

LIBER AMICORUM  
PER  
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

[www.jovene.it](http://www.jovene.it) [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

# INDICE

## VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i> .....	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i> .....	» XVII

## TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico .....	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione .....	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università .....	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano .....	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita .....	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano .....	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità .....	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica ..... p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE  
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta ..... » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice ..... » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* ..... » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili ..... » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense ..... » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione ..... » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» ..... » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile ..... » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? ..... » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca ..... » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" ..... » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato .....	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”? .....	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario .....	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica .....	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia .....	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo .....	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023) .....	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno .....	» 519
VINCENZO ROPPO	
L’ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell’attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo .....	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo .....	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza .....	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

## BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona .....	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore .....	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica .....	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso .....	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* .....	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito .....	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile .....	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita .....	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica .....	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i> .....	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita? .....	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche” .....	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

## VOLUME SECONDO

## DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i> .....	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico .....	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali .....	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso .....	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili .....	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina .....	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi .....	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i> .....	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti .....	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili .....	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile .....	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace? .....	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà .....	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore .....	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona .....	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione .....	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità .....	» 1401

## DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza .....	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata .....	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta .....	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata" .....	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile .....	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile .....	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento .....	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto .....	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza .....	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato .....	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia .....	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni .....	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare .....	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare .....	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari .....	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile .....	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività .....	» 1885

MICHELE LOBUONO

LE FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*  
CONFORMI ALLO SCHEMA ABI  
FRA EFFICIENZA DELLA TUTELA  
E PROTEZIONE DEL MERCATO

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

1. *Lo scenario di riferimento*

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

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

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

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

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

ta da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca.

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

Delineato in tal modo il mercato di riferimento occorre soffermarci su quel che intendiamo quando parliamo di protezione del mercato. I mercati sono ormai da tempo oggetto di interventi del legislatore non di rado stimolati dalla disciplina comunitaria, interventi volti a garantirne un'adeguata protezione, come talvolta emerge dall'espressa indicazione degli obiettivi di riferimento. Si pensi, p. es., alla disciplina dell'intermediazione finanziaria, chiaramente indirizzata a garantire l'integrità dei mercati (di cui peraltro non viene offerta una vera e propria definizione). Nella prospettiva del tema che ci occupa, la protezione del mercato deve essere ricostruita avendo riguardo essenzialmente alla disciplina della concorrenza. A tale riguardo la legge n. 287 del 1990 contiene programmaticamente norme aventi ad oggetto non solo la tutela della concorrenza ma anche del mercato.

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

Riferendosi a tale previsione, invero, Giorgio Oppo parlava di «strabismo costituzionale» della legge in quanto i limiti, le condizioni e i divieti che incidono sull'esercizio di una libertà preesistente non possono considerarsi posti a garanzia della libertà medesima ma solo a garanzia di valori che la sovrastano<sup>1</sup>.

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

In questa prospettiva viene in considerazione la problematica relativa all'applicazione delle norme sulla concorrenza al mercato degli impieghi bancari, in particolare delle fideiussioni richieste a garanzia degli impieghi. Come negli altri settori economici anche nel comparto bancario la regolazione del mercato «non guarda all'equilibrio e alla struttura normativa del singolo contratto, isolatamente considerato, né alla formale legit-

---

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

timità del processo formativo dell'accordo, ma considera l'idoneità di quel regolamento di interessi a garantire un'adeguata dinamica concorrenziale»<sup>2</sup>.

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

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

## 2. Fideiussioni omnibus e attività d'impresa

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

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

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

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

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

Come ho avuto modo di rilevare in alcuni scritti relativi al tema delle garanzie, la rilevanza che assume il collegamento fra atto e attività implica che il mercato rappresenta il paradigma di riferimento per la valutazione dei meccanismi di *enforcement* utilizzabili dai privati<sup>3</sup>. In questo scenario, dunque, dovrebbe essere inquadrato l'intervento del giudice sui contratti di fideiussione a valle recanti le clausole conformi alle condizioni generali di contratto ABI sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia.

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

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

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

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

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

Naturalmente in questa sede non è possibile approfondire nel dettaglio gli argomenti posti a fondamento dei diversi rimedi. Nel rinviare alla vasta bibliografia che ormai caratterizza questa materia<sup>4</sup>, mi sembra opportuno un breve riferimento ai percorsi giurisprudenziali per poi procedere a valutare la portata delle diverse soluzioni nella prospettiva della protezione del mercato, in particolare avendo riguardo alla protezione della concorrenza e dell'iniziativa economica.

La giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017 afferma la nullità totale, assoluta e insanabile dei contratti di fideiussione recanti le clausole conformi al modello ABI<sup>5</sup>. Il ricorso alla nullità integrale del contratto troverebbe la sua principale giustificazione nella circostanza che i contratti a valle sono da intendersi alla stregua di una parte integrante dell'intesa anticoncorrenziale. Ed effettivamente non sembra dubitabile che nella

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

<sup>4</sup> Per una ricostruzione delle diverse soluzioni elaborate sul punto, fra gli altri cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *Contratti bancari*, a cura di Capobianco, Milano, 2021, 467 ss.

<sup>5</sup> In tal senso, CASS., 12.12.2017, n. 29810; CASS., 22.5.2019, n. 13846.

prospettiva della banca la conclusione del contratto finisca per dare attuazione a quanto convenuto in sede ABI.

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

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

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

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

Come è noto, si tratta di previsioni negoziali che hanno la funzione di rafforzare la garanzia e che, dunque, considerate nella prospettiva del mercato di riferimento, quello degli impieghi, rispondono all'esigenza di tutelare l'esercizio del credito. Posta in questi termini, la portata delle clausole in questione, sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia in quanto utilizzate in modo generalizzato e uniforme nei confronti della clientela, dovrebbe essere considerata avendo riguardo alle valutazioni che le banche sono chiamate a operare al momento della concessione del finanziamento.

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

La funzione di contenimento del rischio assolta dalle garanzie ha particolare rilevanza quando a essere finanziata è un'impresa che risponde con il proprio capitale, ma non con il patrimonio personale dell'imprenditore. Quest'ultimo, infatti, ha un incentivo a cercare di accrescere il rendimento degli investimenti assumendo rischi superiori a

quelli inizialmente previsti, in misura tanto maggiore quanto minore è il capitale da lui conferito all'impresa.

In termini più generali il ricorso alle garanzie contribuisce a ovviare alle difficoltà connesse all'attività di finanziamento: la convenienza a fornirle al proprio creditore anziché pagare un interesse elevato è, infatti, maggiore proprio per le imprese caratterizzate da un profilo di rischio più contenuto, perché minore è la possibilità di perdere quanto dato in garanzia<sup>6</sup>.

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

#### 4. *La nullità parziale nella sentenza delle sezioni unite*

A fronte di tale soluzione si è ipotizzato un diverso approccio che, in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, non abbia un carattere demolitorio dell'intera fideiussione. E, in effetti, prima ancora della sentenza delle sezioni unite nella giurisprudenza di merito era andato emergendo un orientamento che richiedeva una valutazione nel caso concreto delle clausole utilizzate dal fideiussore, non potendosi giungere a dichiarare la nullità dell'intero contratto laddove le clausole elaborate dalle intese illecite non incidessero sulla struttura e sulla causa del contratto.

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

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

- siamo in presenza di una «nullità speciale», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della l. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a) – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico» (2.17);
- il contratto a valle deve ritenersi nullo solo in parte, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza e che sono le sole ad avere – in concreto – una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI (2.18.1);
- la possibilità che l'intero contratto venga considerato nullo all'esito del giudizio ex art. 1419 c.c. viene considerata eccezionale.

<sup>6</sup> Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 «ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», punti 65 - 68.

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

In questa sede, il tentativo di verificare sul piano dell'efficienza la soluzione della nullità parziale, così come adottata dalla pronuncia delle sezioni unite, rende necessario valutare ancora una volta la capacità di rispondenza del mezzo di tutela ai fini perseguiti dall'ordinamento. Il tema è complesso e richiederebbe un'approfondita valutazione di carattere preliminare delle clausole in esame alla luce della normativa antitrust. Mi limiterò allora a rilevare che queste previsioni negoziali, al pari di altre elaborate nella prassi, finiscono per delineare una garanzia personale caratterizzata in termini diversi rispetto alla fattispecie tipica prevista dal legislatore, trovando la loro giustificazione sul piano funzionale nella ponderazione degli interessi legati all'attività di finanziamento.

Tanto precisato, sia pure in estrema sintesi e sul piano generale, proviamo a soffermarci con riferimento a questo aspetto su un passaggio della motivazione posta a fondamento della pronuncia delle sezioni unite. La sentenza per ben due volte si premura di precisare che non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente – all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale.

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

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

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

Piuttosto, alla luce del provvedimento della Banca d'Italia, sarebbe il «nesso funzionale» tra l'intesa a monte e il contratto a valle a creare il meccanismo distorsivo del-

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

la concorrenza vietato dall'ordinamento. A questo punto allora occorre chiedersi se la nullità parziale dei contratti a valle possa considerarsi efficiente nella prospettiva della protezione del mercato, dell'ordine pubblico economico richiamato nella sentenza delle sezioni unite.

Gli esiti di una ricostruzione di questo tipo andrebbero ricercati, per quanto si è detto in precedenza, attraverso una riflessione che avendo sullo sfondo l'ordine giuridico del mercato non si esaurisca in un giudizio di mera validità della fattispecie ma venga sviluppata in ragione della concreta incidenza dell'attività contrattuale sull'assetto dei rapporti concorrenziali. In tal senso, come si è visto, c'è da chiedersi se non sia preferibile una diversa e alternativa prospettiva conoscitiva, che implica «la priorità dell'attività e dell'iniziativa economica rispetto al contratto, la cui valutazione avviene in funzione dell'inerenza e dell'intrinseca destinazione al mercato»<sup>8</sup>.

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

Queste considerazioni, invero schematiche e meritevoli di ben altro approfondimento, relative alla sostanziale tenuta dei contratti di garanzia recanti clausole in deroga rispetto al codice, inducono a chiedersi se nel caso delle fideiussioni *omnibus* in esame ci troviamo effettivamente di fronte all'esigenza di salvaguardia dell'«ordine pubblico economico», come più volte ripetuto dalla Cassazione nella sentenza del dicembre 2021 per formulare un giudizio di invalidità delle clausole in esame<sup>9</sup>.

Il tema è complesso e naturalmente meriterebbe ben altro approfondimento; in ogni caso è chiaro che non è possibile prescindere dal provvedimento della Banca d'Italia, dall'affermazione di una violazione della disciplina della concorrenza per l'uso pressoché generalizzato delle clausole in esame. C'è allora da chiedersi ulteriormente se non sia preferibile una valutazione in termini di effettiva pertinenza della clausola rispetto all'oggetto della controversia anche per evitare usi strumentali della nullità al mero fine di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni del garante. In particolare, si rende opportuno valutare se in una prospettiva di conservazione del contratto, pure affermata dalle sezioni unite, alla soluzione che prevede la nullità della clausola con il conseguente giudizio ex art. 1419 c.c., sebbene eccezionale sia il rischio di invalidità dell'intero contratto, non sia preferibile una soluzione in termini di rimozione dei suoi effetti laddove il fideiussore dia la prova che la medesima clausola abbia in concreto leso i suoi interessi<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> ZOPPINI, *op. cit.*, 197.

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

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

## 5. *Il risarcimento del danno*

Nel dibattito che ha caratterizzato questa materia le criticità in vario modo emerse con riferimento alla nullità hanno finito per orientare l'attenzione su altri rimedi, quali il controllo giudiziale sulla giustizia contrattuale con conseguente correzione equitativa del negozio e l'azione di risarcimento del danno<sup>11</sup>. Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non vi sono dubbi in merito alla circostanza che il risarcimento del danno, ove ne sussistano le condizioni, possa essere riconosciuto al fideiussore anche nelle ipotesi di nullità totale o parziale del contratto.

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

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

Posto che le clausole sanzionate attengono essenzialmente al più ampio arco temporale nel quale il garante è tenuto a rispondere nei confronti della banca, l'eventuale pregiudizio economico potrebbe essere legato alla circostanza che il fideiussore abbia tenuto vincolate per un periodo più ampio le somme necessarie all'eventuale pagamento. Appare evidente quindi, che la strada più agevole dovrebbe essere individuata nella liquidazione equitativa del danno<sup>12</sup>.

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

Una ricostruzione di questo tipo non appare immune da critiche, in particolare ove si consideri che la pronuncia di nullità del contratto a valle non ha efficacia *erga omnes*, «perché ogni pronuncia di nullità di un contratto a valle è limitata dai vincoli soggettivi del giudicato, secondo le regole generali, e come tale può dirsi posta, anch'essa a tutela

<sup>11</sup> RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, 302.

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

di un interesse individuale, alla stessa stregua del rimedio risarcitorio (fermo restando, poi che ambedue le discipline tutelano *anche* interessi generali)»<sup>13</sup>.

## 6. *Considerazioni conclusive*

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

---

<sup>13</sup> LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive*, cit., 21.

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