

MODELLI ABI TRA CLAUSOLE ANTICONCORRENZIALI E CASI DI NULLITÀ (PARZIALE) DELLE FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*

ABI models of omnibus guarantees between antitrust law and contract law – The paper analyzes the issue of partial nullity of omnibus guarantees found in ABI models, a matter that has led to the formation of distinct orientations on the subject and the production of a substantial jurisprudential dispute on the validity of bank guarantees reproducing anti-competitive clauses. The analysis focuses on antitrust regulations, analyzes consumer issues, as well as offers an examination of the prevailing doctrinal and jurisprudential reconstructions that have marked the precedents of the Courts of merit and legitimacy and prompted the United Sections of the Supreme Court of Cassation to intervene on December 30th 2021, to bring clarity and conclude the debate on the validity, or otherwise, of such guarantees.

KEYWORDS: personal guarantees; anti-competitive clauses; antitrust violation

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema delle fideiussioni *omnibus* conformi al modello ABI “*Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie*”. – 3. Contratti bancari e la tutela del consumatore. – 3.1. Lo *status* di consumatore (finanziario): una comparazione tra ordinamenti di *civil law*. – 4. Il modello ABI, presupposto per un confronto giurisprudenziale. – 5. Le argomentazioni della dottrina sui rimedi in favore del consumatore finanziario. – 6. (segue) ... sulla natura giuridica della fideiussione *omnibus*. – 7. L’attesa pronuncia delle Sezioni Unite: riflessioni su Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021 n. 41994.

1. Il presente lavoro intende soffermarsi sulle cause d’invalidità ascrivibili alle fideiussioni *omnibus* presenti nei contratti ABI, clausole considerate in contrasto con la disciplina antitrust. Un tema complesso da cui è derivato un acceso dibattito giurisprudenziale che ha dato luogo all’avvicinarsi di pronunce che, nel tempo, hanno indotto alla rimediazione di aspetti legati al *private enforcement* e all’auspicabile emersione di nuove prospettive per la disciplina consumeristica, ma anche posto l’attenzione sull’ordinaria applicazione dei tradizionali principi del contratto in generale per questi modelli negoziali ¹.

(1) L’impianto dello schema ABI “*Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie*” consta di 13 articoli che disciplinano l’oggetto della garanzia contrattuale (art. 1); gli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10); obblighi della banca (art. 5); facoltà della banca (artt. 9, 11 e 12); le clausole non applicabili ai fideiussori che rivestono la qualità di consumatori ai sensi dell’art. 1469 bis, comma 2, c.c. e clausole che prestano garanzia a favore di soggetti aventi la medesima qualità (art. 13).

Le premesse svelano le complessità che possono evincersi osservando l'impianto regolatorio del contratto (che presenta 13 clausole) da cui emerge la costituzione di intese restrittive della concorrenza e fideiussioni *omnibus* in evidente contrasto con la vigente normativa antitrust.

Non possono non rilevarsi le peculiarità dell'art. 2 modello ABI, che introduce nell'impianto contrattuale una *clausola di reviviscenza*, secondo la quale il “*fideiussore si impegna a rimborsare alla banca le somme che dalla banca fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo*”; altresì, il disposto dell'art. 6, che propone una *clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c.*, a mente della quale “*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato*”; infine, una *clausola di sopravvivenza* secondo la quale “*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*”².

Così, dopo anni trascorsi in uno stato di assoluta noncuranza, sulla contrarietà dei modelli ABI alla disciplina antitrust si è accesa una *querelle* agli inizi del duemila, allorquando fu pubblicata un'istruttoria della Banca d'Italia volta ad accertare se il modello contrattuale predisposto dall'ABI costituisse (o meno) un'intesa restrittiva della concorrenza³. Dalla lettura del noto provvedimento n. 55/2005, risultò che le tre clausole menzionate presentavano condotte contrarie agli ordinari principi di diligenza, ponevano impegni particolarmente gravosi per il fideiussore e determinavano intese anticoncorrenziali, dunque vietate. Citando un passo del pronunciato, si evince che “*gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia*

(2) G. STELLA, “*Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*”, in *Contratti*, 2020, 4, 385; nonché S. BASTIANON, *Ancora sui delicati rapporti tra nullità antitrust e contratti «a valle». La competenza del tribunale delle imprese*, in *Mercato Concorrenze Regole*, I, 2020, p. 195-205; *idem*, *La nullità antitrust della fideiussione omnibus. Mito o realtà*, Milano, 2021.

(3) In quel periodo alla Banca d'Italia competevano anche le funzioni di Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia bancaria, competenza successivamente affidata all'AGCM.

delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90"⁴.

Da queste prime battute, si scorge come il sinallagma contrattuale ipotizzato nei modelli ABI possa risultare funzionalmente compromesso e quanto svantaggiosa sia la posizione assunta dal cliente nel rapporto con il contraente forte. Difatti, al consumatore non è stata rimessa alcuna alternativa se non la possibilità di accettare delle pattuizioni di evidente natura vessatoria e contrarie ai dettami dell'art. 2, comma 3 della L. 287/1990 (*Legge antitrust*)⁵. Eppure, nonostante il richiamo posto dall'ABI, le pratiche adottate dagli istituti di credito restarono invariate: le banche continuarono ad avvalersi dei modelli ABI e ad insistere per la stipula di *format* in cui erano predisposte fideiussioni bancarie affette da nullità. Un'attività che si è ripetuta sino alla pronuncia n. 29810/2017⁶ con cui la Suprema Corte di Cassazione tentò di invertire la rotta, provando ancora ad affermare la sostanziale nullità delle fideiussioni contenute negli schemi ABI.

Eppure, la stessa giurisprudenza dopo qualche anno tornò sui propri passi riacutizzando vecchie incertezze interpretative.

(4) Riferimento testuale che può dedursi da *www.bancaditalia.it*.

(5) Nel provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 si ravvisa che le clausole censurate non perseguirebbero lo scopo di garantire una particolare tutela del credito bancario, ma potrebbero risultare anticoncorrenziali laddove inducessero a una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela.

(6) Cfr. Cass., 2 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, 1, I, 152; nonché la nota di C. BELLÌ, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in *www.giustiziacivile.com*, 25 maggio 2018. Si rimanda, altresì, a S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 3, 2019, 575. In tale pronuncia la Corte ha affermato la massima secondo cui: "in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla l. n. 287/1990, art. 2, la stipulazione «a valle» di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse «a monte» (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato [nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della l. n. 287/1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la l. n. 262/2005, a far data dal 12 gennaio 2016)] a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza".

Vale la pena, perciò, ai fini ricostruttivi della vicenda, considerare le fasi dell'evoluzione della materia che ha impegnato il dibattito giurisprudenziale sino alla sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021⁷, con cui le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno messo, probabilmente, la parola fine al dibattito sulla validità delle fideiussioni bancarie *omnibus* nei modelli ABI⁸.

Sugli sfondi della pronuncia, tuttavia, si scorgono questioni complesse che inducono ad approfondire tanto i profili antitrust, quanto la tutela dei privati che intraprendono pratiche di *private enforcement* e la disciplina consumeristica, per riflettere sull'applicabilità al caso di specie di aspetti riconducibili ai principi generali del contratto. Un focus dedicato atterrà la disciplina consumeristica, alla quale sarà data attenzione riguardo alla qualificazione ed alla tutela. Si discuterà, infine, delle soluzioni da adottare per il caso concreto, operando distinzioni tra i rimedi della nullità radicale del contratto, della nullità parziale e, infine, della possibilità di esperire azioni di carattere risarcitorio.

2. Per comprendere le evoluzioni assunte dal tema sembra opportuno considerare quanto accaduto nell'ottobre del 2002, in cui si stipulò un Protocollo di intesa sottoscritto dall'Associazione Bancaria Italiana e da talune Associazioni dei consumatori; un documento, quello citato, che ha rappresentato uno schema introduttivo di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (per l'appunto una fideiussione *omnibus*), successivamente sostituito da una versione aggiornata del luglio 2003. Riguardo all'impianto sostanziale di tale format, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), applicando l'art. 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 – disposizione attualmente abrogata – decise di emettere un pronunciato (n. 12400 del 22 agosto 2003). L'Autorità riscontrò, sin dalle prime battute, che lo schema presentava evidenti violazioni rispetto al disposto dell'art. 2, comma 1, della legge

(7) Così, Cass. S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994, con nota di G. PICCARDO, *Sulla validità delle fideiussioni in violazione della normativa antitrust*, in *Persona e Danno*, 2022, *passim*.

(8) Sembra opportuno dare evidenza agli orientamenti interpretativi offerti da M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento sullo stato della giurisprudenza italiana, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 379 ss., nonché da E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 397 ss.; da ultimo, G. GUIZZI, *La fideiussione in violazione della disciplina antitrust*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 6, 2021, p. 840.

antitrust e, per l'effetto, decise di approfondire la questione e rimettere alla competenza della Banca d'Italia le decisioni del caso.

La Banca d'Italia, nell'anno 2005, avviò una formale istruttoria – ai sensi e per gli effetti della l. n. 287/1990, artt. 2 e 14 – che si concluse nel maggio dello stesso anno con l'emissione di un provvedimento in cui emergeva che un elevato numero di banche adottavano modelli standardizzati predisposti dall'ABI che presentavano al loro interno una “*clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini*” e una “*clausole di “sopravvivenza”*” di fideiussioni considerate gravose per il fideiussore, nonché visibilmente contrarie ad obblighi di ordinaria diligenza che le banche dovrebbero assolvere nel rapporto con i clienti. Viepiù si rilevavano nel provvedimento l'invalidità o inefficacia delle obbligazioni principale e di atti estintivi della stessa. All'esito di tale istruttoria, la Banca d'Italia ha ritenuto che le disposizioni contenute nello schema ABI fossero del tutto in contrasto con la legislazione ordinaria e la vigente disciplina antitrust.

La pubblicazione del provvedimento ha avviato, perciò, una *querelle* giurisprudenziale che ha coinvolto tematiche molteplici e talvolta connesse. In particolare, si è discusso circa la possibilità di conferire alle fideiussioni *omnibus* un fondamento giuspubblicistico, al fine di offrire alle banche una specifica tutela rafforzata, nell'ottica della risoluzione delle problematiche emerse nel 2005. Intenzione, questa, che appare condivisibile, allorché già solo si considerino gli obiettivi perseguiti dagli istituti di credito, senza tralasciare le finalità cui tende l'azione del giudice, che è quella di rilevare la nullità delle garanzie e, come disposto ai sensi della l. n. 287/1990, commi 2 e 3, di intervenire con la propria attività al fine di essere «(...) *essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost. e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela*»⁹.

(9) Così, Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, con nota di A. Zurlo, *La fideiussione a garanzia di una società fallita: tra azione revocatoria ordinaria e nullità anticoncorrenziale*, [https://www.dirittodelrisparmio.it/2020/02/21/la-fideiussione-a-garanzia-di-una-so-](https://www.dirittodelrisparmio.it/2020/02/21/la-fideiussione-a-garanzia-di-una-so)

Nel solco appena tracciato, sembra allora legittimo soffermarsi sulla posizione assunta dall'ordinamento nazionale e da alcuni sistemi di *civil law* sulla figura del consumatore e, nel caso di specie, del consumatore finanziario – soggetto protagonista dei rapporti di consumo bancario –, ma anche sui rimedi in sua tutela ed individuare le prospettive che attengono i rapporti economici e alle dinamiche connesse al risparmio e al credito.

3. La conformazione assunta dal sistema bancario, come anticipato, rinvia alla rappresentazione di un'impresa *a statuto speciale*, in cui risiedono previsioni tipiche di un soggetto privato e attività perseguite d'interesse pubblico¹⁰. Due anime in costan-

ciata-fallita-tra-azione-revocatoria-ordinaria-e-nullita-anticorcorrenziale/. Con tale pronuncia la Corte si è espressa con una decisione di rigetto dell'impugnativa spiegata da due fideiussori che lamentavano la nullità, per conformità al “modello ABI”, delle garanzie da loro prestate essendo la relativa eccezione ritenuta “*priva degli elementi necessari per poterla rilevare d'ufficio sulla base degli elementi fattuali sin qui acquisiti e discussi tra le parti*”.

(10) Autorevole dottrina sostiene che «*lo statuto dell'impresa bancaria risulta oggi fondamentalmente, al termine di una lunga evoluzione, dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, più volte modificato): con esso, in base alla delega contenuta nell'art. 25 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, si è provveduto alla sistemazione del complesso normativo quale si è venuto a formare a partire dalla legge bancaria del 1936 e dalla sovrapposizione ad esso sia degli interventi legislativi conseguenti al nuovo assetto costituzionale sia, più di recente, di quelli volti all'adeguamento all'ordinamento comunitario (soprattutto, ma non solo, la prima Direttiva CEE 77/780 del 12 dicembre 1977, e la seconda Direttiva CEE 89/646 del 15 dicembre 1989). Si comprende pertanto la necessità di tener conto del modo in cui questa evoluzione ha segnato e caratterizza il sistema normativo ora vigente. Si spiega in tal modo, alla luce in particolare delle precedenti discussioni, l'affermazione di principio secondo cui l'attività bancaria “ha carattere d'impresa” (art. 10, 1° comma, D. Lgs. n. 385 del 1993)».* Si rimanda a G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. FERRI, XII ed., Milano, 2006, p. 71. Il carattere di specialità dello statuto delle banche è ampiamente condiviso in dottrina, *ex multis*, cfr. G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 48 ss. l'A. rileva come “*la governance delle società bancarie sia intrisa di rilevanza pubblicistica [...], tanto che da sempre si parla, spesso, di un diritto settoriale [o, da ultimo, speciale (...)], che disciplina l'impresa bancaria*”. In modo conforme, M. STELLA RICHTER JR, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamenti di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 326 il quale sostiene che il “*diritto speciale delle banche*” è “*un diritto che, per una serie di ragioni arcinote e che qui non è il caso neanche di richiamare indicativamente, si caratterizza in tutti gli ordinamenti evoluti [...] per una netta differenziazione rispetto al diritto comune delle imprese societarie proprio in ragione di una (assai) più marcata presenza di norme di stampo pubblicistico, di una pervasiva funzione di regolamentazione affidata ad autorità pubbliche e per una ricca serie ulteriore di prescrizioni di vigilanza*”.

te confronto ed interazione che vanno a confluire nel medesimo soggetto giuridico.

L'elemento pubblicistico può cogliersi nella solida copertura offerta dall'art. 47 Cost. alle attività di credito e risparmio tipiche di questo settore, nei peculiari profili di stabilità, protezione e competitività che le banche devono assolvere per operare adeguatamente nei mercati finanziari e, infine, nella *mission* di assicurare benefici e tutele al *consumatore finanziario* – inteso come persona di diritto e utilizzatore di prodotti e servizi¹¹. Sarà onere della *governance* societaria ordinare e ottimizzare i legami tra queste distinte componenti al fine di intraprendere una corretta trattazione (e assunzione) del rischio imprenditoriale¹², altresì offrendo benefici al consumatore finanziario in ambito contrattuale.

Sottolinea l'accezione pubblicistica dell'impresa bancaria, R. CALDERAZZI, *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2020, p. 145, secondo cui “*l'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, nella disciplina dell'attività e dell'organizzazione d'impresa, verso una prospettiva pubblicistica ha portato ad acquisire la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenta il presidio migliore, vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori, vuoi del perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa ...*”.

(11) La contrattazione bancaria persegue una duplice finalità, da un lato, la tutela del risparmio ai sensi dell'art. 47 Cost., dall'altro, la tutela dell'attività bancaria da intendere quale attività d'impresa connotata da interessi pubblici. Sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, III ed., Bari, 2004, p. 121 ss. secondo cui “*mi preme ribadire che l'interesse alla libera competizione delle imprese [...] ha una funzione costitutiva del nostro regime economico [...]. Ogni ostacolo alla competizione è lesivo dell'interesse pubblico*”; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25 ss. “*Due sono i profili sotto i quali l'impresa coinvolge l'interesse generale: per la sua intrinseca utilità sociale e per il suo essere impresa privata e impresa pubblica*”; C. BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria*, in C. Brescia Morra, U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il mercato*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2006, p. 96 che afferma “*l'attività bancaria è oggi attività d'impresa; ciò non è incompatibile con un sistema di controlli amministrativi legati alla rilevanza di interessi pubblici nella materia*”; A. TANZA, S. RUBERTI, *Il contratto bancario e la tutela del consumatore*, Torino, 2020, p. 95.

(12) Si rimanda a F. CAMPANELLA, A. ZAMPELLA, *La regolamentazione, la vigilanza e la gestione del rischio del settore bancario. Evoluzione ed effetti sulla comunicazione economico-finanziaria delle imprese*, 2014, p. 2 ss.; A. RESTI, A. SIRONI, *Rischio e valore nelle banche. Misura, regolamentazione, gestione*, II ed., 2021, *passim*; S. DELL'ATTI, S. MIANI, A. TROTTA, *Regolamentazione, rischi e reputazione delle banche nell'Unione Bancaria Europea. Teoria e prassi*, 3, 2022, p. 90 ss. Ancora, F. SARTORI, *op. cit.*, p. 585. L'A. ritiene che il rischio si pone come “*(...) criterio essenziale che informa il “governo del credito” in tutte le fasi che lo caratterizzano*”.

È proprio questo il segmento in cui l'agire negoziale si allinea maggiormente agli interessi pubblici e, benché si continui ad impiegare il modello privatistico come riferimento per il raggiungimento degli effetti sperati dagli utenti, è la connotazione degli interessi generali pubblicistici ad incidere maggiormente sull'impianto contrattuale e, in alcuni casi, addirittura sui profili causali perseguiti dallo schema.

Si origina, per l'effetto, un rapporto (talvolta) dialettico tra autonomia privata ed azione pubblicistica, in cui la prima appare indebolita – potrebbe dirsi *compromessa* – nel rapportarsi anche con semplici regole amministrative pubblicistiche le quali, in taluni casi, vanno ad incidere in modo determinante sul fisiologico rapporto banche/consumatore finanziario, sino a causare ripercussioni sul sinallagma contrattuale ed evidenti compressioni delle ragioni consumeristiche.

Non solo, osservando i rapporti tra banche e consumatori possono riscontrarsi ulteriori aporie che derivano dalla comparsa di *vuoti* legislativi nella disciplina consumeristica. Difatti, ancora oggi *consumo* e *consumatore* faticano a essere adeguatamente qualificati dall'ordinamento, trovando riconoscimento nella mera lettura dell'art. 1469 *bis* c.c. ed in esigue disposizioni afferenti alle normative di settore: si pensi al disposto dell'art. 3, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (*"Codice del Consumo"*)¹³ e all'art. 121, comma 1, lett. *b*) del T.U.B.

Le norme citate appaiono come un tentativo di sistemare la materia ma, nel profondo, la metodologia adottata dal legislatore risulta essere poco coerente, talvolta inefficace e disorganica. Osservando i casi concreti, risulterebbero effimeri i tentativi del legislatore di conferire diritti, doveri e tutele al consumatore – ormai inteso come *consumatore finanziario* – ad esempio proprio nei rapporti che lo vedono coinvolto con le banche¹⁴. In tal senso, autorevole dottrina¹⁵, interpretando il disposto dell'art. 41, comma 2 della Cost., e riprendendo talune fatti-

(13) La norma offre la definizione di *consumatore* o utente: persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

(14) Appaiono condivisibili le argomentazioni proposte da autorevole dottrina portavoce di una dimensione soggettiva, ovvero oggettiva, d'indagine del fenomeno consumeristico. Così, F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, 2010, p. 53 ss.

(15) L'incidenza sociale ai fini interpretativi della Costituzione è argomento ampiamente affrontato da P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in Atti di una conferenza in Roma del 19 maggio 2017. L'A. sostiene che *"le costituzioni sono come viventi espressioni di tutto questo: della continuità e della discontinuità contemporanee, della stabilità e del mutamento, della vita che si trasforma su sé stessa"*.

specie limitative della libertà di iniziativa economica – coincidenti con fenomeni di utilità sociale e sicurezza nella libertà e dignità umana – ha rilevato come risulti inadeguata la sussistenza di fattori di coesione tra consumo e funzione di risparmio (*ex art. 47, comma 1*) e che tale determinazione potrebbe essere superata dalla nuova prospettazione riferibile alla categoria del *consumatore finanziario*, inteso come *utente risparmiatore* di servizi finanziari. Tale formulazione, per quanto ammissibile, andrebbe in ogni caso allineata con le previsioni del Codice del Consumo e del T.U.F. e parametrata ai valori costituzionali della sicurezza e dignità umana (41 Cost.).

Ne derivò che, accreditata dottrina ritenne che la tutela dell'art. 47 Cost. dovesse riconoscersi anche “*ai consumatori finanziari (risparmiatori/investitori) che non siano solo persone fisiche che concretamente non agiscano per finalità imprenditoriale o professionale (...) ma anche persone giuridiche e/o determinati imprenditori (non automaticamente dotati di esperienza e competenza in ambito finanziario)*”¹⁶. A ciò potrebbe aggiungersi anche un'ulteriore prospettazione, che qualifica il consumatore finanziario come soggetto degno di *humus* costituzionale e beneficiario di tutele e di proprie ragioni e diritti¹⁷. In tal senso, le ragioni del contraente debole tenderebbero ad allinearsi rispetto alle peculiarità dei rapporti bancari, dando luogo ad una casistica da cui deriverebbero indubbi vantaggi ma anche delle disfunzioni problematiche – come accaduto a seguito della sottoscrizione dei format ABI in cui erano apposte fideiussioni *omnibus* gravose per la posizione del consumatore finanziario¹⁸.

3.1. Il diritto bancario è ambito in cui poter riflettere sul profilo del consumatore finanziario quale soggetto di diritto e beneficiario di tutele nell'esercizio della propria autonomia contrattuale. Attorno alla

(16) Così, F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale. Presentazione di Guido Alpa*, Torino, 2019, p. 300 ss.

(17) Si rinvia alla posizione di O. PINI, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o «consumatore di servizi finanziari»*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 180 ss.

(18) Sembra opportuno il rinvio a G. PASCALE, *Fideiussione omnibus*, in R. Clarizia (a cura di), *Garanzie reali e personali. Costituzione, tutele sostanziali e strategie processuali*, Padova, Cedam, 2011, 225 ss. che argomenta: “*nella garanzia prestata a favore delle banche non per singole obbligazioni né per un tempo determinato, bensì per tutte le obbligazioni, anche future rispetto alla stipulazione del contratto fideiussorio, derivanti da operazioni bancarie di qualsiasi natura concluse dal debitore principale o da chi gli sia subentrato*”.

sua qualificazione si è ampiamente discusso, anche in ambito sovranazionale, come accaduto con la direttiva n.93/13 in materia di contratti con il consumatore. Proprio da questa deriva la configurazione offerta dell'art. 1469 *bis* c.c. che, in attuazione della direttiva, ha definito tale soggetto come “*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”. Una disposizione che, come noto, è stata successivamente recepita nel Codice del Consumo adottato con il d.lgs. n. 206/2005.

Ma la definizione proposta sembra perseguire funzioni delimitative, posto che la dimensione di *consumatore* si restringe ai soli soggetti che operano per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale e siano esclusivamente persone fisiche. Ed è condivisibile che una tale conformazione abbia dato luogo a dibattiti e dissensi¹⁹ nonché a copiose pronunce giurisprudenziali che ponevano l'attenzione su profili di incostituzionalità e presunte violazioni del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.²⁰.

Certo è che, allargando il campo alle scelte operate dai legislatori di altri Stati membri dell'Unione, potrà notarsi come la tutela consumeristica sia divenuta ormai al centro della disciplina legislativa privatistica e giuscommerciale, con l'effetto di un sempre più esteso campo di applicazione delle sue regole.

(19) Corte Cost., 30.6.1999 n. 282, in *Foro It.*, 1999, I, 3118 con nota di A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*. L'A. osserva la rispondenza di questa al “*trend legislativo sufficientemente consolidato, dal quale non si può prescindere se si vuol saggiare non tanto la rispondenza della definizione ad un concetto ideale (...) quanto la congruità degli scopi per cui quella definizione è stata dettata*”. Eppure, rileva per contro l'importanza di una normativa che non consideri i contratti soltanto dal punto di vista della forma e della loro formazione, ma anche sotto il profilo della situazione economico sociale delle parti contraenti: F. MASTROPAOLO, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore con riferimento ai contratti di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 1998, pp. 832-833.

(20) In tal senso, è acclarato come la Corte Costituzionale attraverso la sentenza n. 282/1999 abbia rigettato la questione di legittimità della definizione legislativa di consumatore in base ad un'assunta diversità ontologica tra imprenditori e consumatori, fondata sul fatto che questi ultimi agiscono per il soddisfacimento dei propri bisogni di vita mentre i primi agiscono per il fine di realizzare un profitto o un reddito. A sua volta, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che la scelta di delimitare la nozione di consumatore alle persone fisiche, oppure di estenderla anche ad altri soggetti di diritto come ad esempio agli enti non profit, è scelta di politica del diritto che rientra nell'ambito di apprezzamento rimesso ai legislatori, e come tale non sindacabile in sede giurisdizionale. Soluzione che probabilmente è la più corretta, perché, invero, sotto il profilo ontologico, non vi è modo di giustificare razionalmente tale distinzione.

A riprova, si osservi la L. 132 –1 *Code de la consommation* in cui si dispone che “*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de cr er, au d triment du non-professionnel ou du consommateur, un d s quilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*” prevede tutela per i c.d. soggetti “non-professionnels”. Così, in Francia, la tutela consumeristica è stata estesa anche a soggetti “non-professionnels”, ovvero a tutti coloro che contrattano in una materia che esula dal loro ambito peculiare di affari ma che si trovano a dover stipulare quel contratto nell’esercizio della loro attività d’impresa²¹.

Ancora, il legislatore tedesco, nell’adeguare la propria regolamentazione in tema di contratti dei consumatori alle previsioni della direttiva n. 93/13, ha definito il consumatore come una persona fisica che entra in contratto per scopi che sono “in via principale” al di fuori della propria attività imprenditoriale o professionale. Andrebbe, tuttavia, ricordato che, per quanto riguarda la persona che conclude un contratto per un uso che si riferisca in parte alla sua attività professionale, la Corte di Giustizia Europea ha sancito che tale persona potrebbe avvalersi di queste disposizioni solo nell’ipotesi in cui il collegamento di siffatto contratto con l’attività professionale dell’interessato sia talmente tenue da divenire marginale e abbia, pertanto, solo un ruolo trascurabile nel contesto dell’operazione per la quale il contratto è stato stipulato, considerata nel suo complesso.

(21) Sul significato “*non professionnel*” v.: M.H. MALEVILLE, *L’interprétation des contrats d’assurance terrestre*, Paris, 1996, p. 183 ss.; J. GHESTIN, *Rapport introductif, in Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, 1998, p. 3 ss.; ancora, G. PAISANT, *La protection par le droit de la consommation*, ivi, p.17 ss. I richiami dottrinali inducono a una comparazione con le argomentazioni sostenute da parte della dottrina italiana che, rileggendo l’art. 1469 *bi c.c.*, fa coincidere il suo significato con quello della norma francese. Autorevole dottrina sostiene che lo scopo cui la norma si riferisce sia quello obiettivo ovvero uno scopo oggettivamente compiuto nell’esplicazione della propria professione. Pertanto, l’acquisto di determinati beni o l’utilizzo di certi servizi per scopi professionali, ove tali beni o servizi siano estranei al mercato in cui il soggetto svolge la propria attività, è un atto di consumo: così L. GATTI, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al Capo 14 bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore: art. 1469 bis-1469 sexies*, a cura di C. M. Bianca, F. D. Busnelli e L. Bigliazzi Geri, Padova, Cedam, 1999, p. 832. In senso analogo si era espressa anche la giurisprudenza di merito sancendo che “*E’ consumatore anche colui che acquista un bene o richiede la prestazione di un servizio nel quadro dell’attività professionale svolta, qualora la stipulazione del relativo contratto non sia inquadrabile tra le manifestazioni di tale attività (nella specie si è ritenuto consumatore uno scultore che aveva stipulato un contratto di trasporto per far pervenire ad un concorso una sua opera)*”: così, Trib. Roma, 20.10.1999, in *Foro it.*, 2000, 645.

Passando, invece, alla rassegna delle situazioni interne e all'approfondimento dei rapporti banca/consumatori, l'ordinamento nazionale mostra una crescente sensibilità verso l'applicazione della disciplina consumeristica a fattispecie come quelle derivanti dalle relazioni bancarie, assicurative e finanziarie. E la stessa la normativa bancaria sembra essere non remissiva verso questa nuova prospettiva, aprendosi (parzialmente) a una nuova configurazione delle relazioni contrattuali che si instaurano con il consumatore, cliente della Banca. Si pensi alle norme introdotte dal Titolo V del TUB (dedicato alla trasparenza verso i clienti) ove si rinvencono disposizioni rivolte al consumatore inteso come persona fisica che agisce nel mercato per scopi non di profitto e norme che offrono tutela ai soggetti clienti che pongono in essere dei comportamenti irrazionali che potrebbero incidere sul regolare funzionamento della relazione negoziale prodotte da asimmetrie informative o distorsioni cognitive²². Una disciplina che tende a conformare le condotte negoziali degli operatori quando si ritenga che il principio della libera volontà negoziale sia insufficiente a garantire il funzionamento ottimale del mercato. Ma il principio non può dirsi bastevole per evitare le conseguenze prodotte da asimmetrie informative.

Tali propositi inducono a rammentare che il secolo XX è periodo in cui il consumatore è divenuto protagonista del progetto legislativo che ha involto i rapporti commerciali e negoziali; si è definito il contorno normativo della persona-consumatore e dato contezza alla caratura, agli interessi, ai diritti e alle pretese di tale soggetto. Fenomeni economico-sociali che hanno imposto al diritto un adeguamento e indotto ad accettare tale soggetto come inedita parte contrattuale; sebbene si parli ancora di contraente "debole" – rispetto alla controparte professionista – la posizione del consumatore è divenuta giuridicamente rilevante.

Nonostante ciò, in alcune relazioni – è questo il caso dei modelli contrattuali standardizzati – il suo peso sembra essere indebolito, specialmente nei casi in cui gli è rimessa la sola possibilità di 'prendere o lasciare', senza poter in alcun modo trattare prima di aderire²³. Uno

(22) Così., A. CANDIAN, *Tutela del consumatore nei rapporti bancari*, 2020, p. 3.

(23) Doveroso il rinvio a G. ALPA, in *Diritto privato dei consumi*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 182. L'A. chiarisce che "la prassi negoziale delle condizioni generali di contratto, dell'uso di moduli o formulari, dell'impiego di modelli contrattuali uniformi o standard è tipica delle società a capitalismo maturo (...). Il fenomeno è così noto da non richiedere molte delucidazioni e appartiene, peraltro, all'esperienza quotidiana di ognuno di noi". Si presentano, pertanto, un fascio di operazioni negoziali che si caratterizzano e "(...) concludono attraverso moduli predisposti (unilateralmente) dall'impresa. La loro apparenza stessa esprime un vero e proprio 'regolamento', articolato in varie 'norme' che

sbilanciamento che – solo di recente – ha indotto il legislatore sovranazionale a rimeditare la materia nel senso di una maggiore valorizzazione del ruolo del consumatore. È bene, tuttavia, chiarire che, qui interessa non tanto spingersi nell'analisi degli approcci legati alla causa, intesa come funzione alla base di tali schemi, ma semplicemente ribadire l'idea secondo cui questi contratti standardizzati debbono ancora intendersi come depositi di regole non convenzionali ²⁴.

Risentono di questa pratica anche le vicende anticoncorrenziali.

In questi casi, la disciplina consumeristica si intreccia frequentemente alle tutele del diritto antitrust e si collega funzionalmente alle prerogative trasversali del diritto della e alla concorrenza. Si rinvia ad ambiti che assumono un ruolo rilevante per i consumatori e tutti i contraenti destinatari di situazioni giuridiche delicate e degne di massima garanzia da parte degli ordinamenti interni e internazionali. Ma si tratta anche di una tutela fortemente reclamata dai consumatori-contraenti per il perseguimento di finalità molteplici, che si riferiscono tanto ad aspetti legati a cause “difensive”, quanto a casi di protezione in cui il contraente chiede la nullità del contratto che lo ha vincolato ad un'impresa – e in questa circostanza la questione, non può che estendersi anche al caso delle ‘imprese a statuto speciale’ in precedenza menzionate – la quale, a sua volta, ha aderito ad un accordo in cui il

il consumatore è invitato a sottoscrivere e accettare, per così dire 'in blocco', senza potervi apporre modifiche o potervi patteggiare singole clausole”.

(24) La dottrina si è particolarmente interessata alla necessità di trovare un bilanciamento tra gli interessi dei contraenti, e, al suo interno, vi è chi ha ritenuto eccessiva la sanzione della nullità integrale del contratto, sostenendo che la proporzione tra il diritto protetto dalla norma e la sanzione sia da individuarsi nella nullità delle sole clausole illecite (cfr., G. GUZZI, *La fideiussione in violazione della disciplina antitrust*, cit., p. 840) ma ancor di più all'essenzialità – o meno – delle clausole illecite ai fini della salvezza del contratto. È per questo che si giustifica la convinzione che la nullità delle clausole non possa estendersi al contratto di fideiussione in ragione del fatto che queste non sarebbero essenziali «*nell'economia complessiva del negozio di fideiussione – omissis – per cui senza di esse la garanzia risulterebbe inutiliter data*». In tal senso, le clausole anticoncorrenziali non sarebbero necessarie per l'accesso al credito, ma finalizzate solo a gravare il fideiussore delle possibili conseguenze negative derivanti dall'inosservanza da parte della banca ai propri obblighi. Dette clausole sembrerebbero favorire l'accesso al credito e, in tal senso, occorre rammentare che anche il Collegio di Milano dell'ABF (v., ABF, Collegio di Milano, decisione 4 luglio 2019, n. 16558), seppur limitatamente alla previsione normativa di cui all'art. 1957 c.c., condivide una tale impostazione, ritenendo che non esista un rapporto di funzionalità stretto con l'accesso al credito. Infatti, tale clausola ha lo scopo 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*».

contenuto illecito è evidente²⁵. Per l'effetto, alle argomentazioni di carattere difensivo devono aggiungersi altre di carattere "offensivo", che mirano ad ottenere pronunce risarcitorie per i danni subiti a causa del presentarsi di illeciti anticoncorrenziali, senza che siano state presentate pretese risolutorie, di tipo parziale o totale, riguardanti il rapporto contrattuale. La materia resta ancora al centro di scenari nebulosi, sebbene l'attuazione delle disposizioni antitrust venga spesso ricondotta ad iniziative dei privati e rimedi di *private enforcement* – con azioni che perseguono obiettivi al contempo difensivi ed offensivi – proposti per ottenere opportuna tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi per lesioni subite da violazioni antitrust²⁶.

4. Quanto anticipato in premessa sembra utile per considerare le evoluzioni della discussione giurisprudenziale sul tema della validità (*rectius*, invalidità) delle fideiussioni *omnibus* presenti nei modelli

(25) È questo il caso di sfruttamento abusivo di posizione dominante. Tanto rappresenta per l'impresa una vera possibilità di sciogliere il contratto evitandone l'adempimento.

(26) Il tema del *private enforcement* del diritto antitrust ha suscitato ampie riflessioni in dottrina, *ex multis* cfr. W.P.J. WILS, *Should private enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, p. 473 ss.; C.A. JONES, *Private enforcement in Europe: A policy analysis and reality check*, in *World Competition*, 2004, p. 13 ss.; M. LIBERTINI, *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, *passim*; ancora, W.P.J. WILS, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *World Competition*, 2009, p. 3 ss.; P. GIUDICE, *Il private enforcement nel diritto dei mercati finanziari*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 300 ss.; M. TODINO, *Public e private enforcement nell'Unione europea*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del IX Convegno di Treviso (20-21 maggio 2010), Bruxelles-Milano, 2011, p. 153 ss.; E.A. RAFFAELLI, M. BRICHETTO, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 18-19 aprile 2013*, Napoli, 2014, p. 153 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015, *passim*; J. DREXL, *The interaction between private and public enforcement in European competition law*, in H.W. Micklitz, A. Wechsler (eds.), *The transformation of enforcement*, London, 2016, p. 135 ss.; si ribadisce nuovamente in W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, p. 3 ss.; infine, in AA. VV., a cura di G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, Atti del VII Convegno Antitrust di Trento (11-13 aprile 2019), Trento, 2019, p. 11 ss.

ABI da cui derivano violazioni della normativa antitrust, che ha visto avvicinarsi – in un gioco di rimbalzi tra tesi e antitesi – pronunce di merito e legittimità.

Si tratta di una tematica che trova disciplina in sede nazionale e sovranazionale alla quale la giurisprudenza ha in più riprese tentato di dare ordine.

In origine fu la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a esprimersi su una controversia negoziale sorta tra un consumatore ed un intermediario finanziario. La Corte emanò un provvedimento (19 novembre 2015, C-74/15) con cui si espresse per l'applicazione a questi contratti della Direttiva 5 aprile 1993, n. 93, art. 1, §§ 1 e 2, lettera b). Disposizione che intendeva adottare una tutela adeguata ai casi dei contratti di garanzia o di fideiussione stipulati fra un istituto bancario e un consumatore da cui deriverebbe un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. Per l'effetto di ciò si verificherebbe, in capo a chi acconsente di acquisire obblighi particolarmente onerosi, di assumere un rischio finanziario di difficile sopportazione. Il Giudice europeo, di conseguenza, ha affermato che, laddove una persona fisica abbia prestato una garanzia per l'adempimento delle obbligazioni contratte da una società commerciale, spetti al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale, ovvero sulla base di collegamenti funzionali che la legano a tale società – si pensi al caso in cui si tratti di amministrazione della società, o di soggetto detentore di partecipazione non trascurabile al capitale sociale –, ovvero quando abbia agito per scopi di natura meramente privata. Merito dell'Ordinanza è estendere a queste discipline l'applicazione della Direttiva n. 93/2013, art. 1, §§ 1 e 2, lett. b).

Anche la Corte di Cassazione, qualche anno più tardi, ha stabilito che la banca che concede finanziamenti al debitore principale, confidando nella solvibilità del fideiussore, pur conoscendone le difficoltà economiche, senza averlo informato dell'aumento del rischio e senza chiedere la preventiva autorizzazione, violi obblighi di buona fede²⁷. Nella fattispecie decisa, la Suprema Corte ha liberato i fideiussori da oneri, in quanto la banca aveva reiteratamente erogato finanziamenti limitandosi solo a informare il fideiussore del credito vantato, senza chiedere un'autorizzazione a proseguire nella concessione del credito, nonostante la palese insolvenza del debitore principale. A questa pronuncia è seguita una sentenza di merito del Tribunale di Roma, che

(27) Cfr., Cass, 10 agosto 2016, n. 16827, in *Banca dati Dejure*.

ha rilevato la nullità dei negozi di fideiussione che contengono norme bancarie uniformi ai modelli ABI che hanno l'effetto di restringere, impedire o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, dunque limitando – fino ad escludere – il diritto del cliente a effettuare una scelta tra prodotti in concorrenza, precisando, inoltre, che sono incluse in tale divieto le clausole che comportano la trasformazione del contratto di fideiussione in contratto autonomo di garanzia²⁸.

Sembra opportuno, in questa sede, ancora rievocare una pronuncia della Corte di Appello di Firenze con la quale il Collegio ha accolto la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza in primo grado, sulla base dell'eccezione di nullità proposta di un negozio di fideiussione generica stipulato conformemente alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI – come noto sanzionate dal provvedimento n. 55/2005 dell'ABI²⁹.

Ritornando ai profili consumeristici, in sede di legittimità la Corte di Cassazione ha avvalorato un orientamento giurisprudenziale che sosteneva che in presenza di una fideiussione bancaria, e ai fini dell'applicazione della normativa in materia di tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 bis c.c., il requisito soggettivo della qualità di consumatore deve riferirsi all'obbligazione garantita, cui quella del fideiussore è accessoria. In mancanza di detta condizione, v'è la sola clausola che consente di derogare la competenza territoriale, citata nel contratto di fideiussione stipulato da un socio per le esposizioni bancarie di una società di capitali valida³⁰.

Si ricordi, inoltre, della Cassazione secondo cui è onere del consumatore dimostrare il carattere uniforme e non occasionale dell'applicazione delle clausole della fideiussione identiche allo schema contrattuale tipo predisposto dall'ABI; generalmente, non rileva, per la Cassazione, una presunzione di danno arrecato al consumatore dopo l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale³¹.

Si segnala, inoltre, una recente pronuncia di merito che ha affermato come l'utilizzo dello schema ABI del contratto di fideiussione stipulato in favore di una banca causi la nullità *parziale* della fideiussione

(28) Si rinvia alla pronuncia del Trib. Roma del 26 luglio 2018, n. 20368, in *Banca dati Dejure*.

(29) È degna di nota la questione rimessa alla decisione dalla Corte d'Appello Firenze, 18 luglio 2018, n. 2975, in *Banca dati Dejure*.

(30) Questo l'orientamento di Cass., 11 ottobre 2018, n. 25155, in *CED Cassazione*, 2020, p. 64.

(31) Così, Cass. ord. 28 novembre 2018, n. 30818, in *Foro it.*, 2018, p. 93.

limitatamente alle clausole contestate – dunque, affinché la nullità abbia effetto, deve gravare sul fideiussore l'onere di provare che dette clausole, dovute ad intese anticoncorrenziali, siano confluite nel contratto e che sia stata provocata una violazione della sua libertà contrattuale³². Tale profilo è ribadito in un'altra pronuncia di merito, un'ordinanza, che considera il danno antitrust risarcibile nel caso in cui sia dimostrato il carattere uniforme dell'applicazione del contratto di fideiussione utilizzato anche dalle banche o la standardizzazione delle clausole, le quali ripropongono il contenuto dello schema A.B.I. censurato dall'Autorità di vigilanza in deroga alla disciplina legale³³. In questo solco anche un'Ordinanza della Suprema Corte che ribadisce quanto sostenuto precedentemente, che ha specificato che consumatore può qualificarsi anche un soggetto terzo garante che abbia stipulato una fideiussione per finalità estranee all'attività professionale svolta³⁴.

Di senso parzialmente difforme l'intervento della Corte di Giustizia UE che, nelle sentenze C-74/15 del 9 novembre 2015, e C-534/15 del 14 settembre 2016, ha sostenuto come la natura accessoria della prestazione richiesta al terzo nei contratti di fideiussione valga a qualificare il soggetto come un consumatore a condizione che esso operi fuori da rapporti organici e funzionali con il professionista il cui debito viene garantito.

Una decisione che ha aperto al pronunciato della Suprema Corte che, recentemente, ha riconosciuto come sia: "(...) *connotante la strut-*

(32) In tal senso, Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9354, in *Banca dati Dejure*.

(33) Il rinvio è alla pronuncia del Tribunale Roma, Sez. spec. in materia di imprese, Ord., 19 aprile 2019, in *Il Quotidiano giur.*, 2019, p. 56.

(34) Nella fattispecie in esame, la banca proponeva decreto ingiuntivo nei confronti di un terzo soggetto/fideiussore di una ditta individuale, in ragione di un mutuo chirografario e di uno scoperto di conto. Il Tribunale concedeva il decreto ingiuntivo che veniva opposto da controparte; il giudice competente accoglieva le eccezioni proposte ponendo la banca nella legittimazione di ricorrere per Cassazione. Il ricorso si inserisce in un *trend* giurisprudenziale che sembrava consolidato e nel quale al fideiussore veniva assegnata la qualifica di professionista assunta sostanzialmente per attrazione di quella rivestita dal debitore principale (così, Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca, borsa, titoli di credito* 2020, 5, II, 685, con nota di MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*. Prima, Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225, in *Giust. civ. mass.*, 2019, ha richiamato il nuovo orientamento della CGUE, ancorché nello specifico abbia escluso l'applicabilità della disciplina consumeristica in conseguenza dell'accertamento in punto di fatto dell'insussistenza di elementi tali da escludere un collegamento tra la fideiussione e lo svolgimento dell'attività professionale del debitore principale. Ancora, richiama i principi espressi dalla Corte di Giustizia e dalla pronuncia della Cassazione sopra citata, ovvero Cass., 15 ottobre 2019, n. 25914, in *Banca dati Dejure*.

*tura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorietà non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)”. Di senso conforme una pronuncia della Corte di Appello di Milano che, sull'invalidità delle fideiussioni *omnibus*, ha ribadito l'ammissibilità della tardiva contestazione della nullità contrattuale di moduli fideiussori. Si aggiunga che, per autorevole dottrina, al giudice d'appello è rimessa comunque la facoltà di procedere, anche d'ufficio, alla rilevazione della nullità contrattuale, laddove questa non sia stata riconosciuta in primo grado³⁵.*

La giurisprudenza finora richiamata agevola l'analisi di ulteriori fattispecie da cui sono derivate altrettante eccezioni di invalidità sollevate dai fideiussori. Anche in questi casi si fa doveroso riferimento a clausole (predisposte unilateralmente) generalmente contenute in contratti di fideiussione che riprendono lo “schema ABI”.

Sembra opportuno ricordare che tra le competenze attribuite all'ABI vi era quella di mettere a disposizione degli istituti di credito un modello contrattuale di fideiussione *omnibus*³⁶ che era divenuto di uso costante nelle prassi bancarie e che la Banca d'Italia, con Provvedimento 2 maggio 2005 n. 55, definì invalido per quanto attiene gli artt. 2, 6 e 8 perché contenenti disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, erano in contrasto con l'art. 2, co. 2, lett. a), l. n. 287/1990. E andando ad analizzare le patologie che affliggono le clausole apposte nel modello, l'art. 2 impone al fideiussore di impegnarsi 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 (c.d. “*clausola di reviviscenza*”).

Altresì, l'art. 6 statuisce che i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri sino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta a escutere il debitore o il

(35) Cfr., Corte di Appello di Milano, 22 gennaio 2020, n. 192, in *Banca dati Dejure*.

(36) Sul punto cfr. CARRIERE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Diritto bancario.it*, 2018, p. 2 ss.

fideiussore medesimi, ovvero qualsiasi altro co-obbligato (o garante) entro i tempi previsti dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato. Da ultimo, l'art. 8 include l'obbligo, in capo al fideiussore, di garantire anche le obbligazioni invalide.

Tali disfunzioni concettuali inducono a verificare in che termini la Suprema Corte si sia posta verso le richieste di nullità per mancata conformità al format ABI.

5. Al fondo delle citate vicende processuali vi è la tutela riconoscibile al soggetto che abbia concluso un contratto di fideiussione (a valle), nell'ipotesi di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese (a monte) nei contratti redatti dall'ABI. Le tesi addotte dalla dottrina possono ricondursi, specialmente nell'approfondimento delle sorti del contratto a valle, a tre distinte posizioni: a) nullità totale; b) nullità parziale relativa alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) tutela risarcitoria.

La questione trae origine, come detto, dal provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia che ha dichiarato la nullità di alcune clausole (artt. 2, 6 e 8) del succitato schema ai sensi dell'art. 2, terzo comma, L. 287/90. Un provvedimento che ebbe scarsa fortuna, posto che le banche continuarono a sottoporre alla clientela la modulistica contenente clausole invalide, determinando, per l'effetto, il formarsi di numerosi contenziosi e molteplici orientamenti in materia. Tali orientamenti si spingono in direzioni molteplici: taluni ritengono applicabile la nullità radicale del contratto; altri, preferiscono dirigersi verso l'applicazione della nullità parziale alle sole clausole del contratto ritenute invalide.³⁷

(37) Sul tema si avvicendano molteplici pronunciati degni di attenzione. Una sentenza ammette che il consumatore finale non goda della legittimazione attiva a chiedere il risarcimento del danno (in tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, con nota di A. Guarneri, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 2, 2003, 365; v. anche M. R. Tufarelli, *La Corte di cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, in *Giustizia Civile*, fasc. 10, 2003, 2144); si aggiunga ancora la decisione ha riconosciuto non solo alle imprese, ma esteso anche ai privati la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa ma solo a fini risarcitori, escludendo qualsiasi forma di tutela reale (v., Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, con nota di F. SEBASTIO, *I negozi vincolati in diritto civile e in diritto antitrust.*, in *Giust. civ.*, fasc. 11, 2004, p. 2756; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, con nota di T. ELISINO, *Il consulente del lavoro non è l'unico legittimato a prestare il servizio di elaborazione e stampa paghe dei lavoratori*, in *Diritto & Giustizia*, 2009, 155; infine, Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, in *dejure.it*). Il cambio di prospettiva si è avuto con l'intervento delle Sezioni Unite, che hanno affermato come la disciplina *antitrust* abbia quali destinatari non solo gli imprenditori ma anche altri soggetti del

A queste prospettazioni possono aggiungersene di ulteriori, che di seguito si espongono in termini sintetici.

Una teoria propende per la validità della fideiussione bancaria *omnibus*, riconoscendo al consumatore esclusivamente il rimedio risarcitorio. Tale ricostruzione parte dal testo dell'art. 2, terzo comma, L. 287/90 chiarendo che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*”. In tal modo, la disposizione, facendo espresso riferimento alle “intese”, non dovrebbe applicarsi ai contratti a valle. In ogni caso, questa dottrina insiste nel ritenere che, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, si scorge la mancanza di una libertà di determinazione da parte del cliente della banca, al quale viene imposto, senza avere alternative, il recepimento dello schema ABI³⁸.

Di senso opposto l'orientamento dottrinale che ha proposto la nullità totale della fideiussione bancaria *omnibus* perché riprodottriva di un'intesa anticoncorrenziale ritenendo che l'art. 2, terzo comma, L. 287/90 non colpisca solo l'intesa in quanto tale, ma ogni altro atto ad essa collegato che sia idoneo a pregiudicare la disciplina antitrust – credendo diversamente, si eluderebbe la tutela che la suddetta disposizione appresta al bene della “concorrenza”, atteso che gli effetti distorsivi della stessa sarebbero prodotti dal contratto “a valle”³⁹.

mercato, come il consumatore finale. Questi non partecipa al contratto a monte ma, nel concludere il contratto a valle, subisce gli effetti dell'intesa vietata, pertanto, subisce un danno ingiusto e rilevante (art. 2043 c.c.) ed è ampiamente legittimato a esperire l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno (cfr., Cass. SS.UU. 4 febbraio 2005, n.2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014).

(38) v. Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, con nota di DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. It.*, 2020, 358.

(39) Significativa dottrina, G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione aspettando le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 10, 2021, p. 1174 ss., è particolarmente apprezzata giacché apre una strada per riflettere sulla incidenza che l'accertamento dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza potrebbe dispiegare sui contratti che le imprese aderenti abbiano stipulato con terze parti e il cui contenuto non sia stato il frutto di un'autonoma determinazione, ovvero di autonome scelte imprenditoriali da parte dell'impresa, riflettendo, invece, la strategia di azione concertata con gli altri partecipanti al cartello. Un tema nei tempi approfondito in numerosi studi della dottrina, si pensi a M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Milano, 2001; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2009; M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa competitiva*, Milano, 2012; anche antecedentemente alla Legge antitrust gli studi di L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986; A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e*

L'orientamento prevalente, aderendo alla necessità di applicare il rimedio della nullità, precisa che il contratto non sia affetto da nullità totale ma *parziale* in quanto, dalla lettura dell'art. 1419 c.c., emerge che il giudice non deve dichiarare la nullità (integrale) del contratto laddove le clausole viziate non siano idonee a far venire meno l'interesse che ha mosso le parti alla stipulazione ⁴⁰.

6. Il dibattito degli ultimi anni sulla validità delle fideiussioni *omnibus* conformi al modello ABI ha relegato in secondo piano le usuali divergenze in merito alla qualificazione della fideiussione *omnibus*. È ricorrente in dottrina e giurisprudenza interrogarsi se questa vada intesa come fideiussione ordinaria – pur caratterizzata da varie clausole di deroga alla disciplina ordinaria –, ovvero come contratto autonomo di garanzia. E, difatti, da una opportuna qualificazione della fattispecie discendono conseguenze di ordine processuale che possono variare a secondo dell'ammissibilità dell'opposizione del fideiussore al decreto ingiuntivo della banca e dell'ambito di eccezioni opponibili al creditore.

Infatti, laddove si voglia interpretare la fideiussione *omnibus* come contratto autonomo di garanzia ⁴¹, il garante non potrebbe in alcun

tutela della concorrenza, Torino, 2003. Il tema è stato analizzato anche da N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 420 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1997, 515 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 ss.; Id., *Le azioni civili contro gli illeciti antitrust*, in questa Rivista, 2005, 1093 ss.; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust* (II), in *Danno e resp.*, 2005, 237 ss.; Id., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*, cit., 378 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; Id., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 444; E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, in *Contratti*, 2006, 141 ss.; A. GENTILI, *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss.; F. DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, I, 354 ss.; E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus*, cit., 397 ss.

Così, R. BRESOLINI, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme al modello ABI*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 770.

(40) C. CHESSA, *Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della disciplina antitrust*, in *Giust. Civ.*, 2021 (nota a Trib. Napoli 5 maggio 2021).

(41) Nella fideiussione *omnibus* il fideiussore garantisce il debitore di una banca per tutte le obbligazioni da questo assunte, comprensive non solo dei debiti esistenti nel momento in cui la garanzia fideiussoria viene prestata, ma anche di quelli che deriveranno in futuro da operazioni di qualunque natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale. Il legislatore, tramite l'art. 1938 c.c., ha sancito indirettamente,

modo far valere eccezioni relative al contratto principale fra debitore garantito e creditore, salvi casi particolari di *exceptio doli*, di inesistenza del credito e di nullità del rapporto principale per contrarietà a norme imperative, ovvero di illiceità della causa⁴². Tanto comporterebbe nell'ambito giudiziale che il fideiussore *omnibus* non sarebbe legittimato ad esperire un'opposizione al decreto ingiuntivo della banca per quelle vicende che possono riguardare nel merito il debito principale e che sono normalmente oggetto di contestazione.

Si aggiunga che dall'inquadramento della fideiussione *omnibus* come garanzia autonoma deriverebbe anche l'inapplicabilità della disciplina codicistica della fideiussione, ritenuta incompatibile con la garanzia atipica. Così, assume valenza l'assunto *ex art. 1955 c.c.* sulla liberazione del fideiussore per fatto del creditore, viepiù, l'art. 1956 c.c. in tema di liberazione del fideiussore per obbligazione future, e, infine, l'art. 1957 c.c. che si concentra sulla decadenza dalla garanzia per mancato esercizio del credito nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale. In queste circostanze il fideiussore non sarebbe quindi neppure ammesso a far valere tali eccezioni nei confronti del creditore-beneficiario.

Mentre, qualora si voglia qualificare la fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria, dunque come garanzia accessoria, il garante potrebbe, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1945 c.c., sollevare nei confronti del creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore garantito; ne

quale condizione necessaria per la validità della fideiussione *omnibus* rilasciata a una banca, la previsione di un tetto massimo dell'importo garantito. Sul tema v., G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1045 ss.; *idem*, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, 169 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 171 ss. Eppure, la struttura negoziale del contratto autonomo di garanzia ha trovato fertile terreno di diffusione in ambito commerciale, con particolare riguardo ai traffici internazionali e transfrontalieri. Degne di nota, data la loro diffusione nella prassi applicativa, sono le garanzie prestate come parte di una procedura di offerta – *bid bond* –, quelle volte a tutelare un adempimento – *performance bond* – o quelle espresse in luogo di una cauzione – *advanced payment guarantee* –. A tal proposito si vedano: G. TELLA, *Le garanzie del credito, Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010, 776; BONELLI, *Le garanzie bancarie del commercio internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, Milano, 1987, 127 ss.; infine, R. Carli, *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, in *I Contratti*, 2021, 78.

(42) L'inesistenza del contratto è esplicitamente annoverata tra le eccezioni opponibili da Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 411, con nota di Cuccovillo, nonché, da Cass. 10 febbraio 2021, n. 3193, in www.dirittodelrisparmio.it, 2, 2021. In dottrina, si rinvia a E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. e impr.*, 1991, 289.

deriverebbe l'immediata conseguenza che potrebbe sempre opporsi a un eventuale decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca. Eppure, ricorrendo alla clausola di pagamento *a prima richiesta* normalmente inserita nello schema della fideiussione *omnibus*, il garante avrebbe la facoltà di sollevare eccezioni nei confronti del creditore esclusivamente dopo il pagamento avvenuto. Così qualificando la fideiussione *omnibus* si applicherebbero le norme sulla fideiussione di cui agli artt. 1936 ss. c.c. e, in particolare, gli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c. relativi alle eventuali eccezioni di estinzione del rapporto di garanzia.

Tutto ciò premesso, ad avviso di chi scrive il fenomeno va osservato sotto il profilo della funzione economica della garanzia, ed è questo motivo per cui la fideiussione *omnibus* presenta caratteristiche della fideiussione ordinaria e non della garanzia autonoma. Inoltre, riguardo alla causa, risulta evidente come la fideiussione *omnibus* si contraddistingua per la funzione meramente soddisfattoria di garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale. Infatti, la prestazione del fideiussore *omnibus* è qualitativamente omogenea rispetto a quella del debitore principale, impegnandosi il garante a eseguire la medesima prestazione, pecuniaria, del debitore garantito. Tale prospettiva rinvia all'approfondimento del principio della solidarietà tipico della fideiussione, ove il creditore ha la possibilità di chiedere l'adempimento al debitore principale ma anche al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile.

Infine, va ribadito che la fideiussione *omnibus* non ha la funzione di una garanzia autonoma di assicurare al beneficiario un indennizzo predeterminato al momento della stipulazione del contratto per il caso di inadempimento, ma ha lo scopo di assicurare al creditore la somma che effettivamente risulterà *ex post* non pagata dal debitore principale sia pure entro un tetto massimo pattuito. E il contenuto della garanzia riconducibile alle clausole contrattuali standardizzate della fideiussione *omnibus* risulta coerente con la nozione di fideiussione di cui all'art. 1936, comma 1, c.c.: *“È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”*. Questo il motivo per cui la qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione di tipo ordinario trova riscontro con quanto enunciato dalla giurisprudenza riguardo alla possibile distinzione tra fideiussione e garanzia autonoma. In tal senso, la giurisprudenza ammette che *«il contratto autonomo di garanzia...ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al*

contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un 'vicario' del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita (e non necessariamente sovrapponibile ad essa), perché non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore»⁴³.

7. Ad un contesto dottrinale ancora indefinito, è corrisposto nel tempo un percorso giurisprudenziale del pari incerto. Uno stato di cose che è durato a lungo, sino alla sentenza del 30 dicembre 2021 n. 41994, con la quale le Sezioni Unite si sono espresse definitivamente sulla entità di tali garanzie. Pronuncia, questa, che evidenzia come le SS.UU. abbiano individuato nella nullità *parziale* delle fideiussioni bancarie riproduttive dello schema elaborato dall'ABI un rimedio atto a tutelare le ragioni del consumatore finanziario e affermare che l'interesse protetto dalla normativa *antitrust* non è solo interesse individuale di un singolo contraente pregiudicato, ma è interesse oggettivo del mercato⁴⁴.

In tal senso, le Sezioni Unite intervenendo hanno chiarito che: *“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 riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”*. Da tanto deriva un collegamento funzionale tra l'intesa a monte e la fideiussio-

(43) Così, Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947/2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2799, con commento di CERINI, 2012.

(44) A. GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 698.

ne bancaria a valle, tanto da far apparire la stipula di questi atti come un'operazione *unitaria* diretta a violare la normativa *antitrust* nazionale ed europea. Affermazione, questa, che sembra trovar condivisione nella lettura dell'art. 2, terzo comma, della L. 287/90 e nell'affermazione: "*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*" che hanno indotto parte della dottrina a ricomprendere in questa fattispecie anche i contratti che danno concreta attuazione all'intesa vietata⁴⁵. Ad ogni modo, per le S.U. la nullità in esame assumerebbe carattere *speciale*, giacché si tratterebbe di una fattispecie che assume contorni e portata specifica rispetto alle fattispecie riconducibili alle nullità codicistiche e rispetto alle altre fattispecie in vigore nell'ordinamento.

La nullità speciale sarebbe posta a presidio di tutela un ordine pubblico economico che colpisce atti, o combinazioni di atti, legati tra loro da nessi funzionali e non tutti riconducibili alle tradizionali fattispecie di natura contrattuale. Un regime particolare che, pur essendo giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'ordine economico (ordine pubblico a tutti gli effetti), non sembra essere idoneo a determinare spontaneamente l'invalidità dell'intera fideiussione bancaria. Questi motivi inducono a ritenere che l'invalidità in esame non sembrerebbe svuotare il principio di conservazione del contratto cui è ispirato l'ordinamento italiano⁴⁶.

Tali assunti legittimano le precisazioni delle Sezioni Unite e "*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*", perché l'istituto bancario ha interesse ad una garanzia, seppur ridotta, mentre il consumatore vede per tal via caducate clausole a lui sfavorevoli. Certamente, le conclusioni a cui le Sezioni Unite sono giunte, sebbene assicurino una compiuta tutela alla concorrenza non dissolvono i dubbi sollevati da una parte della dottrina sulla conformazione della nullità (parziale) e lasciano ancora aperti spazi di analisi su possibili problemi di carattere processuale.

(45) In tal senso, v., M. LIBERTINI, *Le azioni civili dei consumatori contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 109, commentando la sentenza della Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

(46) Interessante la ricostruzione offerta da F. GRECO -A. ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1422. In tale ottica, la nullità di singole clausole contrattuali potrà invalidare l'intero contratto solo ove si dimostri che la porzione colpita da invalidità ha una rilevanza tale nell'economia contrattuale che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità.

Tuttavia, senza dubbio risulta degna di pregio l'intenzione delle Sezioni Unite di affermare per i casi in esame una nullità speciale, a presidio di un interesse pubblico, ulteriore rispetto a quelle che il sistema ordinamentale già conosce. Una nullità che ha una portata ampia e colpisce anche atti, o combinazioni di atti, che siano legati tra loro da un nesso funzionale. A queste conclusioni, in via adesiva, sono giunte, di recente, anche talune Corti di merito che hanno riconosciuto l'esistenza di una nullità speciale (ovvero, parziale) a presidio dell'ordine pubblico economico che colpisce fideiussioni bancarie *omnibus* collegate ad intese restrittive della concorrenza per l'esistenza di un nesso funzionale. Una ricostruzione che, allo stato, risulta essere ampiamente condivisa⁴⁷.

(47) Nel solco tracciato si inserisce la recente pronuncia del Tribunale Napoli, Sez. Impresa, n. 7866/2021, in www.giurisprudenzaappalti.it, ove il Giudice, nel dirimere una controversia analoga a quella esposta in sede di legittimità, ha dichiarato la nullità parziale delle fideiussioni contenute in un format ABI in cui si fa riferimento alla pattuita deroga al termine decadenziale di cui all'art.1957 c.c.; inoltre, si è espresso per la nullità delle clausole di *reviviscenza* di garanzie prestate e di *irripetibilità* dei pagamenti apposte nel modello per i casi di sopravvenuta invalidità od inefficacia dell'obbligazione principale. In ragione di tanto, il Tribunale ha preliminarmente osservato che le opposte posizioni delle parti prendono vita dal diverso modo in cui si considera il contratto stipulato a "valle" rispetto all'intesa realizzata "a monte", pertanto, ha ritenuto che il fenomeno in esame non possa esser osservato in un'ottica unicamente pubblicistica ponendo l'attenzione anche sulla posizione del soggetto contraente estraneo all'intesa – quella del cliente – e al pregiudizio che questi subisce da un'intesa vietata – di cui il contratto costituisce "lo sbocco". Pertanto, si ribadisce, in rito e merito, che se si escludesse un "collegamento" tra l'intesa nulla e il contratto stipulato "a valle", in termini di ricaduta della nullità dell'illecito a monte sullo strumento negoziale, si farebbero sopravvivere gli effetti stessi dell'intesa, rendendo superflua ogni prerogativa di tutela e promozione del mercato concorrenziale che sono propri dell'ambito della concorrenza. Se ciò accadesse risulterebbe evidente una menomazione del sistema di tutela dalle pratiche anticoncorrenziali con l'effetto di affidare quest'ultimo a pratiche di "*public enforcement*" escludendo, di fatto, quelle private. Si aggiunga, inoltre, che, il Collegio giudicante, riprendendo quanto già sostenuto dalle Sezioni Unite, ha qualificato il contratto a valle come estraneo rispetto al fenomeno anticoncorrenziale, altresì, come strumento attraverso il quale si estrinsecano – sul piano fattuale – gli effetti dell'intesa sino ad alterare il gioco della concorrenza mediante una limitazione dei modelli negoziali offerti sul mercato dalle banche. La Sezione Impresa ha ribadito, altresì, la tesi secondo cui la nullità deriverebbe dall'illiceità dell'oggetto in quanto contrario a norme imperative contenute nella legislazione antimonopolistica ovvero al principio di ordine pubblico economico che sancisce la libera concorrenza del mercato. Alla luce di tanto, sembra ampiamente condivisibile la ricostruzione proposta dal Tribunale di Napoli nel sostenere che, nella fattispecie in esame, il vizio che colpisce le clausole delle fideiussioni, riprodotte del contenuto del modulo ABI, integra un'ipotesi di nullità "*virtuale*", fattispecie riconducibile alla disciplina di cui all'art. 1418, comma 1 c.c. e che tale patologia derivi dalla contrarietà dell'atto alle norme d'ordine pubblico economico.

Data l'elevata diffusione di fideiussioni *omnibus* all'interno degli schemi ABI, la sentenza delle Sezioni Unite sgombra perciò il campo da possibili equivoci interpretativi e traccia percorsi più netti e decisi.

La soluzione della nullità parziale di clausole viziate sembra essere la sola ad offrire un'adeguata protezione ai contraenti e rispettare le esigenze di un sistema particolarmente complesso come quello bancario, intriso da discipline e disposizioni che toccano ambiti e spazi della disciplina consumeristica e antitrust.

Certo è che la decisione richiederà approfondimenti ulteriori, ma la strada della nullità *speciale* tracciata dalle Sezioni Unite sembra essere condivisibile, oltre a trovare diretta conferma nelle circostanze riconducibili ai casi della nullità di protezione nei contratti del consumatore e delle nullità derivanti nei rapporti tra imprese ⁴⁸.

Ad ogni modo, i nodi da sciogliere nel futuro riguarderanno sempre più la disciplina antitrust, un ambito che a partire dagli anni duemila ha assunto conformazioni particolari e uno sviluppo trasversale, tanto nella materia della concorrenza, quanto nella tutela dei consumatori, utenti e contraenti titolari di situazioni giuridiche delicate e degne di massima considerazione da parte degli ordinamenti interni e internazionali.

SERGIO LOCORATOLO

(48) Innovativa la ricostruzione offerta da autorevole dottrina che nel soffermarsi sulla qualifica di consumatore ai sensi e per gli effetti del Codice del Consumo ha ritenuto che possa trovare applicazione con riferimento alla singola operazione anche la speciale disciplina consumeristica, sicché, *“ove le condizioni contrattuali definite nell'intesa e replicate nei singoli contratti siano caratterizzate da un squilibrio normativo tra diritti e obblighi a danno del cliente – com'è poi normale che accada, altrimenti le imprese non ricorrerebbero alla strategia collusiva: e di nuovo, come si è visto, la vicenda oggetto di esame da parte della Cassazione lo conferma -, saranno integrati i presupposti per qualificare le clausole in questione come vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 1, e dunque sarà possibile farne valere sì la “nullità”, ma in quanto si tratta della “nullità speciale e di protezione” di cui all'art. 36, che assai pochi tratti in comune presenta, sin dalla stessa configurazione della sua fattispecie, del tutto eccezionalmente legata alla “iniquità della regola negoziale”, con la nullità del codice civile. Implicando la conservazione sempre e comunque del contratto, semplicemente emendato dalla clausola abusiva e prescindendo del tutto da ogni considerazione sulla rilevanza della medesima nell'economia dell'operazione (ciò che invece la figura della “nullità” come tracciata dalla disciplina generale del contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c. non consentirebbe), anche siffatta azione costituisce un rimedio con una funzione riequilibratrice del contratto, appunto perché permette la conservazione della operazione posta in essere, con una disciplina che viene ridefinita tramite la disapplicazione della clausola abusiva”* (così, G. GUIZZI, *I contratti a valle*, cit., p. 1179).