

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema

SOMMARIO: 1. La negozialità bancaria conformata: atto, attività, sistema. – 2. Le fideiussioni attuative di intese anticoncorrenziali. – 3. Lo stato del dibattito alla luce di Cass., sez. un., 41994/21: il rimedio risarcitorio. – 4. Segue: la nullità. – 5. Segue: la nullità parziale. – 6. Mercato e contratto: attualità del sistema delle regole di validità?

1. La negozialità bancaria conformata: atto, attività, sistema.

Non v'è dubbio che l'ambito della negozialità bancaria sia uno dei settori dell'ordinamento in cui, in maniera più evidente, si manifestano peculiarità prospettiche marcate. Detto contesto è in grado di svelare una costante tensione a fare dell'*atto* di autonomia il punto di emersione, per finalità precettive, di una *attività* che, in quanto sottesa e presupposta, viene disciplinata in ragione di scelte assiologiche ben precise, nella consapevolezza dell'impatto che, in termini di sistema, simili interventi determinano.

La regola contrattuale – attenga essa alla fisiologia del contratto ovvero alla sua patologia – produce così una conformazione (*pro futuro*) di ciò che *precede* il contratto: non già in termini di mera procedimentalizzazione delle fasi che ad esso conducono, ma alla stregua di una perseguita modifica della serialità dell'operazione economica che il contratto esprime, e che restituisce nel complesso il senso del suo concorrere alla definizione di un certo segmento economico che si intende regolare.

A mo' di esempio, è tutto sommato facile scorgere una concretizzazione di quanto sopra nelle soluzioni – significativamente provenienti dall'applicazione giurisdizionale e arbitrale e non da un piano dettato normativo – avvicendatesi con riferimento alla sorte dei mutui fondiari eccedenti i limiti di finanziabilità, alla qualificazione come obbligatoria o facoltativa delle polizze assicurative collegate a contratti di finanziamento al consumo (al fine di vagliare la validità del TAEG indicato nel contratto e all'esito di una singolare ripartizione delle regole concernenti l'onere della prova: sul che tornerò in chiusura) nonché, in fondo, alla stessa annosa questione della regolamentazione

dell'anatocismo, così come è stata affrontata nel corso degli ultimi lustri.

Alla luce di questa considerazione di fondo, è possibile allora ripercorrere anche il tema delle fideiussioni *omnibus* riprodotte di clausole contenute in intese nulle in quanto anticoncorrenziali, da ultimo deciso dalla nota pronuncia a sezioni unite del dicembre 2021¹ e ancor prima vagliato dall'ABF (in una altrettanto nota decisione del Collegio di coordinamento²). Si tratta di materia ampiamente arata dalla dottrina, per l'evidente interesse suscitato dalle molteplici sfaccettature

¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, su cui si v. almeno A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in questa *Rivista*, 2022, 1 ss.; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti*, 2022, 13 ss. (v. anche, tra i numerosi contributi sul tema dello stesso A., la voce *Contratto e concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. I *Tematici: Contratto*, Milano, 2021, 262 ss., nonché ID., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti «a valle»*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 378 ss., con ampia rassegna della giurisprudenza di merito formatasi sulla questione; ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 500 ss.); G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti a valle*, in *Foro It.*, 2022, I, 1309 ss.; la pronuncia è anche in *Foro It.*, 2022, I, 409 ss. con note di S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni omnibus attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, di A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle Sezioni Unite 41994/21*, di C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni omnibus a valle di intese anticoncorrenziali?*, e di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 514 ss. Questi ultimi esordiscono attribuendo il persistere delle divergenze di opinione al collocarsi del tema «a ridosso della linea di confine tra gli ambiti di operatività di due consorzierie, la pattuglia degli *antitrust scholars*, ragionevolmente insofferenti nei confronti di quanto residua della narcisistica dogmatica del diritto privato, e la contrapposta schiera dei civilisti, alteri custodi della centralità di quello che assumono essere il «diritto primo». Vorrei, con queste pagine, uscire indenne dall'inquadramento nelle due predette schiere, se non altro per l'intima convinzione che la dogmatica non sia (e mai debba divenire) «narcisistica», e che, pur restando un imprescindibile momento di verifica delle soluzioni possibili, non possa mai essere assolutizzata all'insegna di un essenzialismo dei concetti che ritengo, nel diritto, impraticabile.

² Coll. Coord. Abf, 19 agosto 2020, n. 14555, pres. F. Lapertosa e rel. P. Sirena, commentato criticamente da A. MONTANARI, *La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del collegio di coordinamento dell'Abf sulle fideiussioni omnibus*, in *Nuova giur. comm.*, 2021, 109.

che la caratterizzano, e che nella dialettica sviluppatasi intorno ai possibili rimedi (in primo luogo l'invalidità del contratto ovvero la responsabilità per danni) consente di far tesoro della consapevolezza da cui si sono prese le mosse, al fine di individuare la soluzione che appaia più coerente. Con l'ovvia precisazione che la coerenza, di per sé, è categoria tutto sommato acefala, se non si individua il parametro che la orienta; ragion per cui, in chiusura di questa breve analisi, occorrerà mettere mano anche al tema assiologico che si agita sullo sfondo del problema tecnico giuridico qui ripreso.

Quanto segue, in buona sostanza, ben può contribuire a quella fondamentale opera che, nel contesto di un diritto privato che va incontro, ormai in maniera endemica, a fenomeni di frammentazione normativa, impone di ripensare le categorie giuridiche – in una dimensione scevra da qualsivoglia inopportuna propensione sacralizzante – alla luce degli elementi di novità introdotti da settori dell'ordinamento che ne mettono in discussione, criticamente, la pregressa capacità ordinante³.

Da questo punto di vista, non può sfuggire come, ancora una volta, il tema delle invalidità negoziali si offra come banco di prova dell'evoluzione dell'ordinamento. Ciò non è un caso, posto che una visione propensa a fare del contratto un *ens* ben si presta, in modo evidentemente facile a forme di precomprensione ottundente, a concettualizzare le invalidità, all'insegna di *deficit* strutturali, in maniera speculare rispetto alla costruzione *fisiologica* della categoria, secondo parametri tra i quali il binomio *essenziale/accessorio* mostra chiaramente una precisa matrice culturale. La storia del diritto

³ Cfr. in questa direzione S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, 493-495, nel quadro della dialettica tra «diritto primo» e «diritti secondi», il quale ha cura di precisare che il diritto commerciale non può essere ascritto a questi ultimi. Verrebbe da chiedersi se il tema delle fideiussioni attuative di rapporti anticoncorrenziali possa ricondursi all'operatività di un diritto «secondo», per la connotazione soggettiva che indubbiamente, *ex uno latere*, lo caratterizza (di modo che si rientrerebbe, così come si è anticipato, nel contesto della negozialità «bancaria») o se, per il tipo di problemi che impone di affrontare, esso fuoriesca piuttosto da un certo modo di declinare il diritto privato, in forza di regole che impongono – e non può certo, questa, essere un'anomalia – nulla più che una necessaria e periodica rimeditazione di categorie già note (invalidità, responsabilità, collegamento negoziale ecc.).

contrattuale moderno ne ha offerto, più volte, prova evidente⁴, così come non è difficile – si farebbe di contro torto alla categoria dei giuristi – enumerare casi nei quali la disamina della fenomenologia del diritto, vale a dire della razionalità positiva intrinseca⁵ che si esprime nelle prassi giuridiche, ha comportato un ripensamento dal basso di strumenti concettuali consolidati, all’insegna di una ricognizione dell’*economia* del diritto⁶. In questa direzione, non è difficile intuire come l’imporsi di un sistema di fonti multilivello e la capillarità che il diritto eurounitario guadagna, contribuiscano a rendere ancor meno decisive – senza con questo voler esprimere un giudizio positivo o negativo e pur riconoscendo l’imprescindibilità del ruolo dei diritti nazionali nell’implementazione del sistema eurounitario⁷ – partizioni e logiche categoriali nell’ambito del diritto privato ritenute imprescindibili quanto meno per la loro capacità ordinante, finora mostratasi anche efficiente (basti pensare, in altro ambito di “pertinenza eurounitaria”, alla delicata e ben nota questione dell’integrazione giudiziale di contratto in caso di nullità parziale, per abusività della clausola ai sensi dell’art. 36 cod. cons. e § 6 Dir. 93/13 e, in genere, nei casi di nullità di protezione, per così dire, a gestione asimmetrica). Si aggiunga che

⁴ Può pensarsi, banalmente, alla considerazione del ruolo dell’errore *essenziale* nella teoria moderna del contratto, in cui un sostrato razionalistico ereditato dalla tradizione filosofico-giuridica neoscolastica si è fuso con una rappresentazione tutto sommato semplicistica del contratto medesimo all’insegna dell’essere una «volontà»: su questa evoluzione, per tutti, v. J.R. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 10 ss.; ID., *Foundations of private law*, Oxford, 2006, 307 ss. Cfr. anche v. N. JANSSEN, R. ZIMMERMANN, *Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht*, in *AcP*, 2010 (210), 196 ss. e, in particolare, 229 ss.

⁵ Cfr., con profondità ineguagliata, I. MANCINI, *L’Ethos dell’Occidente*, Genova, 1990, 47 ss.

⁶ Nel senso divisato da F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2a ed., 1993, 204 ss., idealmente dialogando con G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979.

⁷ Di recente, lo ribadisce con fermezza, muovendo dall’angolo prospettico dello stato dell’implementazione delle Direttive 2019/770 e 2019/771 H. MICKLITZ, *The Full Harmonization Dream*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2022, 4, 117 ss.; e v. anche A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell’Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 712 ss. e 730 ss.

l'impianto politico che anima l'opzione per la *Privatrechtsgesellschaft*⁸ e la stessa modalità di implementazione delle regolamentazione del mercato attraverso discipline contrattuali, mal si presta a conservare capacità denotativa all'inquadramento dei fenomeni nel perimetro della settorialità, cui siamo stati tradizionalmente adusi⁹, con la conseguenza che la moltiplicazione dei possibili punti prospettivi (parti generali/speciali; regole di condotta/validità¹⁰) rischia di essere messa in crisi anche per il solo coesistere di segmenti disciplinari più affezionati alla loro conservazione e segmenti, invece, in cui la materialità economica dei rapporti – segnatamente contigui al fenomeno dell'impresa – reclama in modo più netto il superamento di «ordini di senso», partizioni, *topoi* argomentativi consolidati nella civilistica tradizionale.

In conclusione, se è vera la premessa, e cioè che il tema qui affrontato conferma la rilevanza precettiva della distinzione tra disciplina dell'atto e dell'attività, e se fosse confermato che, al fondo delle regole che, rivolte al primo, intendono conformare la seconda, apparirà immediatamente insoddisfacente relegare a logiche rimediali coniate sul primo la soluzione, sempre in punto di rimedi, dei conflitti di interessi che quelle regole intendono risolvere.

2. Le fideiussioni attuative di intese anticoncorrenziali.

La questione, ben nota¹¹, è quella della sorte delle fideiussioni contenenti clausole (di “reviviscenza”, di deroga all'art. 1957 c.c., di

⁸ V. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 101 ss.

⁹ Cfr., in questo senso, quanto già osservava S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, 555-557.

¹⁰ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, 2a ed., Bologna, 2021, in part. 20 ss., 61 ss.

¹¹ Oltre alle opere già citate in apertura, v., *ex multis*, M. BARELA, *Il (visibile) filo rosso tra intesa anticoncorrenziale e contratti a valle*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 143 ss.; G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione «vingt ans après», aspettando le sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 1173; A. PISAPIA, *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. «antitrust» e la nullità del contratto*, in *Contratti*, 2021, 681 ss.; M.R. MAUGERI, *Breve nota sui contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, I, 415 ss., con sostanziale adesione alla

“sopravvivenza”) riproducenti quelle già predisposte, agli artt. 2, 6 e 8, nello schema contrattuale di «*fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*» (fideiussione *omnibus*) approntato nel 2003 dall’Associazione Bancaria Italiana (ABI); clausole che il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d’Italia ha ritenuto in contrasto con l’art. 2, secondo comma, lett. a) della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*).

Nonostante il predetto provvedimento, molte banche hanno continuato a utilizzare le clausole sopra ricordate, così dando origine a un contenzioso concernente la validità dei contratti di garanzia in cui dette previsioni erano contemplate. Il contenzioso, in breve, verte sulla possibilità di estendere alle clausole, se non anche all’intero contratto

posizione espressa dalle Sezioni Unite e, ancor prima, da Cass. 26 settembre 2019, n. 24044 (e v., della stessa A., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, 175 ss.; *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 147-169; *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un’impresa che partecipa ad un’intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 347 ss.; *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 165 ss.; *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006); E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. comm.*, 397 ss. (nonché ID., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008); A. GENTILI, *La nullità dei «contratti a valle» come praticata concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss. (con ampia e ragionata rassegna, alle pp. 683 ss., degli orientamenti emersi in giurisprudenza); F. DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2019, I, 354 ss.; R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, nota a Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, 1063 ss.; E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, in *Contratti*, 2006, 141 ss.; C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 444; ID., *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss. Tra i lavori monografici merita segnalare anche M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell’intesa competitiva*, Milano, 2012; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2009. Ringrazio inoltre la Dott.ssa Sara Cirelli per avere pazientemente condiviso con me molti dei risultati del suo periodo di ricerca su questo tema, condotto ad Heidelberg nel corso del 2022 sotto la guida del Prof. Christian Heinze.

“a valle” dell’intesa che le contiene, analoga sorte di quella riservata all’intesa medesima dall’art. 2, comma 3, della l. 287/1990. Quest’ultima disposizione prevede infatti che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*».

In ciò è già possibile cogliere la gran parte delle questioni che si agitano, dal punto di vista ricostruttivo, atteso che si tratta di comprendere se la categoria della nullità sia la più acconcia a *governare* le sorti di contratti che sono diversi da quello vietato (l’intesa tra le imprese, “a monte”) e che ne rappresentano – ma in termini su cui si dovrà tornare a breve – l’attuazione¹²; di modo che è lecito interrogarsi circa la pertinenza, tenuto conto degli interessi in gioco, di un rimedio ablativo (e sulla sua eventuale pervasività, alla luce della disciplina della nullità relativa), rispetto a uno conservativo (quello risarcitorio). Quest’ultimo è strumento indubbiamente coerente con i presupposti «genetici» di operatività del *private enforcement*¹³ in ambito antimonopolistico e nel contesto del principio di effettività (e, come tale, non certo tacciabile di essere *di per sé* soltanto uno strumento complementare e non interamente esaustivo, rispetto ad altri e più incisivi mezzi di deterrenza di carattere amministrativo), ma forse

¹² Merita un cenno, per quanto necessariamente fugace, la tradizionale distinzione tra *Ausführungsvertrag* e *Folgebertrag*, sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca in relazione all’applicazione del rimedio della nullità (soltanto ai primi, in quanto ritenuti attuativi dell’intesa) e del rimedio risarcitorio (ai secondi, in quanto conclusi con terzi estranei all’intesa), così definendo il perimetro applicativo dell’art. 33 GWB. Cfr. però le considerazioni critiche di A. GRÜNWARDL - J. HACKL, *Das Schicksal von Folge- und Ausführungsverträgen mit Kartellanten in der neuesten BGH-Rechtsprechung. Ein Systemwechsel?*, in *Neue Zeit. Kartellrecht*, 2017, 508 ss.), sulla scorta della nota sentenza del BGH del 2015 (BGH, 18.6.2015, KZR 83/13) con cui vennero giudicati nulli gli atti di disdetta da contratti di accesso a reti di telecomunicazione, in quanto atti concordati fra le parti disdettanti con un accordo giudicato restrittivo della concorrenza. Secondo la detta pronuncia, siffatta soluzione non contrasterebbe con la tesi tradizionale, adducendo – in maniera, si lamenta, formalistica – che la disdetta è un atto unilaterale e non un *Folgebertrag*.

¹³ Cfr. su questo aspetto A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, nella prima parte del contributo, ove si pone in luce la dialettica tra dimensione privatistica e pubblicistica dell’*enforcement* e l’evoluzione che può osservarsi nella progressiva centralità (urgenza) eurounitaria nell’attribuire centralità al ruolo “regolatorio” della responsabilità civile (quale rimedio per il danno individuale).

inidoneo a restituire le peculiarità di una tutela che trascende il singolo danneggiato e si orienta al mercato nella sua oggettività¹⁴.

3. *Lo stato del dibattito alla luce di Cass., sez. un., 41994/21: il rimedio risarcitorio*

Lo stato del dibattito vede il campo conteso da tre tesi¹⁵: il rimedio risarcitorio; il rimedio “reale” (la nullità); il rimedio “reale parziale” (la nullità relativa).

Se si rimane alla loro considerazione superficiale e per giustapposizione – per lo più evidente in commenti di natura ricognitiva alle pronunce prima citate – le tre soluzioni offrono all’interprete occasione di sfoggiare argomenti e *regulae iuris* che, di solito, finiscono per essere accantonati nel momento in cui si sposa una soluzione che appare aggrappata ad apodittici postulati dogmatici.

In favore del rimedio risarcitorio¹⁶ (in particolare, nelle forme del dolo incidente di cui all’art. 1440 c.c.) e contro il rimedio reale, si argomenta come segue: la nullità è delle “intese” e non dei contratti a valle; tra le prime e i secondi mancherebbe anche la coincidenza

¹⁴ È questa, come noto, la formula che costituisce la chiave di volta nell’argomentazione delle Sezioni unite: «l’interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l’interesse individuale del singolo contraente pregiudicato; va quindi «esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria [...] a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust». Si potrebbe tuttavia – ma non vi è in questa sede sufficiente spazio per indagarne fino in fondo le implicazioni – valutare se una simile affermazione sia «allineata» con una progressiva e indubbia accentuazione della finalità del diritto *antitrust* anche nel senso di assicurare tutela della concorrenza in senso soggettivo, vale a dire alla libertà economica individuale quale valore *in sé*: cfr. l’ampia indagine di A. KÜNZLER, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 2008.

¹⁵ Ne conta sette, operando i distinguo che, nel testo, ho deciso comunque di considerare nel perimetro delle tre considerate, A. GENTILI, *op. cit.*, 688 ss.

¹⁶ V. per esempio Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, con nota di D. DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, 2020, 358.

soggettiva¹⁷; il collegamento tra i due – intesa e contratto – è a-tecnico (di modo che non opera il principio *simul stabunt simul cadent*). Si invoca in qualche autore che vi sarebbe, a precluderne la declaratoria, un principio di tassatività delle ipotesi di nullità (anche se, a dire il vero, pare questo un argomento poco perspicuo e alquanto discutibile). Si afferma infine che la questione vada risolta riproponendo la distinzione tra regola di validità e regola di comportamento, per poi ascrivere alla seconda l'ambito precettivo in cui si consumerebbe la condotta *contra ius* della banca che abbia fatto uso delle clausole contrastanti con la disciplina anticoncorrenziale.

La tesi favorevole al solo risarcimento¹⁸ (peraltro caldeggiata dal Procuratore generale presso la S.C., nelle conclusioni depositate in vista dell'arresto delle S.U., prima citato, che le ha nettamente disattese¹⁹), per quanto evidentemente coerente con il presupposto da cui muove – vale a dire la qualificazione del precetto come regola di condotta e non di validità – cede a mio avviso di fronte agli argomenti spesi in favore della nullità, che mi paiono più ficcanti.

In fondo, la rappresentazione delle criticità del rimedio risarcitorio²⁰ ricordano il sapore della nota vicenda²¹ di quel Lucio Verazio che *depalmaverat* i passanti, per poi subito farli tacitare dal servo al seguito con la dazione di venticinque assi, *poena* prevista dalla norma decemvirale e ormai resa pressoché insignificante dal decorso del tempo. In breve, detto rimedio, a tacere della sua peraltro dubbia capacità di far fronte a un «danno» se non attraverso una

¹⁷ Cfr. su queste peculiarità del rapporto tra contratto a monte e contratto a valle G. D'AMICO, *op. cit.*, 1312 s. La rilevanza di questo profilo soggettivo è considerata marginale, se non superata, da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 4, nota 7.

¹⁸ Sulla quale, tra tutti, merita richiamare l'articolata argomentazione di M. LIBERTINI: cfr. da ultimo in *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 19 ss.

¹⁹ V., in senso critico rispetto alle conclusioni del Procuratore, G. LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *giustiziacivile.com*, 16 dicembre 2021; di diverso avviso V. PISAPIA, *Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della cassazione i contratti «a valle»*, in questa *Rivista*, 26 novembre 2021.

²⁰ Ben compendiate ora da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 10 ss.

²¹ Ricordata da Labeone nei suoi Libri di commento alle XII tavole, a quanto narrato da Aulo Gellio nelle *Notti Attiche*.

sovracompensazione di carattere punitivo, finisce per non soddisfare la ragione che sottende la regola²². Ragione che non sta certo nella disciplina del singolo rapporto contrattuale fideiussorio²³, ma che va ricercata presupponendo il significato che detto rapporto assume rispetto all'attività di uno dei due contraenti, reiterata nonostante l'accertata contrarietà del contenuto del negozio a norme imperative, e nel contesto del mercato in cui il contratto si colloca. In sostanza la tutela risarcitoria consente il compimento dell'atto che frustra la concorrenzialità del mercato, purché si possa risarcire il danno: dal punto di vista della sua capacità conformativa del mercato, essa è la più debole delle soluzioni, ancor più dove la possibilità di un danno individuale sia, a dir poco, evanescente.

Un ultimo rilievo: il comportamento illecito consterebbe, nel cono d'ombra del dolo incidente²⁴, dell'omessa informazione al contraente circa la natura anticoncorrenziale dell'intesa a monte; il che pare francamente quasi paradossale: la slealtà starebbe nel non rendere edotto un contraente della invalidità di un contratto di cui egli *non è* parte, quando, proprio secondo la tesi qui considerata, detta circostanza non sarebbe in grado di invalidare il contratto di cui egli è parte.

²² Sulle critiche alla Direttiva 104/2014, relativamente alla parcellizzazione del danno tra tutti i soggetti della catena di approvvigionamento, nonché sull'incapacità della stessa azione di classe – e ora delle azioni rappresentative (Direttiva 2020/1828) – a risolvere questi problemi v. E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 143.

²³ Nemmeno mi pare rinvenibile l'esigenza che sottende all'elaborazione della citata categoria del *Folgevertrag*, in Germania: contratto, questo, che coinvolge un terzo non aderente all'intesa anticoncorrenziale e che, pertanto, dovrebbe tutelare l'esigenza di certezza giuridica di quest'ultimo, contro il rischio della caducazione del contratto. Del resto, anche in quel contesto, non mancano i sostenitori della tesi della nullità parziale.

²⁴ Cfr. E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., 404, seguito da F. MOLINARO, *Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, 1 s.

4. *Segue: la nullità.*

La tesi della nullità non è certamente monolitica e presenta plurime sfaccettature.

Ci si chiede in primo luogo se si tratti di nullità derivata, frutto di una sorta di propagazione della nullità a monte, ovvero di nullità diretta.

A mio avviso, si tratta di nullità diretta, virtuale, per contrasto del negozio fideiussorio con norme imperative: l'art. 41 Cost., l'art. 101 TFUE e l'art. 2 L. 287/90. All'autonomia privata è precluso pretendere rilevanza giuridica per contenuti che si pongono in contrasto con la correttezza e la regolarità del mercato (che possa ovvero debba predicarsi un vizio proprio di uno degli elementi – illiceità della causa, ovvero dell'oggetto – del negozio fideiussorio, spostando il fuoco dal primo al secondo comma dell'art. 1418 c.c., rientra nella nota questione della sovrapposibilità dei precetti in caso di contratto illecito e non semplicemente illegale²⁵).

Non sarebbe in breve ammissibile attribuire al contraente che abbia stipulato l'intesa nulla (perché anticoncorrenziale) la facoltà di darvi, comunque, esecuzione²⁶: questa pare essere la ragione ultima della propagazione della nullità dall'intesa al contratto, all'insegna di un collegamento che – ormai l'espressione è diffusa – sarebbe non già negoziale ma funzionale. La difficoltà che simile declinazione del collegamento cerca di eludere è evidente: non è tanto la categoria della nullità a essere in questione, bensì quella del collegamento in senso tecnico, posto che «un collegamento sussiste solo quando oggettivamente l'uno in concreto non si giustifichi senza l'altro, e soggettivamente le parti, soprattutto se non identiche, manifestino un

²⁵ Sul punto, per tutti, v. E. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 700 s. Rinvio, per la rassegna delle due opinioni (e l'individuazione delle tesi contrarie), a A. GENTILI, *op. cit.*, 691 s.

²⁶ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 8 s.: «chi stipula un contratto nullo non è – sul piano del fatto – libero di darvi o meno esecuzione: è l'ordinamento giuridico, piuttosto, che lo smarca dall'obbligo relativo. Questo, però, non significa che il contraente, così smarcato, possa comunque liberamente scegliere – dando pieno sfogo alla propria autonomia – di dare al contratto nullo un'efficace esecuzione». In ordine alla nullità, impiegata per conformare e modellare il contratto si v. anche R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 777; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 509.

intento di coordinamento di un patto con l'altro per uno scopo comune ulteriore; ma non è questo il caso, stante la piena estraneità del cliente all'intesa»²⁷.

Ciò che è decisivo, dunque, è che l'intesa a monte produce effetti obbligatori (e distorsivi) proprio in quanto impone ai suoi aderenti di adottare un certo contenuto negoziale; ma è quest'ultimo atto a determinare l'effetto distorsivo, di restrizione e falsificazione del mercato²⁸: e non è il venir meno dell'effetto obbligatorio a imporre la nullità del contratto a valle, in quanto non è qui questione di tutelare la libera determinazione negoziale della banca che, slegata dal dovere di conformarsi all'intesa restrittiva, decida poi liberamente di avvalersi di quel contenuto.

L'interesse protetto, affermano le Sezioni Unite, è quello del mercato in senso oggettivo, e non del singolo contraente: è la fideiussione che, in uno con l'intesa, viola la normativa *antitrust*. L'intesa, senza l'atto negoziale che la attua, non è infatti che un programma negoziale, che non falsa la concorrenza, ma che mira a falsarla²⁹. Da questo punto di vista, assume tutt'altro senso la considerazione – pur formulata da chi avversa la tesi dell'invalidità del contratto a valle – giusta la quale il contrasto con la norma imperativa «si coglie, semmai, in una *dimensione seriale*, e poi necessariamente fattuale, riguardando cioè *il fatto della reiterazione*, da parte di tutti gli aderenti al cartello, di contratti coerenti con il programma di azione comune in cui esso si concreta»³⁰. Gli è che il *fatto* della reiterazione –

²⁷ A. GENTILI, *op. cit.*, 689 s.; rileva che «manca una volontà comune di tutti i soggetti che intervengono nei diversi atti, tra loro appunto collegati, al fine di realizzare un risultato ulteriore e diverso rispetto a quello di ciascun atto singolarmente considerato» G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1176 (corsivi nel testo), e ivi ulteriori riferimenti.

²⁸ A. GENTILI, *op. cit.*, 700 ss. la prospettiva è ben descritta da G. D'AMICO, *op. cit.*, 1313 ss., e da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 517 «sarebbe a dir poco controintuitivo imporre una soluzione di continuità rispetto ad un livello, quello della *conspiracy*, che ha senso pratico e dispiega le sue conseguenze negative solo in quanto si traduca operativamente nei contratti di mercato che, viceversa, si vorrebbero separati, autonomi ed indifferenti alla matrice da cui originano». V. anche F. LONGOBUCCO, *op. cit.*, 140 ss.

²⁹ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 8, nota 15.

³⁰ Così, ancora, G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1176, il quale ritiene tuttavia che da ciò consegua come la norma violata sia una regola di condotta, che attiene alla fase prenegoziale e che attiene al

che in questo contesto non può assumere il significato di aderenza del singolo contraente «a valle» anche all'intesa «a monte», bastando, appunto, verificare che egli fruisce, nelle proprie pratiche contrattuali, di quel risultato *contra ius* – significa non soltanto condotta prenegoziale, ma fruizione di quel contenuto illecito, che diviene regolamento del contratto singolo e che vale di per sé a integrare il contrasto di quest'ultimo con la norma imperativa a monte.

L'A. da ultimo citato, con indubbia coerenza, precisa³¹ che «è difficile pensare che il giudizio di disvalore dell'ordinamento per un atto di autonomia negoziale, e il disconoscimento della sua attitudine a produrre effetti giuridici [...] possa dipendere, in presenza di un identico contenuto del regolamento contrattuale, da quello che è pur sempre e solo un semplice *fatto*, quale è la struttura del mercato [...] in cui il contratto viene concluso». Ciò su cui, per parte mia, mi sento di dissentire, è che il *fatto* assunto quale rilevante al fine di addivenire alla qualificazione come invalido del contratto, sia la struttura del mercato in cui il contratto si colloca: il *fatto* è invece il *concorrere*, in quanto *reiterato*, di quel contratto, con quel contenuto, alla realizzazione degli scopi dell'intesa vietata. Se ciò determina – vulnerando la concorrenza – la privazione in capo ai clienti finali «dell'unico strumento con cui, nell'ambito di un sistema di contrattazione che è necessariamente seriale, essi possono sottrarsi ad un eventuale tentativo dell'impresa di sfruttare a proprio vantaggio il potere di definire unilateralmente le condizioni contrattuali»³², vale a dire di trovare alternative (possibili evidentemente in un mercato concorrenziale ove le condizioni non siano rese omogenee dall'intesa illecita), allora non vedo perché il rimedio debba necessariamente essere conservativo del contratto ed esprimersi unicamente sul piano risarcitorio. Ciò può (almeno in teoria) svolgere una funzione compensativa per il cliente (anche se appare

processo formativo dei contratti a valle. L'A. non manca tuttavia di individuare in una regola di validità – nullità speciale e di protezione, giusta la vessatorietà che lo squilibrio contrattuale potrebbe esprimere, ai sensi dell'art. 33, comma 1, cod. cons. – un rimedio *correttivo* e con funzione riequilibratrice (ivi, 1179), e nell'inibitoria – per contratti ancora non esauriti, dal punto di vista dell'attuazione del rapporto – un rimedio ancor più generale e sicuramente rientrante nel perimetro concettuale della tutela *antitrust*, da attribuirsi anche a chi non goda della qualifica di consumatore.

³¹ G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177.

³² G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177.

evidente che, fuori dal caso del «prezzo imposto», diviene più difficile computare il danno rispetto a clausole attributive di diritti e doveri, come quelle qui in considerazione³³), ma non ha alcuna incidenza diretta retrospettiva (ma solo in termini di disincentivi *pro futuro*) sul mercato. Quest'ultimo rimane *conformato* dall'intesa illecita, fintanto che non si espungono dal mercato i contratti che la attuano o, quantomeno, se ne *corregge* il contenuto (adottando la prospettiva della nullità parziale). In altri termini, non mi pare che si tratti qui di riequilibrare il singolo contratto in via di compensazione economica, ma di purgare il mercato dalla distorsione di cui il contratto singolo, nella sua serialità, è causa.

V'è da dire, inoltre, che la soluzione pur possibile di invocare la nullità di protezione *ex artt.* 33, comma 1 e 36, cod. cons. (con il limite soggettivo, tuttavia, dell'applicazione *b2c*) impone di fare i conti con le peculiarità dei presupposti di propagazione dell'invalidità, dalla clausola abusiva all'intero contratto, che quella disciplina presenta alla luce della lettura offerta dalla Corte di giustizia, misurabile soprattutto con riferimento agli esiti avuti a mente in sede di rinvio pregiudiziale sotto il profilo delle conseguenze restitutorie (si v. da ultimo la sentenza della CGUE dell'8 settembre 2022, C-80/21 – C-82/21 riunite, in linea di continuità con i precedenti *Banco B. SA, Gomez del Moral Guasch* e fino a *Kásler e Dziubak*³⁴, in tema di mutui con meccanismi di indicizzazione ritenuti abusivi e per lo più in valuta estera). Non è affatto banale, per impatto sistematico, la definizione delle regole di integrazione della lacuna per mezzo di norma suppletiva operata in quel contesto³⁵: ordinariamente preclusa dalla Corte di giustizia in ragione

³³ Lo mette in chiaro anche G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1179.

³⁴ Si tratta dei casi C-269/19 del 25 novembre 2020; C-125/18 del 3 marzo 2020, C-260/18 del 3 ottobre 2019, C-26/13 del 30 aprile 2014.

³⁵ Per un inquadramento di massima del problema v. almeno, per limitarsi ai contributi più recenti, M. D'ONOFRIO, *Nullità di clausole abusive, interpretazione e (limitato) ruolo del giudice in sede di integrazione contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in *Jus civ.*, 2022, 941 ss.; A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir. - I tematici, Contratto*, Milano, 2021, 626 ss. (nonché ID., *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 22 ss.); S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile roccò: massimo e minimo di deterrenza rimediabile tra una Corte di giustizia epigona di*

delle finalità di deterrenza espresse nel § 7 della direttiva 93/13, essa viene recuperata, in un senso evidentemente *conservativo*, soltanto all'esito di una valutazione (positiva) circa la necessaria propagazione dell'invalidità rimessa al giudice nazionale. Questi – mediante il ricorso alla norma specifica suppletiva, ovvero rimettendo all'accordo delle parti o a una loro trattativa “indirizzata” – potrebbe così *tentare* di evitare che il consumatore (previamente edotto delle conseguenze della declaratoria di abusività anche sotto questo profilo, in linea con la gestione unilaterale del rimedio) sia esposto a conseguenze particolarmente dannose sul piano degli effetti restitutori, in ragione della altrimenti inevitabile nullità integrale. Conseguenze che, invero, nel caso della fideiussione (ove peraltro non pare che l'espunzione delle clausole in esame possano comportare un difetto di funzionamento del contratto tale da imporne, sotto il profilo strutturale, la caducazione) potrebbero determinarsi non già con riferimento al negozio di garanzia, ma con riferimento al contratto di finanziamento garantito (finendo così per impingere nell'identificazione del rapporto di provvista – di natura personale o di impresa – e allargando oltremodo le maglie dell'interesse del consumatore, nel senso sopra ricordato), in termini di decadenza dal beneficio del termine e di richiesta conseguente di immediato rientro delle somme.

Dedalo e delle sez. un. 19497/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale, in *Foro it.*, 2021, 275 ss. nonché ID., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, II, 561 ss. e ID., *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore 'costituzionalizzato': la 'dottrina' della Corte di Giustizia da 'Árpád Kásler' a 'Dziubak'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 609 ss.; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio*, 2017, 48 ss.; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Pers. merc.*, 2016, 153 ss.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso di integrazione del contratto. Saggi*, 2a ed., Torino, 2015, 213 ss.; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 737 ss.; R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1141 ss.

Fermo quanto sopra, rimane che – si voglia o no ricondurre alla nullità di protezione *ex art. 36 cod. cons.* la regola applicabile – l'art. 1419 c.c. resta l'inevitabile snodo precettivo di diritto interno e richiede *in apicibus* di indagare, ai sensi del primo comma e *prima* di vagliare qualsivoglia meccanismo di integrazione suppletiva, la «tenuta» dell'atto di autonomia, in una prospettiva che può declinarsi a seconda delle propensioni in senso soggettivo o causale-concreto, resecato delle clausole nulle (così come in effetti hanno fatto le Sezioni unite: v. *infra*). La norma conserva così pertinenza nella cornice ricostruttiva che si è qui avvalorata (la nullità virtuale per contrasto con norma imperativa, diretta) e che, si ripete, prescinde necessariamente da una valutazione «atomizzata» dello squilibrio contrattuale.

Nulla “a ogni effetto”, nell'art. 2, comma 3 della l. 287/1990, significa allora anche nullo con riferimento agli atti che si pongono in posizione attuativa dell'intesa.

Del resto, anche la nullità testuale potrebbe essere qui predicata: l'art. 2 L. 287/90 definisce intese (e le vieta) «*le pratiche concordate tra imprese*»: ciò, come è stato osservato³⁶, ben può voler significare non soltanto il fatto (o l'atto³⁷) della concertazione, ma anche il *risultato* della concertazione: in questo senso, resterebbe definitivamente superata la consueta diffidenza rispetto alla tesi della nullità virtuale del contratto a valle per violazione della norma sulle intese, sul presupposto che essa taccia sulle loro conseguenze e non occorrerebbe far ricorso a quel collegamento *funzionale* che, in effetti, appare essere una soluzione acconciata proprio per fronteggiare l'insipienza della tradizionale categoria del collegamento contrattuale³⁸. Si colpisce l'atto a monte – che qui è, peraltro, non un vero e proprio accordo di cartello, ma una deliberazione di un organismo associativo, non vincolante ma

³⁶ A. GENTILI, *op. cit.*, 701: «*i c.d. contratti a valle sono una 'pratica', come tale vietata per sé stessa dall'art. 2 della l. n. 287 cit.*» (corsivo nel testo). Ad avviso di M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 22, sarebbe una forzatura, invece, la tesi secondo cui la nullità dei contratti “a valle” potrebbe considerarsi una nullità testuale; mi pare però che detto giudizio sia basato unicamente sulla interpretazione del termine «intese», e non si occupi invece della locuzione qui valorizzata.

³⁷ Cfr., su questa prospettiva qualificatoria, G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, ora in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti (Saggi di diritto antitrust)*, 2° ed., Milano, 2018, 81 ss.

³⁸ Lo ricorda A. GENTILI, *op. cit.*, 693.

di fatto recepito nella prassi³⁹ – in quanto esso che si pone in contrasto con un certo valore fatto proprio dall'ordinamento; e si invalida il risultato ultimo, la vincolatività tra le parti del contenuto conforme alla concertazione abusiva (vale a dire l'effetto negoziale⁴⁰), così come derivante dall'atto a valle, che è la *pratica* anticoncorrenziale concertata⁴¹. Diversamente – ed è questo il sostrato comune alle varie declinazioni del rimedio reale – l'*intesa* anticoncorrenziale resterebbe una carbonara assise mai destinata a incidere sul mercato.

5. *Segue: la nullità parziale.*

La tesi che ha prevalso e che si trova ora scolpita nella pronuncia della S.C. è quella della nullità parziale: essa esprime – muovendo come visto da una prospettiva che trascende lo squilibrio del singolo contratto e che guarda a quest'ultimo come il risultato, la *pratica* concordata, dell'*intesa* vietata – l'esigenza, in senso *correttivo* e non *compensativo*, di eliminare dal mercato una relazione giuridica ritenuta *contra legem*: la singola clausola, se non anche il contratto nel suo insieme, ove esso, senza quella clausola, non possa *sussistere*.

La nullità parziale nell'art. 1419 c.c. viene infatti declinata supponendo l'esistenza di un principio di conservazione rispetto al quale la propagazione del vizio – dalla clausola all'intero contratto – opera come una deroga⁴². Tutta sta, dunque, nell'individuare quale sia il senso della deroga: se funzionale o strutturale e, ancor prima, se disancorato dalle valutazioni compiute, in termini più generali,

³⁹ A. GENTILI, *op. cit.*, 681.

⁴⁰ A. GENTILI, *op. cit.*, 703.

⁴¹ Cfr. A. GENTILI, *op. loc. cit.*; v. anche C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 2004, 1165.

⁴² In ciò, probabilmente, si esprime un ribaltamento di prospettiva (dalla parte al tutto, e non il contrario) che disvela il reale operare della nullità come «medio logico» nel senso divisato da R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4a ed., Torino, 2016, 1508, il quale individua così i due problemi posti dall'adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*: «se la causa della nullità diffonde i suoi effetti sull'intero contratto, o su un'area più ristretta, o su un'area più ampia; se la causa della nullità conduce ad una assenza di risultati del negozio, o se invece conduce semplicemente a risultati diversi da quelli voluti dalle parti (come avviene quando opera una sostituzione automatica di clausola)».

nell'indicare la nullità come il rimedio più acconcio al caso (su questo *infra*).

Nella motivazione del Collegio di Coordinamento dell'ABF, citato in principio, è evidente il coesistere dei due piani: in ragione della prospettiva causale concreta adottata, il giudizio sulla propagazione si alimenta di una considerazione osmotica del piano funzionale (declinato nel solco di una ben evidente tradizione scientifica⁴³) e strutturale (in termini di accessorietà ovvero essenzialità della clausola)⁴⁴.

Le Sezioni Unite hanno di contro argomentato muovendo da una lettura della norma di stampo tradizionale, potremmo dire soggettivo-finzionista⁴⁵: valorizzando l'espressione, contenuta nell'art. 1419,

⁴³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, 3a ed., Milano, 2019, 595 ss.: «Il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento ad un dato reale ma solo una congettura (...). Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso»; per A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 5a ed., Torino, 2019, 406, il riferimento ad una volontà ipotetica, e perciò irreali, dei contraenti, va inteso come un modo per indirizzare l'interprete a valutare l'assetto di interessi perseguito col contratto, la funzione concreta dello stesso; cfr. anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 76 ss.

⁴⁴ Si legge nella Decisione n. 14555/2020: «Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti» (espressioni riconducibili *verbatim* a C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*); al contempo «si deve ritenere che, qualora la nullità parziale del contratto "a valle" riguardi clausole accessorie, esso resti valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali, esso sia integralmente nullo, a meno che non siano previsti dalla legge strumenti per integrare la sua lacuna».

⁴⁵ Si tratta di una lettura di stampo volontaristico, osteggiata da chi rinviene nella nullità parziale non già il rimedio contro il persistere di un vincolo che, senza la parte nulla, (entrambe) le parti non avrebbero voluto, ma sull'esigenza di scongiurare arricchimenti ingiusti, a prescindere da accertamenti di indole psicologica e da valutare alla stregua della buona fede (in tal senso cfr. già E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 700 ss.). Sul punto, tuttavia, nota R. SACCO, *op. cit.*, 1511, che «non bisogna esagerare l'importanza pratica della contrapposizione fra criterio di buona fede e criterio psicologico. La volontà di contrarre, proprio perché ipotetica, verrà misurata con un certo grado di astrazione, e mancherà quell'impronta soggettivistica che è propria della volontà reale concreta. Il criterio della buona fede, a sua volta, ha bisogno di utilizzare parametri, e la volontà ipotetica è l'unico parametro buono».

comma 1, c.c., giusta la quale «i contraenti non lo avrebbero concluso» (il contratto), ci si chiede se eliminate le clausole anticoncorrenziali, “le parti avrebbero comunque voluto la garanzia”. La pronuncia ritiene che la risposta sia affermativa per entrambi i contraenti. Per la banca, in quanto è a tutta evidenza meglio ottenere una garanzia «più leggera» che non ottenerne alcuna; e per il fideiussore, in quanto è del pari meglio ottenere una garanzia più leggera, e che persiste l’interesse a concederla per i rapporti in essere con il debitore principale.

Occorre chiedersi se il risultato possa dirsi soddisfacente.

In prima battuta, pare evidente che esso non possa essere considerato un risultato generalizzabile a tutte le ipotesi di contratti attuativi di una intesa anticoncorrenziale. Ma si tratta, in fondo, proprio di ciò che, con il riferimento all’art. 1419 c.c., ci si vuole assicurare⁴⁶: se una segmentazione degli effetti della nullità può essere praticabile con riferimento a casi nei quali – come quello in esame – si tratta di incidere su clausole che rappresentano una più analitica determinazione del contenuto con riferimento a profili non essenziali, appare evidente come invece la nullità relativa debba arretrare di fronte alla caducazione dell’intero contratto, quando l’intesa restrittiva abbia comportato, per esempio, l’applicazione di un prezzo maggiore di quello che sarebbe stato convenuto in un mercato non distorto.

6. Mercato e contratto: attualità del sistema delle regole di validità?

Altri possono essere i motivi di insoddisfazione nei confronti della nullità relativa: la valutazione assiologica⁴⁷ che sta alla base

⁴⁶ Mi pare dunque che sia per certi versi nella natura della categoria che non si possa «accreditare un solco unitario, ossia una formula da applicare coerentemente all’intero spettro di contratti attuativi ipotizzabili» (come segnalano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 522).

⁴⁷ Una proposta decisamente indirizzata a recuperare coerenza alla categoria all’insegna della sua declinazione in termini funzionali (vale a dire tali da commisurare il rimedio alla luce del concreto assetto di interessi perseguito dalle parti, con finalità «essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento»), soprattutto a fronte della frammentazione e destrutturazione cui essa è andata incontro, è in C. SCOGNAMIGLIO, *Per una lettura in chiave funzionale del “sistema” delle invalidità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile. Atti del Convegno – Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018*, Torino, 2021, 223. Si

dell'opzione per la nullità (in breve: occorre guardare al moto che dall'intesa anticoncorrenziale va all'atto, alla pratica negoziale seriale che ne traduce in concreto la disfunzionalità sul piano del mercato) non può arrestarsi improvvisamente nel momento in cui ci si chiede quanto "pesi" la nullità, restringendo totalmente il giudizio assiologico al singolo negozio, riguardato come una monade esprimente soltanto l'autonomia privata di banca e cliente finale⁴⁸.

Simile approccio non si può trascurare, a maggior ragione, se si adotti una valutazione di "essenzialità" o di "accessorietà", ai fini del giudizio di cui all'art. 1419 c.c., non meramente strutturale ma, come prima anticipato, tale da restituire alla *parte del tutto* un ruolo che, nell'operazione economica, trascende la capacità del residuo contenuto contrattuale di sopravvivere: è infatti chiaro che la fideiussione è in grado di assolvere alla funzione sua propria anche una volta espunte le clausole 2, 6 e 8. Ed è chiaro che la nullità di dette clausole non deriva da un contenuto delle medesime intrinsecamente contrario a norma imperativa. Il contenuto diventa tale in quanto suo tramite si realizza una distorsione della concorrenza e, dunque, in quanto si dà delle medesime clausole una «*applicazione uniforme*» (così si esprime il

v. anche, in direzione non dissimile, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 17 ss.

⁴⁸ V. in tal senso A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 5: «una corretta impostazione di questo profilo» (quello, criticato dall'autore, dell'idoneità della tutela risarcitoria costituire un rimedio acconcio, nella prospettiva della correttezza ed efficienza del mercato) è anche «fattore indirizzante la soluzione del tema dell'eventuale propagazione della nullità (della «qualità» del rimedio reale, cioè)». E v. anche ivi, 15 ss., ove la chiara funzione delle clausole del modello ABI qui considerate, nel senso di «emancipare la banca dai rischi di regolarità dal punto di vista dello svolgimento dell'attività bancaria», rappresentano un chiaro incentivo delle banche medesime a trascurare cautele anche elementari nel contesto dello svolgimento dell'attività medesima, il che imporrebbe di ritenere integrata una «solida prova per presunzioni ex art. 2729 c.c. di essenzialità delle dette clausole in relazione al giudizio richiesto dall'art. 1419, comma 1, c.c.». E analogo valore probatorio potrebbe assumere il mantenimento nel corpo contrattuale delle clausole in questione, pur dopo il provvedimento assunto da Banca d'Italia, a «denotare un giudizio, da parte della banca interessata, di compiuta irrinunciabilità [...] per la costruzione di una garanzia fideiussoria utilizzabile nel contesto del servizio imprenditoriale del credito» (ivi, 18). Giudica invece in senso diametralmente opposto questo ultimo elemento M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 32, il quale ritiene ragionevole attribuire la circostanza a un «effetto inerziale».

provvedimento del 2005 di Banca d'Italia), vale a dire una reiterazione nei singoli contratti che le recepiscono. Non è difficile percepire come la prospettiva muti, con evidenti riflessi sul piano dell'onere della prova.

L'argomento per cui la banca si accontenterebbe di una garanzia "più leggera", del resto, è, a mio avviso, una *falsa demonstratio*: considera soltanto *ex post* il risultato cui conduce la nullità relativa, già applicata (il che è, invece, il nodo da sciogliere). Significa dire che la Banca, espunte le clausole nulle, finirebbe per collocarsi di nuovo in un panorama di offerte ove essa concorrerebbe con le altre Banche, a parità di condizioni; condizioni, questa volta, non falsate dall'intesa anticoncorrenziale e dalla sua reiterata applicazione. Ma si tratta, appunto, di un'ipotesi: se il mercato del credito è *già falsato*⁴⁹ dalla circostanza che le fideiussioni richieste e ottenute prevedono quell'aggravamento delle condizioni, allora si comprende che nel far leva su tale elemento, per escludere la nullità parziale, si avvicina l'argomento alla petizione di principio. Si deve *vichianamente* considerare cosa la Banca ha offerto al mercato: una fideiussione con certe caratteristiche, servente rispetto a operazioni nel cui contesto siffatte caratteristiche sono state riconosciute come essenziali, tanto da non essere eliminate dai modelli contrattuali *malgrado* il provvedimento di Banca d'Italia del 2005.

Anzi, viene da dire: le clausole in questione sono per certi versi finalizzate a consacrare, dal punto di vista della garanzia, una ripartizione del rischio legato all'eventualità che la garanzia soffra le sorti di problemi concernenti il rapporto fondamentale sottostante (i casi di riviviscenza o di sopravvivenza) o, addirittura, la mancanza di diligenza della stessa banca: in questo senso, chiaramente, depongono le conclusioni del provvedimento di Banca d'Italia del 2005, ove, al § 96, si legge che «*tali clausole (...) 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*».

Analoga "falsità prospettica" rischia poi di presentarsi dal lato del fideiussore, sempre a patto di porsi nell'ordine di idee da cui si sono

⁴⁹ Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, 414; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 20.

prese le mosse (cioè che l'atto, qui, vada riguardato come concretizzazione, *in atto*, dell'attività anticoncorrenziale, senza la quale quest'ultima resterebbe, per così dire, pura *potenza*): si è detto, a mio avviso bene, che il giudizio di essenzialità *ex art.* 1419 comma 1, c.c., una volta “depurato” di psicologismi e finzioni, non può in questo caso che avere riguardo non già alla parte del contratto rispetto al tutto del medesimo contratto: ma, piuttosto, al contratto munito delle clausole giudicate nulle rispetto all'offerta di contratti privi di quelle caratteristiche⁵⁰. Ancora una volta, la considerazione fondamentale sta nel fatto che il mercato è *già* falsato dal contratto impugnato. Simili contratti, privi delle clausole incriminate, sono tendenzialmente eliminati dalle offerte potenziali proprio per effetto dell'intesa restrittiva che ha alterato l'offerta.

Si è allora acutamente osservato che «in un contesto di mercato concorrenziale, pure il fideiussore può supporre che avrebbe potuto scegliere tra alternative più convenienti del contratto mondato dalle clausole abusive»⁵¹.

La nullità parziale, allora, finisce per determinare un (non desiderabile) accorciamento prospettico⁵², nel tentativo di governare una così complessa vicenda attraverso una regola che dialetticamente spera di risolvere un conflitto di interessi che si gioca nel mercato attraverso la contrapposizione “atomistica” tra la parte e il tutto del singolo contratto; contratto che è, al contempo, frutto e partecipante di quella alterazione che si vuole scongiurare.

A me pare che la soluzione possa peraltro giocarsi sul terreno dell'onere della prova.

Ci si è chiesti⁵³, infatti, se il passaggio dall'intesa e dall'alterazione *in potenza* alla pratica a valle (il contratto), che *attua* l'alterazione, non imponga di verificare che effettivamente il contratto di fideiussione

⁵⁰ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 19 s.

⁵¹ S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 527.

⁵² S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 528, il quale acutamente rileva come «pensare che la nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* stilizzi la sorte dei contratti a valle è, a tutto concedere, una sineddoche. Chi va alla ricerca di una protezione contro il caos, deve avere contezza del fatto che queste sezioni unite statuiscano un *dictum* limitato all'orizzonte che scorgono».

⁵³ G. D'AMICO, *op. cit.*, 1315.

impugnato sia espressione di un'uniforme applicazione dell'accordo a monte. Orbene, se si esclude (e ritengo lo si debba fare) la necessità di un accertamento esteso all'adesione negoziale della singola banca all'intesa a monte – sia esplicita, quantomai ipotetica, sia *per facta concludentia* – l'unica possibilità è contentarsi del *fatto* del recepimento delle clausole, in maniera pedissequa.

A questo punto, se si vuole evitare il rischio di una petizione di principio e di una sorta di presunzione *iuris et de iure*, la soluzione potrebbe essere nel senso di gravare la banca dell'onere di provare che l'assunto non è fondato: in altri termini, estendere l'indagine all'attività negoziale *comparabile* dell'intermediario. La conclusione di altri contratti di garanzia con il medesimo contenuto, e a condizioni equiparabili, da parte del medesimo intermediario, varrebbe a escludere il rimedio della nullità assoluta, delimitando di contro la caducazione alle sole clausole coincidenti con quelle abusive.

Si tornerebbe così a riguardare non la sorte del contratto impugnato, come una monade, ma la sorte del contratto alla stregua del suo essere componente di una serialità che integra *attività* (a quel punto illecita nel suo complesso, rispetto alla quale la nullità del singolo contratto diviene deterrente).

Si tratta tuttavia, non lo nego, di questione delicatissima. Al di là della pregiudiziale teorica di decidere della nullità del contratto concluso *hic et nunc* in ragione della presenza o assenza di *altri* analoghi contratti, conclusi dal medesimo intermediario con altri clienti finali (nel che, però, si va al fondo del senso stesso dell'opzione interpretativa qui propugnata, che muove dalla esigenza di realizzare una deterrenza sul piano della conformazione del mercato di quel *tipo* di contratto), non c'è dubbio che una simile indagine imporrebbe di individuare, in maniera ben più chiara di quanto oggi non sia possibile fare, indici oggettivi di comparabilità, in grado di assolvere a questo compito. Non sarebbe, di contro, un caso isolato: è stata risolta in tal senso – non senza critiche, anche rudi – la vicenda dell'invalidità del TAEG per mancata inclusione dei costi assicurativi obbligatori, negli orientamenti dell'Abf inaugurati con la decisione del Collegio di Coordinamento del 12 settembre 2017, n. 10621 (cui hanno fatto seguito ulteriori decisioni, sempre del Collegio di Coordinamento, volte a perfezionare l'applicazione dei *benchmark* sulla scorta dei quali effettuare la predetta comparazione, finalizzata a escludere la

presunzione di obbligatorietà della copertura assicurativa sottoscritta)⁵⁴.

Del resto, qualsivoglia automatismo di sapore riduzionista, nei confini della nullità parziale, rischia di esporre l'intera vicenda, di cui si sono fin qui ripercorse le plurime epifanie, al gioco della facile prevedibilità della sostituzione automatica delle clausole nulle con le regole di *default* che quelle clausole vorrebbero mettere «in scacco» (ovviamente, questo, al netto della citata diversa prospettiva che sarebbe imposta, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla riconduzione della nullità parziale a quella di protezione *ex art. 36 cod. cons.*). Prevedibilità che fa gioco, evidentemente, proprio al soggetto che, in un'ottica di deterrenza, il rimedio vorrebbe dissuadere dal tenere la condotta antimonopolistica⁵⁵ e che, nella facile prospettiva di una chirurgia “conservativa” – mi si passi l'immagine – manterrebbe inalterata quella propensione. L'accessorietà, in buona sostanza, viene così sempre postulata, anche quando non è tale, nell'economia dell'attività di cui il contratto rispetto al quale essa è affermata è componente costitutiva.

Fermo quanto sopra, non può negarsi come l'indicare la nullità parziale quale regola pertinente, rimettendo all'operare dei criteri di cui all'art. 1419 c.c. l'eventuale propagazione del vizio all'intero contratto, sia allo stato – e in ciò, probabilmente, una delle ragioni che hanno suffragato la decisione delle Sezioni Unite – una soluzione in grado di realizzare un bilanciamento tra deterrenza e certezza maggiormente

⁵⁴ Si tratta, in breve, di una vicenda in cui la necessità di includere nel TAEG – a pena di nullità della relativa clausola – il costo di un prodotto assicurativo ritenuto in ipotesi obbligatorio, vale a dire offerto quale *condicio sine qua non* per la conclusione del finanziamento (anche in spregio alla sua qualificazione esplicita, non vincolante, e pur in presenza di un diritto di recesso) è stata legata da un lato a un insieme di elementi presuntivi nel senso della predetta qualificazione (tipo di copertura, durata ecc.), gravando l'intermediario di una prova contraria che, ad avviso del citato Collegio di Coordinamento, potrebbe consistere – tra le altre – anche nella dimostrazione di aver offerto *ad altri contraenti*, e a parità di condizioni, il medesimo contratto di finanziamento, quantunque senza la copertura assicurativa che si presume obbligatoria. In pratica, la nullità della clausola viene legata a filo doppio a una prova che concerne l'attività dell'intermediario, di cui si assume che il contratto oggetto di decisione sia espressione.

⁵⁵ S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 526.

propenso a valorizzare quest'ultima; il che potrebbe anche ritenersi in via preliminare corretto, se si assuma incompatibile con la disciplina dei rimedi in ambito *antitrust*, a cominciare da quello aquiliano, ogni funzione propriamente ed *esclusivamente* "punitiva"⁵⁶.

Nel solco di una condivisibile proposta⁵⁷ volta ad avvalorare una "modulazione" dei rimedi che tenga conto – anche in ipotesi limite – del concreto atteggiarsi della fattispecie, mi pare tuttavia che, una volta considerata l'insufficienza del solo risarcimento del danno (che comunque, in via di cumulo, resta sempre possibile) e aperta la strada alla tutela reale, di tipo caducatorio, sia consentito – per tutte le ragioni su esposte – postulare un'inversione della pervasività e dell'intensità nella propagazione dell'invalidità, rimettendo alle regole sulla prova sopra prospettate l'ampiezza della nullità qui predicata. Si avrà dunque, di regola, invalidità del contratto per intero, a condizione che la banca non provi che manchi quella serialità negoziale di cui il contratto *sub iudice* si presume (in ragione del suo contenuto conforme alle clausole riprovate) essere componente. Se la banca sia in grado di fornire detta prova, la caducazione sarà limitata alle sole clausole giudicate coincidenti con quelle approntate dal modello contrattuale ABI. Non mi pare che un esito siffatto finisca per piegare il rimedio a finalità inammissibilmente punitive; ma, semmai, valga a incentivarne la funzionalità conformativa sulle prassi che, in ultima analisi, in questo ambito sono il vero obiettivo della disciplina e giustificano (o perlomeno *dovrebbero* giustificare) ogni scelta di politica legislativa⁵⁸.

⁵⁶ M.R. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., 417: «non si vede in ragione di cosa, avendo le Istituzioni dell'Unione escluso di affidare in materia antitrust un compito siffatto al rimedio risarcitorio, si possa affidare, sempre nella medesima materia, un tale ruolo al rimedio caducatorio».

⁵⁷ M.R. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., 416 ss.; parlano di «ibridazione» dei rimedi A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *op. cit.*, 523,

⁵⁸ Non occorre sottolineare oltremodo come la definizione delle regole processuali concorra da sempre a delineare i contorni dell'effettività della tutela, nel contesto di cui ci si sta occupando: può dirsi, anzi, che sul disallineamento tra diritti sostanziali e rimedi, nel contesto delle ripartizioni di competenze tra Unione e Stati membri, riposi la ragione ultima delle plurime articolazioni del principio di effettività e di equivalenza: cfr., *ex multis*, C. HEINZE, voce *Principle of Effectiveness*, in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2009, § 3. Ciò emerge anche da una ricognizione di massima dei profili interessati dal *private enforcement* in materia, su cui v., per una ricognizione di insieme, F. W. BULST, *Competition Law (Private Enforcement)*, ivi, 2012, 3 ss. nonché A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e*

tecniche di regolazione del mercato, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 9-24; ID., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI, *Contratto e antitrust*, cit., 1-23.