzia e che, dunque, considerate nella prospettiva del mercato di

⁵ In tal senso, Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846.

riferimento, quello degli impieghi, rispondono all'esigenza di tutelare l'esercizio del credito. Posta in questi termini, la portata delle clausole in questione, sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia in quanto utilizzate in modo generalizzato e uniforme nei confronti della clientela, dovrebbe essere considerata avendo riguardo alle valutazioni che le banche sono chiamate a operare al momento della concessione del finanziamento.

Il tema campeggia anche nel provvedimento che ha sanzionato le clausole, in particolare laddove l'Organo di controllo osserva che dal punto di vista del creditore, gli elementi che incidono sulla valutazione *ex ante* del merito di credito sono il rischio di insolvenza della controparte e la parte di credito che non è possibile recuperare in caso di inadempimento. Appare evidente che la presenza di garanzie a fronte del finanziamento è suscettibile di influenzare positivamente proprio quest'ultimo fattore.

La funzione di contenimento del rischio assolta dalle garanzie ha particolare rilevanza quando a essere finanziata è un'impresa che risponde con il proprio capitale, ma non con il patrimonio personale dell'imprenditore. Quest'ultimo, infatti, ha un incentivo a cercare di accrescere il rendimento degli investimenti assumendo rischi superiori a quelli inizialmente previsti, in misura tanto maggiore quanto minore è il capitale da lui conferito all'impresa.

In termini più generali il ricorso alle garanzie contribuisce a ovviare alle difficoltà connesse all'attività di finanziamento: la convenienza a fornirle al proprio creditore anziché pagare un interesse elevato è, infatti, maggiore proprio per le imprese caratterizzate da un profilo di rischio più contenuto, perché minore è la possibilità di perdere quanto dato in garanzia⁶.

Muovendo in una prospettiva che guardi agli effetti del rimedio, l'eventuale nullità dell'intero contratto a valle farebbe venir meno l'obbligo di garanzia sicché la banca rischierebbe di non ottenere la restituzione (anche solo in parte) della somma erogata in favore del debitore, laddove questo sia a sua volta inadempiente, anche qualora la controversia non avesse ad oggetto in senso stretto le clausole in questione. A tanto si aggiunga la circostanza, rilevata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che un ricorso indiscriminato alla nullità potrebbe stimolare reazioni strumentali e speculative da parte dei fideiussori, i quali invece al momento del rilascio della garanzia intendevano soddisfare determinati interessi professionali e commerciali.

4. La nullità parziale nella sentenza delle Sezioni Unite del 2021

A fronte di tale soluzione si è ipotizzato un diverso approccio che, in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, non abbia un carattere demolitorio dell'intera fideiussione. E, in effetti, prima ancora della

⁶ Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 "ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", punti 65 - 68.

sentenza delle sezioni unite nella giurisprudenza di merito era andato emergendo un orientamento che richiedeva una valutazione nel caso concreto delle clausole utilizzate dal fideiussore, non potendosi giungere a dichiarare la nullità dell'intero contratto laddove le clausole elaborate dalle intese illecite non incidessero sulla struttura e sulla causa del contratto.

In linea generale, la nullità parziale sembrerebbe in grado di garantire gli interessi tutelati dalla normativa antitrust in modo più ragionevole e proporzionato rispetto alla nullità dell'intero contratto. In dottrina e in giurisprudenza sono state formulate diverse ipotesi ricostruttive al fine di giustificare la nullità della clausola in sé considerata (per poi procedere alla valutazione richiesta dal primo comma dell'art. 1419 c.c.). La soluzione, come noto, è stata recepita nella citata pronuncia delle sezioni unite del 2021, di cui ovviamente non è possibile dare conto compiutamente in questa sede.

Ai nostri fini è sufficiente richiamare la sentenza nelle parti in cui si afferma che:

- siamo in presenza di una «nullità speciale», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della l. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a) – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico» (2.17);

- il contratto a valle deve ritenersi nullo solo in parte, 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 (2.18.1);

- la possibilità che l'intero contratto venga considerato nullo all'esito del giudizio *ex art.* 1419 c.c. viene considerata eccezionale.

I primi commenti hanno posto in evidenza una serie di criticità nell'iter argomentativo posto a fondamento della decisione. In particolare, fra l'altro, è apparsa censurabile la «pretesa di individuare una risposta univoca, di quelle che chiudono ogni discussione, senza prima lasciare che vada a compimento la sedimentazione dei molti stimoli connessi a un approccio interdisciplinare disagevole»⁷.

In questa sede, il tentativo di verificare sul piano dell'efficienza la soluzione della nullità parziale, così come adottata dalla pronuncia delle sezioni unite, rende necessario valutare ancora una volta la capacità di rispondenza del mezzo di tutela ai fini perseguiti dall'ordinamento. Il tema è complesso e richiederebbe un'approfondita valutazione di carattere preliminare delle clausole in esame alla

⁷ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 523. In tale prospettiva si ritiene ragionevole ricorrere, di volta in volta, alla nullità assoluta o alla nullità relativa, in relazione alle diverse ipotesi di fissazione di un *overcharge* o di un peggioramento qualitativo dell'ambiente contrattuale, sempre salva la possibilità di richiedere in via subordinata il risarcimento del danno (quando tale soluzione non sia preferibile in prima approssimazione). Cfr. anche PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, *ibidem*.

luce della normativa antitrust. Mi limiterò allora a rilevare che queste previsioni negoziali, al pari di altre elaborate nella prassi, finiscono per delineare una garanzia personale caratterizzata in termini diversi rispetto alla fattispecie tipica prevista dal legislatore, trovando la loro giustificazione sul piano funzionale nella ponderazione degli interessi legati all'attività di finanziamento.

Tanto precisato, sia pure in estrema sintesi e sul piano generale, proviamo a soffermarci con riferimento a questo aspetto su un passaggio della motivazione posta a fondamento della pronuncia delle sezioni unite. La sentenza per ben due volte si premura di precisare che 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 c.c., a poter determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale.

Il problema – secondo la Corte – è rappresentato dall'esistenza dell'intesa che incide sulla libertà di scelta del cliente (ed eventualmente sul piano patrimoniale). Ora, come è noto, nel provvedimento del 2005 la Banca d'Italia è giunta a sanzionare le clausole in questione in quanto hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

Dunque «per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c.» e per le c.d. clausole di «sopravvivenza» della fideiussione – diversamente dalle altre clausole delle NUB – non emergerebbero elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto con l'obiettivo di «garantire l'accesso al credito bancario».

In sostanza, nella prospettiva di Bankitalia la sanzione della nullità parziale dell'intesa trae origine da una valutazione di meritevolezza delle clausole che farebbe emergere uno squilibrio in favore della banca. La Cassazione, invece, sembra adottare sul punto un atteggiamento più sfumato laddove, come si è detto, afferma che la deroga all'archetipo codicistico della fideiussione e, in particolare, agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., non porrebbe problemi di sorta se inserita in un contratto singolo.

Piuttosto, alla luce del provvedimento della Banca d'Italia, sarebbe il «nesso funzionale» tra l'intesa a monte e il contratto a valle a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. A questo punto allora occorre chiedersi se la nullità parziale dei contratti a valle possa considerarsi efficiente nella prospettiva della protezione del mercato, dell'ordine pubblico economico richiamato nella sentenza delle sezioni unite.

Gli esiti di una ricostruzione di questo tipo andrebbero ricercati, per quanto si è detto in precedenza, attraverso una riflessione che avendo sullo sfondo l'ordine giuridico del mercato non si esaurisca in un giudizio di mera validità della fattispecie ma venga sviluppata in ragione della concreta incidenza dell'attività contrattuale sull'assetto dei rapporti concorrenziali. In tal senso, come si è visto,

c'è da chiedersi se non sia preferibile una diversa e alternativa prospettiva conoscitiva, che implica «la priorità dell'attività e dell'iniziativa economica rispetto al contratto, la cui valutazione avviene in funzione dell'inerenza e dell'intrinseca destinazione al mercato»⁸.

Una prospettiva di questo tipo ha consentito di accogliere nel nostro ordinamento, in tema di garanzie, lo schema del *Garantievertrag*, dei contratti autonomi di garanzia, caratterizzati da una serie di deroghe alle disposizioni del codice civile, fra cui proprio quella dell'art. 1957 c.c. In sostanza l'alterazione dello schema codicistico ha trovato giustificazione nell'esigenza di rendere possibile il finanziamento. Peraltro, deroghe all'art. 1957 c.c. si trovano anche negli schemi tipo delle garanzie previsti dai decreti ministeriali collegati al codice dei contratti pubblici e, dunque, in quel segmento di attività economica che vede la pubblica amministrazione quale committente.

Queste considerazioni, invero schematiche e meritevoli di ben altro approfondimento, relative alla sostanziale tenuta dei contratti di garanzia recanti clausole in deroga rispetto al codice, inducono a chiedersi se nel caso delle fideiussioni *omnibus* in esame ci troviamo effettivamente di fronte all'esigenza di salvaguardia dell'«ordine pubblico economico», come più volte ripetuto dalla Cassazione nella sentenza del dicembre 2021 per formulare un giudizio di invalidità delle clausole in esame⁹.

Il tema è complesso e naturalmente meriterebbe ben altro approfondimento; in ogni caso è chiaro che non è possibile prescindere dal provvedimento della Banca d'Italia, dall'affermazione di una violazione della disciplina della concorrenza per l'uso pressoché generalizzato delle clausole in esame. C'è allora da chiedersi ulteriormente se non sia preferibile una valutazione in termini di effettiva pertinenza della clausola rispetto all'oggetto della controversia anche per evitare usi strumentali della nullità al mero fine di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni del garante. In particolare, si rende opportuno valutare se in una prospettiva di conservazione del contratto, pure affermata dalle sezioni unite, alla soluzione che prevede la nullità della clausola con il conseguente giudizio ex art. 1419 c.c., sebbene eccezionale sia il rischio di invalidità dell'intero contratto, non sia preferibile una soluzione in termini di rimozione dei suoi effetti laddove il fideiussore dia la prova che la medesima clausola abbia in concreto leso i suoi interessi¹⁰.

⁸ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., 197.

⁹ Per una critica alle ragioni di ordine pubblico economico che hanno indotto le sezioni unite a interpretare in termini estensivi la norma *antitrust* sulla nullità delle intese anticoncorrenziali, v. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, 19 ss.

¹⁰ In tale prospettiva, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento allo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 394.

5. Il risarcimento del danno

Nel dibattito che ha caratterizzato questa materia le criticità in vario modo emerse con riferimento alla nullità hanno finito per orientare l'attenzione su altri rimedi, quali il controllo giudiziale sulla giustizia contrattuale con conseguente correzione equitativa del negozio e l'azione di risarcimento del danno¹¹. Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non vi sono dubbi in merito alla circostanza che il risarcimento del danno, ove ne sussistano le condizioni, possa essere riconosciuto al fideiussore anche nelle ipotesi di nullità totale o parziale del contratto.

Per altro verso, in base ad altre ipotesi ricostruttive si ritiene che il risarcimento costituisca l'unico rimedio disponibile ove il contratto a valle fosse considerato valido, non essendovi nullità né totale, né parziale del contratto. In tal caso, verrebbe in considerazione una responsabilità precontrattuale della banca da contratto valido volta a risarcire il pregiudizio subito dal fideiussore per essere stato indotto a stipulare un contratto a condizioni diverse rispetto a quelle che lo avrebbero caratterizzato senza il contegno anticoncorrenziale della banca.

Questa ricostruzione, a sua volta, deve fare i conti con alcune criticità, già sottolineate dalla dottrina, relative all'individuazione del danno. In primo luogo, occorre considerare che l'intesa in esame non riguarda condizioni di natura economica (o prezzi) bensì condotte relative all'esecuzione del rapporto nascente dal contratto di fideiussione. In secondo luogo, per le ragioni evidenziate dalla stessa Banca d'Italia nel provvedimento del 2005, va sottolineato che maggiori tutele per la banca in sede di escussione della garanzia possono corrispondere a condizioni economiche più vantaggiose nell'erogazione del finanziamento.

Posto che le clausole sanzionate attengono essenzialmente al più ampio arco temporale nel quale il garante è tenuto a rispondere nei confronti della banca, l'eventuale pregiudizio economico potrebbe essere legato alla circostanza che il fideiussore abbia tenuto vincolate per un periodo più ampio le somme necessarie all'eventuale pagamento. Appare evidente quindi, che la strada più agevole dovrebbe essere individuata nella liquidazione equitativa del danno¹².

Muovendo anche in questo caso in una prospettiva che guardi agli effetti del rimedio, l'eventuale risarcimento del danno avrebbe la funzione di tenere indenne il fideiussore rispetto al pregiudizio economico subito ma non farebbe venir meno l'obbligo di garanzia nei confronti della banca. Un assetto rimediabile di questo tipo è stato sottoposto a una serie di considerazioni critiche in particolare da chi ritiene che gli obiettivi perseguiti dalla disciplina antitrust trovino una tutela più efficace nella nullità. In tal senso, appare paradigmatica la posizione assunta dalla Corte di cassazione nella citata sentenza del 2021, dove si afferma che il rimedio risarcitorio tutelerebbe solo un interesse individuale, mentre quello basato

¹¹ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, 302.

¹² Sul punto, cfr. le considerazioni di STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, in *Jus Civile*, 2020, 294 ss.

sull'invalidità tutelerebbe un interesse generale al buon funzionamento del mercato.

Una ricostruzione di questo tipo non appare immune da critiche, in particolare ove si consideri che la pronuncia di nullità del contratto a valle non ha efficacia *erga omnes*, «perché ogni pronuncia di nullità di un contratto a valle è limitata dai vincoli soggettivi del giudicato, secondo le regole generali, e come tale può dirsi posta, anch'essa a tutela di un interesse individuale, alla stessa stregua del rimedio risarcitorio (fermo restando, poi che ambedue le discipline tutelano *anche* interessi generali)»¹³.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione sembra di poter dire che anche in questa materia, in particolare nella ricerca del rimedio più idoneo a tutelare il fideiussore che abbia stipulato il contratto a valle dell'intesa sanzionata in sede antitrust, si pone l'esigenza di valutare la portata del rapporto tra «forma giuridica e materia economica» muovendo dalla considerazione delle circostanze concrete e, quindi, delle condotte effettivamente poste in essere dagli operatori del mercato. E, allora, vengono alla mente le lucide considerazioni di un fine giurista particolarmente sensibile alle questioni del metodo giuridico, che, riflettendo sulla ricostruzione e individuazione della regola giuridica più conveniente e adatta, esortava a ritornare sempre e necessariamente al fatto « ma non già per riprodurre e ripetere – secondo l'ideale storicistico – la genesi del testo normativo e neppure per emettere giudizi tipologici o di sussunzione, bensì per verificare di volta in volta gli adattamenti subiti, le mutazioni intervenute, le configurazioni particolari assunte dal problema posto dal fatto nel momento del passaggio dalla statica e immobile, generale e astratta previsione di legge alla mutevole e sempre rinnovatesi situazione concreta, al vivo e vitale caso da decidere, visto nella determinatezza e specificità della sua peculiare consistenza storico-sociale. Il problema della ricerca della regola diviene, allora, il problema stesso della “comprensione” ermeneutica, e cioè quello della fissazione del “senso” corrispondente alla concreta, storica ed effettiva situazione di interessi dalla quale il testo ha preso avvio e tratto il suo campo di applicazione, di quel senso che – per il modo in cui si dà a comprendere – “si concreta e si compie (secondo la formula gadameriana) solo nell'interpretazione»¹⁴.

¹³ LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., 21.

¹⁴ SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 305.

