



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNALI 2022

ANNO X

## DEL DIPARTIMENTO JONICO

Umberto Violante

Nullità parziale e analisi economica del diritto: l'esempio  
delle fidejussioni omnibus conformi a schema ABI  
anticorrenziale





## DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

## DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

## COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

## COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Annalisa Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Lorenzo Pulito, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

## COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

### Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy  
e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)  
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



ANNOX  
**ANNALI 2022**  
DEL DIPARTIMENTO JONICO





Umberto Violante

NULLITA' PARZIALE E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: L'ESEMPIO  
DELLE FIDEIUSSIONI OMNIBUS CONFORMI A SCHEMA ABI  
ANTICONCORRENZIALE\*

ABSTRACT

Il contributo analizza la spinosa questione della sorte dei contratti di fideiussione omnibus c.d. a valle di intese restrittive della concorrenza. Più specificamente l'A. rileva che la nullità parziale, affermata dalle Sezioni unite con la pronuncia n. 41994/2021, è rimedio preferibile alla nullità totale del contratto e riceve il beneplacito dell'EAL. L'aver individuato, tuttavia, il rimedio azionabile dal fideiussore sul piano della tutela reale (per salvare la validità del contratto per il resto) è soluzione che presta il fianco al rischio della nullità per irrealizzabilità della causa concreta.

This paper analyzes the issue of the validity of the bank guarantees omnibus, drawn up in accordance with the ABI model, held in breach of art. 2 l. 287/90 by antitrust enforcer. The A. observes the solution of the partial nullity, affirmed by the judgment no. 41994/2021 of the Italian Supreme Court, is better remedy than the voidance of the contract in its entirety and it earns the approval of the EAL (economic analysis of law). Anyway, the favour for the partial nullity of the anticompetitive provisions (for saving the validity of the remaining contract) could be determine the consequence of the absence of a validity requirement, the "*causa concreta*".

PAROLE CHIAVE

Contratti di fideiussione omnibus – intese anticoncorrenziali – nullità parziale

Bank guarantees omnibus – anticompetitive agreements – partial nullity

SOMMARIO: 1. Fideiussioni ABI e normativa antitrust. – 2. Nullità parziale e approvazione dell'EAL. – 3. Tutela reale e funzione economico individuale: l'insidia connessa alla irrealizzabilità della causa. – 4. L'art. 1419, c. 1°, c.c. come espediente per garantire attuazione al principio dell'ingiustificato arricchimento dei contraenti.

1. L'ormai annosa vicenda della sorte dei contratti di fideiussione *omnibus* c.d. a valle di intese restrittive della concorrenza sembra aver trovato definitiva soluzione a favore dell'impostazione secondo cui il contratto di fideiussione stipulato da un terzo con un'impresa bancaria, che abbia riprodotto al suo interno clausole ritenute

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

dall'autorità di vigilanza in violazione degli artt. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE, dovrà ritenersi affetto da nullità parziale<sup>1</sup>. E' noto infatti che nell'ultimo quadriennio si sono contesi il campo due contrapposti orientamenti di legittimità: quello della nullità totale sia dell'intesa anticoncorrenziale a monte che della successiva fideiussione a valle, inaugurato dalla pronuncia n. 29810 del 12 dicembre 2017<sup>2</sup> e l'altro che, facendo leva sul principio della conservazione del negozio nullo, ha mostrato preferenza per l'opzione della nullità parziale<sup>3</sup>. Con la conseguenza di considerare nulle le sole clausole frutto dell'intesa illecita, ogni volta che, secondo l'indirizzo interpretativo espresso in particolare dalla decisione n. 24044 del 26 settembre 2019, "l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato" dalla loro espunzione dal regolamento contrattuale.

Inevitabile l'incertezza che ne è scaturita in seno alle corti di merito, sollecitate dalle iniziative giudiziarie proposte da garanti, di norma animati dall'intento di vedere dichiarato nullo nella sua interezza il contratto di fideiussione *omnibus*, per poter conseguire la completa liberazione dal vincolo contrattuale (così da sottrarsi alla restituzione di quanto dovuto dal debitore principale resosi inadempiente), allorché l'istituto di credito gli avesse richiesto il pagamento.

Esse in assenza di un indirizzo univoco hanno elaborato soluzioni diverse. Da un canto, propense ad affermare la nullità totale del contratto di fideiussione concluso con il terzo (estraneo all'intesa)<sup>4</sup> o ad ammettere la nullità delle sole clausole riproduttive dello schema negoziale ritenuto anticoncorrenziale<sup>5</sup>, in base all'applicazione congiunta

<sup>1</sup> Il riferimento è alla recente pronuncia di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, c. 514 con nota di R. Pardolesi, A. Palmieri, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*. Essa si inserisce in un contenzioso originato dal provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55, *Bollettino Agcm*, 17, 2005, con cui la Banca d'Italia che all'epoca rivestiva il ruolo di *antitrust enforcer*, aveva stabilito — anche a seguito di quanto evidenziato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere reso il 20 aprile 2005, n. 14251, *ibid.*) — che alcune disposizioni presenti nello schema contrattuale predisposto nel 2002 dall'Abi per disciplinare la fideiussione *omnibus*, a garanzia delle operazioni bancarie, comportavano, nella misura in cui fossero applicate in modo uniforme, una violazione dell'art. 2 l. 287/90

<sup>2</sup> Può leggersi in *Foro it.*, 2018, I, c. 152; sostanzialmente nello stesso solco Cass., 10 marzo 2021, n. 6523, in *Guida al dir.*, 2021, p. 17.

<sup>3</sup> Si vedano Cass., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044 in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 237; conf. Cass., Sez. III, 19 febbraio 2020, n. 4175, *id.*, 2020, p. 765.

<sup>4</sup> Per la tesi della nullità dell'intero contratto propendono tra le tante App. Bari, 12 novembre 2021, n. 1955; Trib. Benevento, 29 gennaio 2021, n. 144; Trib. Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018; Trib. Matera, 6 luglio 2020, n. 329, tutte in banca dati *DeJure*; App. Roma, 24 maggio 2021, in <[www.dirittodelrisparmio.it](http://www.dirittodelrisparmio.it)>; App. Bari, 19 maggio 2020, n. 730, in <[www.fideiussioninulle.it](http://www.fideiussioninulle.it)>; Trib. Siena, 14 maggio 2019 e Trib. Lucca, 24 dicembre 2020, in <[www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)>; Trib. Terni, 20 novembre 2020, in *Contratti*, 2021, p. 679, con nota di A. Pisapia, *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. «antitrust» e la nullità del contratto*.

<sup>5</sup> A favore della tesi della nullità parziale del contratto a valle si sono pronunciate App. Venezia, 13 aprile 2021, n. 1063; App. Torino 2 luglio 2021, n. 759; Trib. Vicenza, 12 ottobre 2021, n. 1884 Trib. Torino, 8 ottobre 2021, n. 4518; Trib. Pavia, 31 marzo 2021, n. 434 tutte in banca dati *De jure*; Trib.

della disciplina *antitrust* e delle regole di diritto comune, allorché la valutazione avesse assunto a presupposto la situazione di inscindibilità tra l'intesa a monte e il contratto a valle. Dall'altro, volte all'esclusione di ogni forma di tutela demolitoria del contratto in favore di rimedi di tipo esclusivamente risarcitorio, quando fosse apparso preferibile invece non valorizzare il collegamento tra l'intesa vietata e il contratto a valle<sup>6</sup>.

Altrettanto variegata si sono rivelate le tesi della dottrina, che ha mostrato preferenza per la tutela 'reale'. Quando si è considerato il contratto stipulato con il fideiussore come strumento di realizzazione dell'effetto anticoncorrenziale in precedenza programmato con l'accordo *antitrust*, ha prevalso l'opzione della nullità del contratto a valle, giustificata con la sua derivazione o dalla inevitabile propagazione della nullità speciale *antitrust* dell'intesa vietata a monte o dal fatto stesso della concreta attuazione della restrizione illecita. Restando controverso soltanto il profilo dell'estensione della nullità all'intero contratto<sup>7</sup>. Quando è stata, invece, valorizzata la completa autonomia del contratto a valle quanto a causa e ad oggetto è stato riconosciuto come appropriato il risarcimento del danno<sup>8</sup>. In considerazione della

Reggio Emilia, 3 novembre 2021, in <[www.dirittodelrisparmio.it](http://www.dirittodelrisparmio.it)>; Trib. Milano, 22 ottobre 2021, *ibid.*; Trib. Napoli, 5 maggio 2021, *ibid.*

<sup>6</sup> In questo filone si inseriscono Trib. Cuneo, 29 dicembre 2021, n. 1106; Trib. Roma, sez. XVII, 27 ottobre 2021, n. 16776 in banca dati *DeJure*; App. Napoli, 13 gennaio 2020 n. 98, in <[expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)>; Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020, n. 513 in <[www.il caso.it](http://www.il caso.it)>; Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019, n. 498 in <[www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)>.

<sup>7</sup> Propendono per la nullità totale tra gli altri F. De Nozza, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 40 ss., il quale osserva che <<dal punto di vista della capacità dissuasiva, il riconoscimento alla vittima di intese e d abusi, di un diritto [...] allo scioglimento del contratto, si possa configurare come un naturale completamento del sistema che, senza sconfinare in una misura di natura punitiva, è in grado di contribuire ad annullare i possibili guadagni dell'autore dell'illecito e di realizzare una deterrenza e proporzionalità migliore di quella che il "solo risarcimento" è in grado di assicurare>>; G. Mora, *La fideiussione in violazione della disciplina antitrust*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, p. 838; G. Calabrese, *Fideiussione omnibus "a valle" illecito antitrust e nullità parziale?*, in *Id.*, 2019, p. 517 ss.

A favore della nullità parziale in particolare cfr. R. Federico, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Il Corriere giur.*, 2018, p. 1066 ss.; F. Greco-A. Zurlo *Analisi della garanzia fideiussoria tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1414 ss.; A. Gentili, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.* 2019, p. 675 ss.

<sup>8</sup> Per questa opzione con un certo vigore cfr. M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 378 ss.; G. Stella, *Fideiussioni omnibus conformi a schema ABI*, in *Iuscivile*, 2020, 2, p. 247 ss., il quale sostiene che dovrebbe ravvisarsi responsabilità precontrattuale della banca con risarcimento da ragguagliarsi a al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dalle deteriori condizioni imposte in violazione della buona fede; E. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 397 ss., secondo la prospettiva risarcitoria da responsabilità contrattuale per dolo incidente, da attuarsi in applicazione dell'art. 1440 c.c.; sembrerebbe che sia incline a preferire il rimedio risarcitorio in relazione al caso specifico delle fideiussioni omnibus riprodotte dello schema ABI illecito anche M. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, *id.*, 2020, p. 415.

frequente ricorrenza della fattispecie e della necessità di pervenire ad una decisione nomofilattica: sulla individuazione del rimedio esperibile in relazione alle clausole della fideiussione bancaria coincidenti con le condizioni uniformi predisposte dall'ABI, sanzionate in applicazione della disciplina antitrust; sulla configurabilità della nullità parziale e sull'indagine da compiersi al fine della sua declaratoria, la questione veniva assegnata alle Sezioni unite della Cassazione, dopo che la prima Sezione con ordinanza n. 11486/2021<sup>9</sup> l'aveva rimessa al Primo Presidente.

2. Le Sezioni unite, sul rilievo che la normativa antitrust, riletta alla luce dell'art. 41 Cost., intende assicurare protezione al mercato in senso oggettivo e non soltanto al singolo contraente, che sia stato pregiudicato da condotte scorrette poste in essere da coalizioni di imprese, con la decisione n. 41994 del 2021 ha ritenuto più in sintonia con tale finalità la tesi della nullità parziale. Ha poi ancora giustificato il favore per la nullità delle sole clausole contrattuali illecite (la clausola di reviviscenza e quelle di sopravvivenza della fideiussione e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c.) in base alla considerazione che essa sia meglio in grado (del rimedio risarcitorio) di assicurare il rispetto dell'interesse dei mutuatari a cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato senza imposizioni di vincoli predeterminati da parte di coalizione di imprese, pur salvaguardando gli interessi “degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite”<sup>10</sup>.

La soluzione divisata in relazione al caso concreto, in cui non v'è stata allegazione da parte del fideiussore che senza le clausole nulle il contratto non sarebbe stato stipulato, sollecita una riflessione sulla capacità della tutela demolitoria parziale di assicurare in linea generale (e così in relazione a tutti gli scenari ipotizzabili) un rimedio in grado di impedire, per un verso, all'istituto di credito il conseguimento del 'frutto' dell'intesa anticoncorrenziale e, per l'altro, al fideiussore l'arricchimento a spese del primo. Traspare, invero, con un certo nitore dalla motivazione della sentenza che le Sezioni unite abbiano inteso scongiurare il rischio di un'opzione ermeneutica capace di generare inefficienze, che si appaleserebbero in tutta la loro evidenza laddove si consentisse la completa caducazione del vincolo contrattuale. Il materializzarsi di una situazione di questo tipo (riflesso dell'estensione all'intero contratto a valle delle clausole anticoncorrenziali ivi contenute e/o della nullità dell'intesa anticompetitiva a monte) presenterebbe il seguente inconveniente: la banca, pur avendo dato adempimento completo alla sua prestazione attraverso la concessione del credito in favore del debitore principale, si vedrebbe all'atto pratico sempre preclusa la possibilità di adempimento del debito per (la insolvenza del debitore e) l'intervenuta liberazione del fideiussore da qualsivoglia vincolo contrattuale. Il completo venir meno della garanzia impedirebbe alla banca di coltivare l'azione recuperatoria nei confronti del

<sup>9</sup> Il provvedimento può leggersi in *Foro it.*, 2021, I, c. 2007.

<sup>10</sup> Si veda in particolare il punto 2.15 della motivazione di Cass., Sez. un. 41994/2021 cit.

fideiussore in base alle norme di diritto derogabile in tema di fideiussione, che avrebbero ricevuto comunque (e così anche se nessuna collusione a monte vi fosse stata) applicazione sul presupposto della sussistenza della garanzia.

Infatti, soltanto qualora sopravviva il vincolo di garanzia, anche se di più ridotta portata, esse tornerebbero a riespandersi, consentendo al creditore di esigere comunque il pagamento sia pure nel rispetto dei più circoscritti limiti, anche temporali, prefissati dal legislatore. Proprio come accadrebbe, allorchè all'esito dell'applicazione del rimedio demolitorio del contratto di fideiussione, venuta meno la clausola di maggior favore (*rectius* quella anticoncorrenziale che aveva avuto ad oggetto la deroga dell'art. 1957 c.c.) per l'intermediario di credito, con cui gli si garantiva l'integrità dei suoi diritti sino alla totale estinzione del suo credito, senza dover rispettare il termine semestrale dall'ultima istanza rivolta al debitore, possa ipotizzarsi la sopravvivenza della garanzia per il resto con l'assoggettamento del rapporto alla regola (e sempre che ovviamente sussistano ancora le condizioni per invocarne utilmente l'applicazione) stabilita dall'art 1957 c.c. (di più ridotta portata rispetto all'ambito della pattuizione derogatoria illecita).

Orbene, nel momento in cui ci si soffermi su tale riflesso (irrimediabilmente precluso dalla declaratoria di nullità all'intero contratto) potrà apprezzarsi meglio l'utilità che il rimedio demolitorio parziale è tendenzialmente in grado di assicurare alla banca creditrice. La nullità parziale avrebbe incidenza sulla sola ampiezza del vincolo derivante da una garanzia, che, sia pure in forma più ridotta, continuerebbe ad esistere. Il che all'evidenza consente di comprendere perchè tra declaratoria di nullità totale e declaratoria di nullità parziale quest'ultima rappresenti soluzione preferibile dal punto di vista dell'efficienza del sistema, così da meritare l'*imprimatur* di un'analisi condotta dalla prospettiva di *Law and Economics*<sup>11</sup>. La nullità parziale è evidentemente rimedio suscettibile di migliorare la situazione del fideiussore, perché preclude all'altro contraente (che avrebbe inteso sfruttare gli effetti della *conspiracy*) il conseguimento del frutto dell'intesa (*rectius* dei vantaggi derivanti da una garanzia più gravosa per il fideiussore ma di maggior protezione per la banca imposta in modo illecito) ma senza arrecargli pregiudizio sino al punto da impedirgli di avvalersi della garanzia<sup>12</sup>, se ed in

<sup>11</sup> Gli approcci di L&E, che s'ispirano a valutazioni in chiave di efficienza, hanno ad oggetto lo studio, attraverso le griglie interpretative mutuata dalla teoria economica, degli effetti delle norme e della loro capacità di realizzare determinati fini. Cfr. L.A. Kornhauser, *An introduction to an economic analysis of contract remedies*, 57 *U. Colo. L. Rev.*, 683 (1986); R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino 1987, p. 309 ss.; W.M. Landes, R.A. Posner, *The economic structure of tort law*, Harvard University Press, 1987; G. Alpa, P. Chiassoni, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998; A. Mitchell Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, trad. it. con postfazione di R. Pardolesi, Roma 1992, p. 9; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016 (Berkeley Law Books) Book 2.

<sup>12</sup> L'opzione per la regola di nullità parziale risulta in linea con la prospettiva dell'analisi economica del diritto, per le ragioni illustrate nel testo. Come insegnano i giuronomisti «a legal rule is efficient if it induces people to behave in such a way that no one can be made better off (in terms of her own

quanto la residua persistenza del vincolo contrattuale, possa rivelarsi capace di assicurargli qualche utilità. Come quella estraibile dal diritto disponibile e segnatamente dall'applicazione dell'art. 1957 c.c. Essa quindi costituisce rimedio capace di correggere una situazione di fallimento di mercato determinata dalla illecita collusione tra imprese<sup>13</sup>, ma senza favorire l'arricchimento del fideiussore a spese dell'istituto bancario. Inconveniente non altrimenti evitabile, ove si privilegiassero soluzioni inclini a determinare la completa inefficacia della garanzia che, in ragione del travolgimento dell'intero vincolo negoziale, non lascerebbe alcuno spazio operativo all'esercizio da parte della banca di poteri derivanti dal diritto disponibile. Finendo, tra l'altro, per premiare sempre e comunque il debitore/i inadempiente/i.

Senza aggiungere che, qualora si consentisse al fideiussore di disporre di un rimedio demolitorio completo, si alimenterebbero condotte opportunistiche da parte sua, proprio come è emerso in base alla casistica giurisprudenziale degli ultimi tempi. La consapevolezza di poter ritenere plausibile la concessione di un provvedimento di caducazione della garanzia nella sua interezza risulterebbe di incentivo ad iniziative giudiziarie volte ad invocare la nullità totale della fideiussione, al fine di interrompere la cooperazione in atto con l'istituto bancario<sup>14</sup>. Con l'effetto di privare quest'ultimo, che ha già dato completa esecuzione alla prestazione a suo carico, sia della sorte capitale che del costo del danaro concesso a mutuo. La nullità, che dovrebbe così porre rimedio a una situazione di fallimento del mercato in grado di consentire ad una parte

preferences) without making someone else worse off>> (cfr. L.A. Kornhauser, *An introduction to an economic analysis of contract remedies*, 57 *U. Colo. L. Rev.*, 683 (1986). Ma il profilo è espresso in maniera assai efficace da R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, cit., il quale, nell'ottica della sollecitazione a mutare la regola giuridica, osserva testualmente che <<[...] l'unica circostanza in cui il giurista può invocare, senza tema di smentita, l'opportunità di un mutamento della regola giuridica si realizza quando siano integrati gli espremi della superiorità paretiana: quando, per intenderci, il cambiamento di regime non pregiudichi le sorti di nessuno e migliori la situazione di almeno uno tra i soggetti interessati. In ogni altro caso – particolarmente, tutti quelli che possiamo immaginare- l'innovazione arricchirà taluno a spese di qualcun altro>>.

<sup>13</sup> La collusione tra imprese altrimenti in concorrenza è considerata la prima fonte di fallimento del mercato, come insegnano R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016, cit. p 29. Si vedano anche R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole*, Bologna 1999, p. 64 ss.

<sup>14</sup> Il profilo della cooperazione come scopo a cui tende il diritto dei contratti e che consente ad entrambe le parti contrattuali proprio in ragione dell'avvenuto perfezionamento del contratto di ottenere benefici che in sua assenza non sarebbe stato possibile conseguire, in base alla teoria economica del contratto è aspetto ben illustrato da R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016 cit.; cfr. anche L. Kaplow- S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 *Harv. L. Rev.*, 961 ss. (2001); E.A. Posner, *Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?* U (John M. Olin Programm in Law and Economics working paper n. 146, 2002); L. Kornhauser, *An introduction to the economic analysis of contract remedies*, cit. ma altresì R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen., *Il mercato delle regole*, cit., p. 205 ss., i quali evidenziano che le regole giuridiche dovrebbero agevolare il ricorso allo strumento contrattuale, poiché a scambio avanzuto (e sempre che non siano ravvisabili fattori patologici) potrà presumersi che ciascuna parte si troverà in una posizione migliore di quella in cui si trovava in precedenza.

dello scambio (l'intermediario di credito) di ottenere vantaggi significativamente ingiusti nei confronti (e a scapito) dell'altra, il fideiussore, diviene, invece, strumento per assicurare a quest'ultimo (e solo a lui insieme al debitore principale) il conseguimento di benefici (sì dà vedere migliorata la propria situazione rispetto a quanto prima della stipulazione del contratto accadeva) con pregiudizio per chi, sino a poco tempo prima, era stato il suo *partner* contrattuale. Ed aveva dato, come detto, esatto adempimento alle sue obbligazioni<sup>15</sup>.

3. Se per le ragioni dianzi illustrate la nullità parziale è da preferire alla nullità totale, l'aver affrontato il problema della individuazione del rimedio azionabile dal fideiussore sul terreno della tutela reale appare soluzione non scevra da qualche controindicazione.

La valutazione in termini di nullità totale/nullità parziale segnala un non trascurabile pericolo: che ad una più attenta valutazione possa prevalere l'idea a tenore della quale l'operazione di ortopedia contrattuale, correlata alla retta interpretazione dell'art. 1419 c. 1, c.c., non consenta di ritenere comunque realizzata la concreta funzione economico-individuale<sup>16</sup> cui il contratto, attraverso la predisposizione di quello specifico assetto d'interessi originario, avrebbe inteso dare attuazione. Situazione rispetto alla quale appare all'evidenza del tutto neutro il profilo dell'eventuale *deficit* di allegazione (riscontrabile, come detto, in relazione al caso discusso davanti alle Sezioni unite) a supporto della circostanza che in assenza delle clausole inficiate da nullità nessun contratto sarebbe stato perfezionato.

<sup>15</sup> Se si riconoscesse operatività alla nullità totale, soltanto il fideiussore (e il debitore principale) massimizzerà i propri vantaggi ed a spese dell'intermediario di credito. Il risultato non è evidentemente in linea con gli obiettivi dell'analisi economica del diritto che in ambito contrattuale si prefigge l'obiettivo di consentire ad entrambi i contraenti di massimizzare il valore atteso della cooperazione (sfociata nell'assunzione del vincolo negoziale attraverso lo scambio dei consensi).

<sup>16</sup> E' noto che la causa quale elemento essenziale del contratto, secondo la moderna concezione accreditasi in sede di legittimità non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio ma come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti (cfr. Cass., Sez. III, 8 maggio, 2006, n. 10490, *Riv. notariato* 2007, 1, 180; conf. Cass., Sez. III, 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al dir.* 2009, 50, p. 55). Ma si veda anche Cass., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921, in *Guida al diritto*, 12, 2017, p. 90 che ha affermato <<Com'è noto, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, la causa, quale elemento essenziale del contratto ex art. 1325 c.c., identifica lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. L'indagine circa la causa ... quindi va svolta non "in astratto" ma "in concreto" ... Una siffatta indagine non può prescindere dall'apprezzamento degli interessi che il contratto è destinato a realizzare, quali emergono dalle circostanze obiettive (pregresse, coeve e successive alla sua conclusione) secondo la valutazione, riservata al giudice del merito, del materiale probatorio acquisito...>>; conforme Cass., sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262, in *Diritto & Giustizia* 2017, 9 giugno.

Le tre clausole riproduttive dell'intesa vietata appaiono invero suscettibili di attribuire una particolare colorazione al profilo della 'protezione' dell'esercizio del credito, così da connotarlo in modo più pregnante rispetto a ciò che si riscontrerebbe in condizioni di operatività dello schema generale di fideiussione *omnibus*. La protezione dell'esercizio del credito unitamente all'accesso del terzo garantito alle prestazioni offerte dalla banca senza che per il loro beneficio (da parte del debitore principale) debba richiedersi volta per volta l'assenso del garante viene ad integrare, in relazione allo schema comune e generale di fideiussione *omnibus*, la sintesi degli effetti giuridici del negozio<sup>17</sup>. Si rivelano, infatti, funzionali al rafforzamento della protezione dell'esercizio dell'attività creditizia, sia la clausola di esclusione della decadenza dall'obbligazione fideiussoria disciplinata dall'art. 1957 c.c., perché consente alla banca di esigere il credito entro il più comodo termine ordinario di prescrizione; sia quella di reviviscenza, perché abilita il creditore ad escutere la garanzia, quand'anche possa essersi verificata *medio tempore* una situazione di estinzione del debito da parte del debitore principale, che sia successivamente tornato a giuridica esistenza in virtù di fatti sopravvenuti (es. restituzione di un pagamento da parte della banca destinataria del vittorioso esperimento di azione revocatoria)<sup>18</sup>; sia ancora la clausola di sopravvivenza, in quanto volta a garantire all'intermediario di credito la rescissione del vincolo di accessorietà, per non precludergli la realizzabilità dell'effetto solutorio, nel caso in cui si sia materializzata una situazione di invalidità del pagamento del debitore<sup>19</sup>. Da questo angolo visuale l'amputazione del regolamento contrattuale con la espunzione proprio delle tre clausole dianzi menzionate è situazione capace di incidere incisivamente sulla sintesi degli interessi reali, che il contratto originario era diretto a realizzare. Ne altera invero la fisionomia, poiché ridimensiona sensibilmente il profilo della 'protezione' dell'esercizio del credito, consentendo la riespansione proprio di quei rischi correlati alla accessorietà della garanzia e alla decadenza dalla stessa dovuta ad inerzia del creditore, che l'originario assetto degli interessi intendeva contrastare sino a determinarne l'azzeramento. In simile contesto, la nullità per irrealizzabilità della causa potrebbe apparire conseguenza ineludibile<sup>20</sup>, a meno che non

<sup>17</sup> Si veda Cass., Sez. I, 20 maggio 1997, n. 4469, in banca dati *DeJure*.

<sup>18</sup> La clausola di reviviscenza (corrispondente all'art. 2 delle NBU ritenuto illecito) prevede che il fideiussore sia tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo.

<sup>19</sup> La cosiddetta clausola di sopravvivenza (stabilita dall'art. 8 delle NBU ritenuto illecito) sancisce l'insensibilità della garanzia prestata ai vizi che in ipotesi colpissero il titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate". Essa costituisce deroga all'art. 1939 c.c.

<sup>20</sup> Del resto, anche dall'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, che è stato ritenuto in sede civile prova privilegiata dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata, si è dato atto che per l'ABI le disposizioni della fideiussione *omnibus* divergenti rispetto alle norme del codice civile rappresentavano: per un verso, proprio gli elementi capaci di definire la specifica funzione

ci si mostri inclini a condurre l'accertamento causale sulla falsariga di una verifica che intenda assumere a riferimento il singolo stereotipo contrattuale astratto. Ma ciò costetuirebbe all'evidenza un'inversione di tendenza rispetto all'indirizzo ormai consolidatosi in sede di legittimità

4. Al di là dei rilievi appena esposti ---- suscettibili di indurre a riflessione su un piano più generale, per l'ovvia ragione che la questione si presterebbe a confluire nella dimensione della nullità per difetto di causa sempre rilevabile d'ufficio (e che in un caso come quello in esame potrebbe decidersi allo stato degli atti, in base al semplice raffronto tra la fideiussione *omnibus* azionata in concreto e il provvedimento della Banca d'Italia)-- il *decisum* delle Sezioni unite non convince nella parte in cui risultano esposte le ragioni in punto d'incapacità della nullità di singole clausole di travolgere l'intera fideiussione.

La questione della perdurante utilità del regolamento contrattuale in relazione agli interessi che i contraenti avevano inteso perseguire con esso, assunta a criterio di valutazione del rapporto di inscindibilità tra le clausole nulle<sup>21</sup>, non sembrerebbe essere stata affrontata ponendo a presupposto della verifica dati omogenei per la ricostruzione degli interessi delle parti.

L'interesse del fideiussore a prestare il suo consenso anche con riferimento al contratto mutilato delle clausole anticoncorrenziali è stato desunto all'esito di un confronto tra un regolamento contrattuale (quello originario) dal contenuto per lui più penalizzante (perché implicante obblighi più gravosi) ed altro successivo regolamento (quello del contratto caratterizzato dall'espunzione delle clausole anticompetitive) dal contenuto meno gravoso.

La permanenza dell'interesse della banca a concludere il contratto residuo è stata stabilita, invece, sul terreno dell'induzione a stipulare che è capace di determinare l'aspettativa della completa inefficacia di una fideiussione di maggior protezione, allorché l'intermediario di credito si sia trovato al cospetto dell'alternativa tra completa inefficacia della fideiussione *omnibus* originaria (per la invalidità derivata dalle clausole anticompetitive ivi trasfuse in astratto capaci di conferire maggiore protezione) e la condizione di efficacia di un diverso e più ridotto (quanto ad attitudine protettiva) regolamento contrattuale. Secondo un ragionamento che, muovendo da tale presupposto (e così dando per scontata la sussistenza della predetta aspettativa al

di quella forma di garanzia, la cui legittimità avrebbe dovuto giudicarsi al di fuori dello schema legale costruito, in generale, per la fideiussione; per altro verso, che la privazione delle clausole oggetto dell'accertamento avrebbe privato la fideiussione *omnibus* della sua funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile in generale (cfr. in particolare i paragrafi 27 e 35).

<sup>21</sup> Si noti che le Sezioni unite si richiamano in motivazione (cfr. il punto 2.15.2) all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la valutazione richiesta dal c. 1° dell'art. 1419 deve rifarsi a criteri di tipo oggettivo. Significative in proposito appaiono Cass, Sez. II, 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 2438, Cass., Sez. I, 19 aprile 1982, n. 2411 in *Giust. civ. Mass.* 1982.

momento della stipulazione), ha tratto la conclusione che la banca non si sarebbe sottratta ad accettare una fideiussione con una regolamentazione di minor protezione, poichè è normale ipotizzare che per il beneficiario di una garanzia è preferibile disporre di una fideiussione con protezione più contenuta, ma pur sempre efficace, che di una fideiussione di maggior protezione ma del tutto inefficace. Se ne trova conferma nel passaggio della motivazione in cui le Sezioni unite, proprio al fine di valorizzare l'interesse da parte della banca alla conservazione della garanzia, benchè priva delle clausole anticoncorrenziali, hanno affermato che “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”<sup>22</sup>.

Come si nota, il perimetro d'indagine è mutato rispetto alle modalità prescelte per il riscontro dell'interesse del fideiussore. Il suo raggio d'azione non risulta più focalizzato infatti sul contenuto del regolamento contrattuale, per verificare se si fosse potuto ritenere, in base allo specifico concreto interesse emergente, che la banca avrebbe comunque accettato una fideiussione dal contenuto più sconveniente per lei rispetto alla garanzia originaria dal contenuto più conveniente (perché capace di non esporla al materializzarsi dei rischi dianzi segnalati). Ferma restando l'applicazione delle stesse condizioni economiche originarie, con le quali era stato regolato il rapporto principale (derivante dal contratto di mutuo perfezionato con il mutuatario). La retta applicazione dell'art. 1419, c. 1, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite, avrebbe infatti richiesto di vagliare l'interesse della banca, al fine del riscontro della perdurante utilità del contratto, con riferimento alla possibilità di vedere comunque attuati quegli stessi interessi che il negozio originario intendeva in concreto realizzare<sup>23</sup>.

Del resto, anche la dottrina, nel momento in cui rileva che la valutazione richiesta dal comma primo dell'art. 1419 deve condursi secondo criteri oggettivi, segnala la necessità che sia valutata la compatibilità tra il contratto residuo (in termini di perdurante utilità) e l'assetto degli interessi originario<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Si veda il paragrafo contrassegnato con il numero 2.15.3 della motivazione della sentenza.

<sup>23</sup> L'opzione ermeneutica sposata dalle Sez. unite appare incongrua rispetto alla formulazione dell'art. 1419, c. 1, per come interpretato dall'indirizzo giurisprudenziale ispiratosi a una valutazione secondo criteri oggettivi.

<sup>24</sup> Si vedano in particolare M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1*, in *Tratt. del contratto* (a cura di A. Gentili), Milano 2006, p. 112 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, 2000, p. 638 ss ed in particolare p. 639, in cui si osserva che <<ciò che si richiede è [...] una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti>>; R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 901 ss; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), 2011, p. 811 ss. il quale, nel sottolineare che la valutazione richiesta dal primo comma dell'art. 1419 c.c. deve ispirarsi a criteri oggettivi e non psicologici, ritiene che sia necessario il confronto tra l'assetto degli interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto degli interessi che si riscontrerebbe nel contratto residuo; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo I, Bologna 2004, p. 418 ss. Sembra non ritenere necessario il compimento della valutazione che il

Ciò nel caso specifico avrebbe portato a constatare che l'assetto degli interessi originario sarebbe rimasto frustrato dal rilascio di una garanzia semplicemente riproduttiva dello schema base generale della fideiussione *omnibus*. Un simile modello di garanzia non appare né corrispondente né compatibile con i desiderata di chi intenda sfruttare i benefici di una fideiussione in grado di assicurargli protezione contro il materializzarsi di specifici rischi non arginabili, se non introducendo deroga al diritto disponibile. Proprio quest'ultima viene invero a conformare diversamente la funzione della garanzia in rapporto all'interesse che con il negozio si sarebbe voluto soddisfare.

A prescindere dal fatto che, per poter ritenere verosimile la disponibilità della banca a prestare comunque il proprio consenso su un diverso regolamento meno protettivo ma capace di produrre qualche effetto, in dipendenza dell'aspettativa che possa restare del tutto inefficace una garanzia di maggior protezione, occorrerebbe previamente aver risolto altra questione: quella della ininfluenza di una garanzia (alternativa perché) dotata di minore attitudine ad assicurare protezione in relazione alle condizioni economiche applicabili al rapporto principale<sup>25</sup>.

La sensazione che si ricava è che l'accertamento "sulla potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia" sia stato svolto solo fittiziamente<sup>26</sup>. Sia stato cioè modellato in funzione di una decisione che era stata già assunta in base al rilievo esclusivo, per un verso, del riscontro della completa esecuzione della prestazione a cui era tenuta la banca (*rectius* l'avvenuta erogazione del finanziamento al debitore garantito) e, per altro verso, della presa d'atto della coincidenza tra le clausole dell'intesa a monte e quelle trasfuse nel contratto a valle.

Alla luce delle criticità segnalate e dell'applicazione dell'art. 1419, c. 1, apparsa non conforme alla sua formulazione letterale e alla interpretazione della dottrina e della giurisprudenza più moderna, verrebbe da domandarsi, se non sia preferibile rimeditare sull'opportunità di considerare il contratto come "mero elemento di una fattispecie di

legislatore ha previsto con la regola stabilita al comma primo dell'art. 1419 c.c. C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 ss ed in particolare p. 473, il quale proprio con riferimento a fattispecie simile (*rectius* cartello a monte tra imprese assicurative per la imposizione di un sovrapprezzo sui premi di polizze per la r.c. auto) a quella decisa dalla Sezioni unite ha proposto il rimedio della nullità parziale del contratto a valle in grado di funzionare con un certo automatismo (e così a prescindere da ogni indagine sul profilo della possibile estensione all'intero contratto della clausola nulla).

<sup>25</sup> Non va omissis di considerare, anche in base a quanto si desume dal provvedimento della Banca d'Italia (cfr. in particolare il paragrafo n. 69), che la funzione delle garanzie secondo la letteratura economica consiste nel mitigare la rischiosità *ex ante* dei debitori, riducendo il tasso d'interesse sul credito (a parità di altre determinanti),

<sup>26</sup> In un certo senso si realizza anche in questo caso quello che attenta dottrina ha etichettato come processo di "decodificazione" della regola contenuta nel primo comma dell'art. 1419 c.c. (cfr. V. Bachelet, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, p. 553 ss.).

responsabilità aquiliana”<sup>27</sup>. Del resto, la gestione non risulterebbe poi così complessa né assai onerosa per l’attore, allorchè possa darsi per acclarata (come ormai dovrebbe) la valenza di prova privilegiata nel giudizio civilistico di responsabilità dell’accertamento compiuto dalla Banca d’Italia. Conseguentemente le pretese della banca, che siano riallacciabili all’intesa proibita, potrebbero essere neutralizzate nel solco del danno ingiusto<sup>28</sup>, perché suscettibili di arrecare lesione a situazione giuridica soggettiva tutelabile in base all’art. 41 Cost., specialmente per quanto concerne la previsione del suo terzo comma, per come interpretata proprio dalla Sezioni unite.

<sup>27</sup> Si veda per una sollecitazione in tal senso R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro. it.*, 2004, c. 469 ss.

<sup>28</sup> Tale potrebbe atteggiarsi la pretesa creditoria che sia fatta valere sul presupposto dell’applicazione di una fonte (*rectius* clausola negoziale) contrassegnata da illiceità per anticoncorrenzialità.