

**SULLE NULLITÀ SPECIALI DI PROTEZIONE: TRA FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*, DERIVATI  
DI COPERTURA, FINANZA PUBBLICA, ALEATORietà, BUONA FEDE, ANALISI ECONOMICA  
DEL DIRITTO E ALLOCAZIONE DEL RISCHIO DI INADEMPIMENTO**

di *Giuseppe Maria Marsico* (\*)

*Abstract:* La crescita del diritto privato europeo richiede un impegnativo sforzo ricostruttivo, proiettato verso la ricerca di principi ordinanti e verso la ridefinizione del rapporto tra le categorie interne tradizionali e le nuove categorie comunitarie. La Comunità ha dedicato i suoi primi trent'anni alla rimozione degli ostacoli al mercato interno, cui ha invece opposto la difesa del principio di libera concorrenza. Il liberismo delle prime scelte di politica economica si è evoluto nei trattati degli anni Novanta che ad esso hanno accostato anche un programma di interventi di politica sociale, e così, mentre il Trattato Ce si limitava a indicare come obiettivo dell'azione economica comunitaria un'economia di mercato aperto e in libera concorrenza, ora il Trattato di Lisbona utilizza una diversa e suggestiva formula: economia sociale di mercato. Alla luce di questa formula vanno riletti gli interventi nel diritto dei contratti. Il settore di intervento principale è stato la tutela del consumatore, oggetto di una marcata specializzazione di disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell'operazione economica, volta in particolare a predisporre strumenti giuridici capaci di riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati a causa di asimmetrie informative e di diverso potere economico tra le parti interessate. Tra i meccanismi volti a garantire tale risultato, vi sono le c.d. nullità speciali di protezione. La nullità di protezione è il rimedio posto a presidio del contenuto minimo e inderogabile del contratto del consumatore e volto, innanzitutto, a reagire all'introduzione di clausole abusive, con la conseguente inefficacia esclusivamente della parte del regolamento contrattuale o della singola clausola *contra legem*. L'istituto delle "nullità di protezione" si inquadra nell'ampia categoria dell'invalidità del contratto e più in generale nell'esigenza di garantire tra i protagonisti dei traffici giuridici ed economici il principio della c.d. "negoziato consapevole ed informata", assumendo peculiare rilevanza, in termini di finanza pubblica ed equilibrio di bilancio, in caso di derivati sottoscritti dagli enti locali.

*The growth of European private law requires a demanding reconstructive effort, projected towards the search for ordering principles and towards the redefinition of the relationship between traditional internal categories and the new community categories. The Community dedicated its first thirty years to removing obstacles to the internal market, which it opposed by defending the principle of free competition. The liberalism of the first choices of economic policy evolved in the Treaties of the 1990s which also combined it with a program of social policy interventions, and so, while the EC Treaty limited itself to indicating as an objective of Community economic action a open market economy with free competition, now the Treaty of Lisbon uses a different and suggestive formula: social market economy. In the light of this formula, the interventions in contract law must be re-read. The main sector of intervention was consumer protection, the subject of a marked specialization of the discipline due to the protagonists of the economic transaction, aimed in particular at preparing legal instruments capable of rebalancing unbalanced contractual relationships due to information asymmetries and different economic power among stakeholders. Among the mechanisms aimed at guaranteeing this result, there are the so-called special nullity of protection). The nullity of protection is the remedy placed to protect the minimum and mandatory content of the consumer contract and aimed, above all, at reacting to the introduction of abusive clauses, with the consequent ineffectiveness exclusively of the part of the contractual regulation or the single *contra legem* clause. The institution of "nullity of protection" is part of the broad category of the invalidity of the contract and more generally in the need to guarantee the principle of the so-called "knowledgeable and informed negotiation", assuming particular relevance, in terms of public finance and balance sheet balance, in the case of derivatives subscribed by local authorities.*

**Sommario:** 1. *Introduzione.* – 2. *Lo schema Abi.* – 3. *Natura giuridica della nullità c.d. "antitrust": la relazione tra intesa "a monte" e contratti "a valle".* – 4. *Definizione dell'assai dibattuto perimetro applicativo dell'art. 33 della l. n. 287/1990: sulla possibile coesistenza tra il rimedio della nullità e lo strumento del risarcimento del danno.* – 5. *La clausola di up front dei derivati sottoscritti dagli enti locali: natura giuridica e profili problematici.* – 6. *Il contratto di interest rate swap: tra atipicità ed aleatorietà.* – 7. *La qualificazione dell'up front come indebitamento nella pronuncia delle Sezioni unite.* – 8. *Alcune riflessioni conclusive.*

---

(\*) G.M. Marsico è funzionario della Corte dei conti e dottorando di ricerca presso l'Università degli studi di Roma Tor Vergata.

## 1. Introduzione

Una recente decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario (Abf) (1) riporta alla luce il tema della validità di una fideiussione *omnibus* assistita dalle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c. Tale garanzia, in deroga al tipo codicistico, risultava conforme allo schema negoziale predisposto nel 2003 dall'Associazione bancaria italiana (d'ora in avanti, Abi), che, nel 2005, è stato reputato dalla Banca d'Italia in contrasto con la disciplina *antitrust*, poiché le clausole predette, in quanto squilibranti e rafforzative della posizione creditoria, "nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90". L'organo giudicante cerca di ricomporre il variegato quadro interpretativo maturato tra i diversi collegi territoriali circa il trattamento delle garanzie "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale: difatti, giova sin d'ora registrare come il Collegio di Milano, attraverso la decisione n. 16588 del 4 luglio 2019, abbia avvalorato il rimedio della nullità totale della fideiussione nell'ottica di una efficace preservazione del mercato competitivo (2). A favore della caducazione delle sole clausole corrispondenti a quelle contenute nello schema dell'associazione di categoria si era, invece, espresso sempre il Collegio milanese in diversa composizione (3). Ad alimentare le criticità ha concorso una decisione del Collegio di Palermo, ove si è criticata la sostenibilità sistematica della nullità di una garanzia posta "a valle" di un'intesa *antitrust*.

Il Collegio di coordinamento, verificata la conformità tra il testo della garanzia e la deliberazione della Banca d'Italia, ha rilevato come le clausole in questione violino la norma imperativa atta a reprimere intese anticoncorrenziali, dettata dall'art. 2, c. 2, lett. a), l. n. 287/1990, integrando una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, c. 1, c.c. La falcidia delle clausole illegittime non pregiudica totalmente la fideiussione: difatti, attraverso un esame teleologico dell'art. 1419, c. 1, c.c., e considerando il permanere della ragione giustificativa della garanzia nonostante la modifica contenutistica, potrà operare il rimedio conservativo della nullità parziale.

Le clausole in questione, pur strumentali ad un irrobustimento dei diritti creditorî, sono risultate semplicemente accessorie e in tal senso ha deposto la mancanza di una contraria determinazione pattizia: la garanzia, depurata da dette clausole, mantiene un oggetto determinato o almeno determinabile, in ossequio ai canoni codicistici, e continua a

(1) Abf, Collegio di coordinamento, 19 agosto 2020, n. 14555, in <arbitrobancariofinanziario.it>. In tema, v. A. Montanari, *La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del Collegio di coordinamento dell'ABF sulle fideiussioni omnibus*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, I, 109; A. Piletta Massaro, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fideiussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 273; F. Greco, A. Zurlo, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ.*, 2020, 1429.

(2) S. D'Orsi, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, III, 584, il quale prendendo le mosse dalla circostanza che la Cassazione dichiara di condividere l'affermazione secondo cui l'art. 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287, «allorché stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza».

(3) A. Nervi, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza* (note in margine a Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207), in *Riv. dir. civ.*, 2005, 4, ove si legge, tra l'altro, che: "la sentenza in commento lascia però intendere, a mio avviso, che non necessariamente la tutela del soggetto del mercato passa attraverso l'invalidazione del contratto a valle. Il problema resta aperto". In tal senso, v. per tutti E. Camilleri, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2008; E. Scoditti, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1128, che richiamando Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, afferma che «la nozione di intesa eccede la pura dimensione negoziale, e si identifica con un dato comportamentale, "avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica"». Nello stesso senso M. Negri, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrê*, in *Corriere giur.*, 2005, 347. V., ancora, nt. 2. La conclusione secondo cui il contratto sarebbe valido, ma suscettibile di determinare una responsabilità *ex art.* 2043 c.c. nei confronti degli utenti di mercato, è sostenuta da M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 452. La tesi contraria all'invalidità del contratto "a valle" sembra condivisa da numerosi precedenti giurisprudenziali: Trib. Alba 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, 212, con nota di G. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, I, 466, con note di R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, F. Ferro-Luzzi, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e "aurea aequitas" (ovvero delle convergenze parallele)*, G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, ove si afferma che "se l'accordo *antitrust* può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti"; App. Torino 27 ottobre 1998, in *Banca, borsa ecc.*, 2001, II, 87, con nota di G. Falcone, *Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust*; Trib. Torino 16 ottobre 1997, *ibidem*, II, 87; Tar Lazio 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 906, che in tema di contratti con la pubblica amministrazione preceduti da un'intesa tra i concorrenti sostiene che «la nullità prevista dall'art. 2, l. n. 287.1990 è da questo riferita [...] alle intese restrittive della concorrenza, e come tali vietate. La norma, invero, qualifica come nulle ad ogni effetto "le intese vietate", e quindi gli accordi nei quali si estrinsechino i comportamenti restrittivi della concorrenza identificati dallo stesso art. 2. Sicché già da un punto di vista strettamente letterale risulta che la nullità non coinvolge i contratti che possano essere stati conclusi, a valle dell'intesa, tra (una o più delle) imprese aderenti, da un lato, ed un terzo a questa estraneo dall'altro, contratti i quali non ricadono nell'ambito della previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso, la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente schema di interessi»; App. Milano 2 febbraio 2005, in *Contratti*, 2006, II, 141, con nota di E. Battelli, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*. Contro l'invalidità del contratto "a valle", in sede di commento al primigenio progetto legislativo n. 2076 sulla "tutela della libertà di concorrenza", anche P. Schlesinger, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 737.

risultare efficace. La soppressione delle clausole nulle consente di ristabilire l'equilibrio negoziale, salvaguardando al contempo l'interesse del garante all'erogazione creditizia a favore del debitore e l'interesse del creditore garantito al rafforzamento dell'obbligazione restitutoria in caso di insolvenza del debitore principale. La nullità parziale, inoltre, non rappresenta l'unico strumento di protezione del fideiussore, potendo essere cumulata con il rimedio risarcitorio: la parte che aveva partecipato all'intesa anticoncorrenziale risponderà del danno che abbia cagionato al garante a titolo di responsabilità extracontrattuale. Inoltre, alla nullità consegue l'operatività del meccanismo restitutorio per quanto concerne le prestazioni previste ed eseguite.

Il carattere anticompetitivo discendente dall'applicazione uniforme delle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c. invita a riflettere sulla sorte dei contratti "a valle" dell'intesa rilevata dall'autorità di regolazione del mercato. La questione in esame conosce un forte interesse giurisprudenziale, togato e per l'appunto arbitrato, scaturito a partire dall'ordinanza Cass., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, e scandito da soluzioni interpretative distinte (4): la frammentarietà giurisprudenziale invita a considerare gli approdi teorici più significativi per poter meglio valutare le argomentazioni giudiziali e la logica della fideiussione *omnibus* (5). Le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono pronunciate sul trattamento da riservare alle garanzie conformi allo schema predisposto dall'Abi, chiarendo i confini dell'azione di nullità e del rimedio risarcitorio e precisando se "l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto". La garanzia risultava modellata in modo da recepire le esigenze della prassi commerciale, fungendo da moltiplicatore del credito e ratificando lo smarcamento dal tipo codicistico, maggiormente idoneo a tutelare un prestito isolato (6). I rapporti commerciali alla base dell'impegno di garanzia e gli interessi d'impresa protetti attraverso la fideiussione in questione lasciano, tuttora, emergere peculiarità soggettive e oggettive difficilmente compatibili con la logica dell'individuo proprietario che, invece, innerva la fideiussione comune (7): l'elemento della professionalità e la

(4) S. Bastianon, *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1137, muove, da questo punto di vista, serrate critiche ad App. Napoli 9 febbraio 2006, n. 374, nella parte in cui rileva che «per aver l'intesa riguardato soltanto alcune compagnie di assicurazione, il consumatore avrebbe potuto stipulare la propria polizza r.c. auto con una compagnia assicuratrice diversa da quelle sanzionate dall'Autorità garante, con la conseguenza che "l'adesione del consumatore al premio proposto dalla società convenuta costituisce ulteriore elemento atto ad escludere l'efficienza causale dell'intesa sanzionata nel determinare l'assunto danno"», obiettando che "nel momento in cui il consumatore stipulava il contratto di assicurazione r.c. auto, la partecipazione della propria compagnia all'intesa, successivamente scoperta e sanzionata dall'Autorità garante, non era certo evidente, come pure non si conoscevano i nomi delle compagnie di assicurazione coinvolte, in secondo luogo, l'affermazione della Corte di appello sembra non tenere nella giusta considerazione il c.d. *umbrella effect*, che spinge le imprese non partecipanti all'intesa ad allineare i propri premi a quelli praticati dalle imprese cartellizzate". M. Hazan, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, in *Contratti*, 2003, 908, analizzando proprio una siffatta ipotesi, asserisce che in questo caso "l'ente assicuratore, in regime di piena libertà tariffaria, non commette alcun illecito, né prima del contratto né in occasione della sua stipula [...]. Il danno in questione riguarda, infatti, non l'aumento del premio in quanto tale [...], bensì la sostanziale impossibilità, per il consumatore, di reperire altrove condizioni di prezzo e di contratto più favorevoli", e conclude che "in tal caso [...] l'assicurato che intenda ottenere il ristoro di tale danno non potrà che rivolgere la propria azione (aquiliana) nei confronti delle compagnie che hanno fatto parte del cartello e che dovranno rispondere dell'illecito in via solidale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2055 codice civile". Invero, come si è già evidenziato, occorrerebbe riflettere meglio circa la possibilità, in un simile caso, di agire in via precontrattuale nei confronti della stessa impresa con cui si è concluso il negozio. G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67; E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 98 ss.; Id., *Validità della fideiussione "omnibus" conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 397.

(5) Cfr. anche F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 1553. L'A. suggerisce, per sciogliere l'alternativa tra nullità totale nullità parziale, di guardare alla «soluzione che meglio soddisfa l'interesse della "vittima" della condotta abusiva dell'impresa che, grazie alla eliminazione della concorrenza realizzata attraverso il cartello, è stata in grado di imporre all'altro contraente quelle determinate condizioni contrattuali. Gli è, infatti, che impostare la soluzione in termini di prevalenza dell'interesse della vittima dell'abuso rispetto a quello del suo autore dimostra assai chiaramente che il problema che si tratta di risolvere non attiene affatto al tema della nullità del regolamento contrattuale espresso dal contratto a valle – che del resto richiede una valutazione evidentemente oggettiva della liceità delle regole in esso espresse e che prescinde dalla considerazione della concreta "posizione" in cui versa ciascuna delle parti – bensì a quello della dannosità, di un contratto allora evidentemente valido, per uno dei due contraenti»; M.R. Maugeri, *Breve nota sui contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 415. Per un approfondimento in ordine alla c.d. nullità virtuale, v. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993, 74. Recentemente, Cass. 11 novembre 2022, n. 33368, ha chiarito che: "in tema di c.d. nullità virtuale, la violazione di disposizioni inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità unicamente ove non sia altrimenti stabilito dalla legge. Pertanto, questo esito va escluso sia quando risulti indicata una differente forma di invalidità (ad esempio, l'annullabilità) sia ove la legge assicuri l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi".

(6) M. Fragali, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa ecc.*, 1971, I, 324. Cfr., altresì, G. Meo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, Giuffrè, 1991, 171; L. Pontiroli, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, Cedam, 1992, 181; L. Ruggeri, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, Esi, 1995. Con particolare riferimento alla funzione della garanzia del socio, A. Barba, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, in S. Pagliantini, E. Quadri (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 109 ss.

(7) Sull'autonomia d'impresa, cfr. G.B. Portale, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 148; Id., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa ecc.*, 1984, I, 16; M. Libertini, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, vol. I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, il Mulino, 2012, 33 ss.; Id., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in

peculiare onerosità dell'impegno del garante non dovrebbero limitarsi a costituire un dato meramente descrittivo, ma potrebbero agevolare un impianto e una conseguente interpretazione delle garanzie personali del credito coerenti con l'autonomia d'impresa, adattando il dato normativo di riferimento in base alla destinazione e alla funzione espressa dal regolamento contrattuale (8). Occorre, dunque, verificare se la nullità a ogni effetto delle intese vietate, prevista dall'art. 2, c. 3, l. n. 287/1990, riguardi solamente gli illeciti *antitrust* "a monte", oppure se, e in quale modo, il disvalore dell'intesa possa propagarsi sui contratti a "valle". L'indagine verte, quindi, sulla tenuta della fideiussione *omnibus* conforme allo schema contrattuale proposto dall'Abi e ritenuto parzialmente lesivo della concorrenza (9).

## 2. Lo schema Abi

La predisposizione di norme bancarie uniformi da parte dell'Abi in materia di garanzie personali risale agli anni Sessanta e prosegue, tendenzialmente indenne, sino allo schema del 2003 (10). La standardizzazione non è volta a favorire una disciplina delle fideiussioni bancarie razionale e uniforme, peraltro capace di emanciparsi dalle angustie legate al tipo fideiussorio codicistico (11): si intende così tradurre a livello negoziale le istanze d'impresa e preservare in modo ottimale gli interessi complessivi del sistema creditizio (12). Il ricorso alle norme bancarie uniformi non

---

*Riv. soc.*, 2013, 32 e 40; V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Esi, 2006, p. 266 ss. In tema, A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 528; L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2012, 37 ss.

(8) Cfr. A. Di Majo, *La nullità*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, t. VII, Torino, Giappichelli, 2002, 131 ss.; G. Guizzi, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in Id., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, Giuffrè, 2018, 77 ss., 97 ss. Per M.R. Maugeri, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri, A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 176, la formula "nullità a ogni effetto" esprime il massimo grado dell'invalidità e integra una risposta alla perdita di benessere sociale: tuttavia, la protezione di un interesse generale non può portare a interpretare la nullità in questione quale nullità di protezione. In questo senso, v. anche G. Taddei Elmi, *I rimedi civilistici*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2010, 1051.

Per una ricostruzione tesa a qualificare le nullità *antitrust* alla stregua di nullità di protezione, cfr. V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, Giuffrè, 2006, 420 ss., 428 s. In linea, F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, Esi, 2009, 128, per il quale occorre richiamare la logica della nullità di protezione di matrice comunitaria e procedere attraverso una correzione equitativa della clausola squilibrata; G. Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, Jovene, 2012, spec. 220; M. Rizzuti, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, Esi, 2015, 59, nt. 216, secondo il quale un'ipotesi di nullità virtuale di protezione può essere rappresentata per i contratti "a valle".

(9) A. Gentili, *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale. (Il caso delle fideiussioni Abi)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675. Ad esempio, secondo l'A., "la clausola di rinunzia del fideiussore alla preventiva escussione del debitore nei termini di legge in deroga all'art. 1957 c.c. [...] è esempio di come possano esservi violazioni della concorrenza che danneggiano il mercato ma non danneggiano patrimonialmente il terzo". Per G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, Esi, 2010, 68, occorre considerare distintamente gli effetti prodotti sul mercato da una clausola a seconda che sia inserita in un contratto individuale o predisposta in un contratto standard. In precedenza, per importanti spunti, v. G. Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, Giappichelli, 1976, 28 ss.

(10) L'adozione di norme bancarie uniformi in materia di fideiussioni da parte dell'Abi ha avuto nel 1964 mediante la circolare 11 giugno 1964, n. 24, e ha riguardato: i) le fideiussioni senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque operazione con relativa dichiarazione aggiuntiva che potrà essere rilasciata dal fideiubente per precisare l'ammontare massimo garantito; ii) le fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato a scadenza fissa. Successivamente, attraverso la circolare 24 gennaio 1966, n. 5, sono stati predisposti ulteriori schemi di fideiussione relativi: i) alle fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato valido fino a revoca; ii) alle fideiussioni a garanzia dello sconto di effetti; iii) alle fideiussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi. Nel 1987, per mezzo della circolare 20 giugno 1987, sono stati predisposti, in sostituzione dei precedenti, cinque nuovi schemi-tipo concernenti: i) le fideiussioni *omnibus* senza limitazione di importo; ii) le fideiussioni *omnibus* con limitazione di importo; iii) le fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato; iv) le fideiussioni a garanzia dello sconto o della negoziazione di effetti cambiari; v) le fideiussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi. La revisione del 1987 ha previsto una rimodulazione della clausola di sopravvivenza, in virtù della quale "nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garantire l'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate". Gli schemi-tipo varati nel 1966 prevedevano espressamente che, in deroga all'art. 1939 c.c., "la fideiussione mantiene i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida". Con la modificazione letterale della clausola, secondo L. Bigliazzi Geri, *Sub art. 1366*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2013, 283, si aveva «la convinzione che in tal modo si siano salvati capra e cavoli sì che la clausola in questione non possa più essere considerata "alla stregua di una clausola automatica" [...], sicché essa risulti perseguire, al di là di ogni ragionevole dubbio, un interesse meritevole di tutela qual è quello di sicurezza del recupero di somme indebitamente erogate e dunque capace di superare la prova di resistenza imposta dall'intervento della clausola di buona fede; tale convinzione desta qualche non irragionevole perplessità». In tema, M. Lobo, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, Esi, 2002, 92 ss.; A. Sassi, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus*, in *Banca, borsa ecc.*, 1990, I, 805.

(11) Cfr. G. Gabrielli, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, ivi, 1977, I, 263; F. Maimieri, *Potere contrattuale e norme bancarie uniformi*, in G. Piva (a cura di), *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, Padova, Cedam, 1986, 273.

(12) In tema, cfr. N. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII, t. III, Torino, Utet, 1983, 47; G. Cavalli, voce *Norme bancarie uniformi*, in *Digesto Sez. comm.*, vol. X, 266; nonché L.C. Ubertaini, *Per un controllo antitrust delle Nub*, in Id., *Banche e concorrenza. Scritti*, Milano, Giuffrè, 2007, 121 ss.; U. Morera, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, vol. XI,

costituisce, di per sé, un fattore anticoncorrenziale, ma, oltre ad agevolare il predisponente – ovvero l’istituto di credito che recepisce la regolamentazione dell’Abi – apporta vantaggi anche per gli aderenti, favorendo la comparazione delle opzioni presenti sul mercato attraverso un effettivo confronto delle condizioni contrattuali rilevanti (13). Le condizioni generali di contratto, quali clausole di operatività bancaria, necessitano di uno scrutinio complessivo che permetta di cogliere gli interessi dell’istituto di credito e anche quelli del garante (14): ciò invita a non focalizzarsi esclusivamente sullo squilibrio tra predisponente e aderente, ovvero sul “potere redazionale” esercitato dall’organo creditizio in armonia con i dettami dell’Abi (15), quanto a considerare le fideiussioni così modellate come meccanismi di garanzia funzionali alle ragioni d’impresa (16).

Le norme bancarie uniformi intaccano il tipo fideiussorio, alterandone la struttura e gli effetti e distribuendo diversamente i rischi rispetto alla tecnica allocativa del codice civile (17). Si è dinanzi a una regolazione insofferente rispetto all’accessorietà codicistica, che si esprime mediante le clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall’art. 1957 c.c., nonché attraverso la clausola di pagamento a prima richiesta. L’obbligazione fideiussoria, da un lato, tende ad avvicinarsi a un impegno di garanzia autonomo, risultando così maggiormente efficace; dall’altro, la deroga all’accessorietà non lede alcuna norma imperativa, ma determina il superamento di una serie di regole tipologiche, strutturando la garanzia in modo coerente rispetto alla logica degli affari (18).

La maggiore onerosità per il garante risulta necessaria in un sistema di garanzie personali d’impresa: attraverso le clausole in rassegna, l’istituto di credito può proteggersi meglio dai rischi di insolvenza e di eccezioni paralizzanti, non subire più i vincoli temporali per agire nei confronti del debitore e del fideiussore, così come previsti dall’art. 1957 c.c., e concedere più agilmente credito al debitore. A comprovare l’afferenza di questa fideiussione al novero delle garanzie d’impresa concorre l’inapplicabilità, al netto di specifico e difforme accordo, della clausola di pagamento a semplice richiesta scritta, nel caso in cui il garante risulti essere un consumatore e la garanzia sia prestata per obbligazioni contratte da un debitore-consumatore (19).

Nel 2005, la Banca d’Italia ha indagato sulle condizioni generali di contratto in materia di fideiussioni *omnibus* predisposte dall’Abi nel 2003, soffermandosi sulle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall’art. 1957 c.c. (20) e reputandole sia particolarmente gravose per il garante sia suscettibili di distorcere il

Napoli, Esi, 2006, 321; A. Mirone, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003, 4. Più recentemente, v. E. Capobianco, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in Id. (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 11; P. Sirena, *Il contratto bancario: profili generali*, in A. Urbani (a cura di), *L’attività delle banche*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 39.

(13) F. Martorano, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa ecc.*, 1994, I, 125. Cfr. anche A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo jus variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 150; S. Fortunato, *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. banc.*, 1996, I, 14.

(14) In tema, cfr. A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, Zanichelli, 2013, 19 ss.; L. Ruggeri, *La fideiussione*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, cit., vol. XIX, 32 ss.

(15) Precisa G. Alpa, *I contratti d’impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, cit., 54, che l’Abi esercita un potere normativo derivante dalla regolamentazione privata spettante, per statuto, alle associazioni. V. anche M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Esi, 2012, 146 s.: per l’A., la recezione nei modelli uniformi di usi negoziali maturati nell’ambiente bancario acuisce lo squilibrio tra gli stipulanti e alimenta i rischi di prassi anticoncorrenziali.

(16) Per E. Roppo, *Fideiussione “omnibus”: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa ecc.*, 1987, I, 137, l’approccio da assumere non è infatti quello del “contraente debole”. Cfr. G. Bozzi, *L’autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, Jovene, 1990, 65 ss.; F. Benatti, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in G.B. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1978, 151; F. Realmondo, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, ivi, 89 ss., 101. Per una distinta prospettazione, G.F. Campobasso, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l’esperienza italiana*, in *Banca, borsa ecc.*, 1999, I, 581-582.

(17) C. Angelici, *Le garanzie bancarie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. IV, 1023, puntualizza che la clausola di sopravvivenza porta a una emancipazione della garanzia rispetto alla validità, ma anche rispetto alla regolarità dal punto di vista dello svolgimento dell’attività bancaria, dell’erogazione del credito. Sulla centralità dell’efficacia, M. Bourassin, *L’efficacité des garanties personnelles*, Paris, Lgdj, 2006.

(18) Cfr. G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in Id. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, cit., vol. II, 1045 ss.; R. Rascio, *La fideiussione omnibus: premesse per la discussione del tema*, in Id., *Scritti giuridici*, raccolti da P. Pollice, F. Santoni, Torino, Giappichelli, 2011, 199. Diversamente, precisa E. Roppo, *op. cit.*, 148, che l’operazione di garanzia conforme allo schema Abi presenta dubbi di validità: “dubbi motivati non solo dal fatto che l’operazione si presenta squilibrata ed iniqua dal punto di vista – soggettivo ed individuale – del fideiussore gravato di tutti quegli oneri e quei rischi, ma soprattutto dal fatto – più rilevante ai fini di un giudizio di validità o invalidità – che essa si presenta irrazionale e in qualche senso anche dannosa dal punto di vista dell’interesse generale: perché un meccanismo contrattuale come quello qui criticato inevitabilmente costituisce un incentivo per le banche a trascurare cautele anche elementari nell’erogazione del credito ai soggetti affidati: costituisce insomma un incentivo al credito facile, e quindi al credito potenzialmente dissipatore di risorse come è generalmente il credito troppo facile”.

(19) V. art. 10 delle “Condizioni generali per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie”, emendate dall’Abi in data 8 luglio 2005 a seguito della decisione della Banca d’Italia.

(20) G. Florida, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del risparmiatore*, in L.C. Ubetazzi (a cura di), *La concorrenza bancaria*, Milano, Giuffrè, 1985, spec. 182. Secondo G. Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in G.B. Portale (a cura di), *Le operazioni*

mercato per via di un'applicazione generalizzata. Lo schema predisposto dall'Abi prevedeva la permanenza dell'obbligazione fideiussoria grazie all'inserimento della clausola di reviviscenza: il fideiussore si impegnava a rimborsare alla banca le somme che dalla medesima fossero state dapprima incassate per il pagamento delle obbligazioni garantite e in seguito restituite per via dell'annullamento, dell'inefficacia o della revoca del pagamento stesso. La maggiore ampiezza dell'impegno di garanzia discendeva, altresì, dalla previsione della clausola di sopravvivenza, per effetto della quale la fideiussione si estendeva agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale. Il garante assumeva, pertanto, l'obbligo di tenere indenne la banca creditrice, rimborsando alla medesima le somme erogate al debitore e assicurando, di tal fatta, l'obbligo restitutorio di quest'ultimo. La rinuncia ai termini fissati dall'art. 1957 c.c. salvaguardava i diritti del creditore rispetto al limite semestrale susseguente alla scadenza dell'obbligazione principale, oppure al termine bimestrale nel caso in cui, preventivamente ed espressamente, il fideiussore avesse limitato la garanzia allo stesso termine dell'obbligazione principale. Tali diritti rimanevano integri fino alla totale estinzione di ogni credito verso il debitore, senza che l'istituto bancario fosse tenuto a escutere il debitore o il fideiussore medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi normativamente stabiliti. La deroga poneva la banca nella agevole condizione di coltivare le proprie azioni per un orizzonte temporale più lungo, coincidente con il termine di prescrizione, e determinava una sostanziale estensione del vincolo fideiussorio. Il provvedimento della Banca d'Italia in commento merita di essere valutato anche alla luce delle posizioni assunte sul tema dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (21) e dall'Abi (29). La prima aveva censurato lo snaturamento del tipo fideiussorio, addebitandolo alla sperequata composizione dell'assetto di interessi. Il deterioro trattamento del garante, inoltre, possedeva un rilievo anticompetitivo, poiché l'uniformazione contrattuale, alterando la disciplina codicistica, risultava capace di incidere sulle condizioni di accesso al credito. La standardizzazione si risolveva in una tecnica di compressione indebita della concorrenza in termini di differenziazione dell'offerta, poiché le norme bancarie uniformi, pur non formalmente vincolanti, spiegavano una efficacia condizionante per l'attività negoziale degli istituti di credito associati (22). Diversamente, solo una regolamentazione individuale del rapporto di garanzia avrebbe costituito un indice di differenziazione dell'offerta in senso concorrenziale. L'iniziativa autonoma dell'istituto di credito nel disciplinare la fideiussione *omnibus*, ricalibrando la posizione del fideiussore rispetto a quella della banca garantita, avrebbe comportato una maggiore attrattività del servizio offerto dalla banca, favorendo una scelta comparata e informata ai canoni della razionale vantaggiosità. Lo schema negoziale predisposto dall'Abi denotava un aggravio economico indiretto in termini di minor facilità di accesso al credito e, nei casi di fideiussioni a pagamento, produceva un incremento del costo complessivo del finanziamento per il debitore, tenuto a remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore.

Secondo la prospettazione dell'Abi, invece, lo schema contrattuale costituiva un mero supporto regolamentare, idoneo a fissare condizioni economiche incidenti direttamente sul singolo rapporto contrattuale. Gli scostamenti disciplinari rispetto al tipo codicistico venivano giustificati dalla peculiare funzione che la garanzia *omnibus* rivestiva nella pratica commerciale, così tutelando il creditore dal rischio di insolvenza connesso al complesso di rapporti tra il debitore e la banca. La clausola di reviviscenza non avrebbe comportato una deroga all'art. 1945 c.c. – fermo restando il carattere accessorio della fideiussione – e, peraltro, sarebbe risultato ragionevole ancorare l'efficacia della garanzia alla definitiva liberazione del debitore (23). Contestualmente, si è rimarcata la peculiare funzione indennitaria, oltre che tipicamente soddisfattoria, assolta dalla garanzia *omnibus* e consistente nell'assicurare l'effetto solutorio definitivo: la clausola di sopravvivenza, nel complesso, intendeva impedire un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni dell'istituto di credito (24). La contestuale rinuncia all'operatività dei termini di cui all'art. 1957 c.c. avrebbe favorito il garante,

---

*bancarie*, cit., vol. I, 126, la carica vessatoria della disciplina bancaria raggiunge nella garanzia *omnibus* limiti difficilmente superabili. V. anche E. Simonetto, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, Cedam, 1985, 21 ss., 106 ss.; nonché G. Ragusa Maggiore, *Clausole limitatrici della responsabilità della banca nella fideiussione generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 1985, 27.

(21) Autorità garante della concorrenza e del mercato, 20 aprile 2005, n. 14251, "Parere alla Banca d'Italia I584 – Abi: Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie". Più in generale, sui rapporti tra regolazione del mercato e garanzie del credito, v. E. Gabrielli, *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'antitrust*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *op. cit.*, vol. II, 1253.

(22) Secondo N. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, cit., 47, le norme bancarie uniformi possono essere vincolanti nei soli rapporti tra banche e Abi, ma non hanno alcuna efficacia nei rapporti con i clienti. Sull'obbligo bancario, derivante dal vincolo associativo, di inserire le norme bancarie uniformi nei contratti conclusi con la clientela, v. A. Pisani Massamormile, voce *Norme bancarie uniformi*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, V, 235. Diversamente, per G. Cavalli, voce *Norme bancarie uniformi*, cit., 271, non sorge in capo alle aziende creditizie l'obbligo di recepire le norme bancarie uniformi nei contratti con la clientela; al contempo, nessun vincolo associativo né convenzionale obbliga le banche ad adottare le condizioni generali di contratto determinate dall'Abi. L'uniformità è connessa a mere ragioni di opportunità (p. 272). Precisa E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, Jovene, 2017, 404-407, che le norme bancarie uniformi, pur essendo prive di significato autoritativo, sono espressione di un vero e proprio accordo interbancario.

(23) G. Stella, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2010, 278.

(24) Sull'accessorietà funzionale del contratto di garanzia contraddistinto dalla *Überlebensklausel*, v. T. Walter, *Die formularvertragliche Kreditbürgschaft mit Globalzweckerklärung in italienisches Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 108. Cfr. anche S. Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, Giappichelli, 2007, 234-236; F. Macario, *Garanzie personali*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. X, Torino, Utet, 2009, 212. Sempre G. Cavalli,

poiché l'esercizio delle azioni creditorie entro il termine breve previsto dalla norma avrebbe aumentato le difficoltà del debitore, compromettendo la fattibilità di più favorevoli composizioni stragiudiziali (25). Preme, ora, sottolineare, così come condiviso dalla Banca d'Italia, che l'uniformità degli schemi contrattuali predisposti da un'associazione di categoria e adottati dalle imprese associate possa rappresentare un fattore incentivante per la concorrenza. Si tende a favorire la domanda, ad aumentare la comparabilità dei prodotti e, contestualmente, si riducono i costi di selezione; l'offerta è anche beneficiaria di tale tecnica, poiché si riduce la necessità di continue e distinte negoziazioni, derivandone un vantaggio per la serialità e la razionalizzazione negoziale. Diversamente, per l'autorità di garanzia, confligge con le regole della concorrenza lo schema contrattuale comprensivo di condizioni che: *i*) direttamente o indirettamente incidano economicamente, determinando un significativo squilibrio tra le parti contraenti; *ii*) precludano o limitino la possibilità per le imprese associate di differenziare il prodotto offerto. Le clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c., a differenza della clausola a prima richiesta, non sono apparse esclusivamente funzionali a una migliore tutela del credito e al contenimento dei rischi di insolvenza.

La clausola di reviviscenza generava conseguenze pregiudizievoli per il concreto esercizio del diritto di regresso del garante quando l'obbligo di restituzione fosse stato determinato dalla declaratoria di inefficacia – successiva a un'azione revocatoria – o dalla revoca dei pagamenti del debitore per il fallimento del medesimo.

La clausola di sopravvivenza si poneva su di un piano distinto rispetto all'obbligo fideiussorio di primo livello, delineandosi una garanzia restitutoria che induceva la banca a prestare scarsa attenzione all'atto della concessione del credito. La deroga all'art. 1957 c.c., invero, operava unicamente a vantaggio del creditore garantito e finiva per esonerare la banca dall'intentare e coltivare diligentemente le proprie istanze nei termini normativamente previsti. Lo sbilanciamento degli interessi costituiva, pertanto, un disincentivo alla responsabile azione della banca (26). La Banca d'Italia, rilevato il forte squilibrio contrattuale generato dalle tre clausole a danno del fideiussore, concludeva nel senso che le medesime clausole, ove uniformemente applicate, sarebbero risultate in contrasto con l'art. 2, c. 2, lett. a), l. n. 287/1990, risultando lesive della concorrenza (27).

La pronuncia della Banca d'Italia pare scontare, tuttavia, un pregiudizio ideologico e tipologico, poiché ha correlato l'accertamento dell'intesa anticompetitiva all'alterazione indebita del tipo fideiussorio codicistico. Le clausole in questione rispondevano a interessi negoziali d'impresa e la loro valutazione avrebbe dovuto avere come riferimento la funzionalità di un contratto di garanzia atipico (28), ovvero i peculiari effetti giuridici prodotti da una prestazione di garanzia sita all'interno della dinamica dell'attività d'impresa, piuttosto che la mera rilevazione di un astratto effetto restrittivo della concorrenza legato al superamento dell'accessorietà codicistica. Assieme alla clausola a prima richiesta, ritenuta, invece, rilevante per l'adeguata tutela delle esigenze connesse al credito bancario e compatibile a livello sistematico, anche le altre clausole concorrevano a delineare un assetto di interessi coerente con la dinamica contrattuale d'impresa: ciò avrebbe suggerito una lettura capace di intercettare il valore costitutivo e legittimante dell'autonomia d'impresa (29), sottolineando il ruolo rivestito dalle garanzie nell'economia contrattuale, favorendo una distinzione tra

---

*Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, cit., 80, precisa che la deroga all'art. 1939 c.c. è “quasi rivoluzionaria”, poiché intacca uno dei cardini della disciplina fideiussoria, mutando la garanzia da accessoria in autonoma.

(25) Tuttavia, per E. Simonetto, *op. cit.*, 98, l'art. 1957 c.c. avrebbe fini di ordine pubblico economico “in quanto in tal maniera si evitano, fra l'altro tardive e scomposte sottrazioni della garanzia che i debitori, pressati dall'azione esecutiva e dalle scadenze, sono portati a fare” a totale danno del garante

(26) V. le considerazioni critiche sulla clausola in deroga all'art. 1957 c.c., predisposta attraverso condizioni generali di contratto, di G. Biscontini, *Solidarietà fideiussoria e “decadenza”*, Napoli, Esi, 1980, 200-208. Secondo l'A., “il giudizio sulla clausola deve essere assai rigoroso, quando le condizioni generali si estrinsecano in regime di monopolio di diritto o di fatto, al fine di consentire al titolare del diritto a contrarre di pretendere non tanto e non solo la conclusione del contratto, quanto la determinazione del suo contenuto al fine di salvaguardare l'autonomia delle scelte e con essa la dignità per la persona” (p. 208). Secondo A.A. Dolmetta, *op. cit.*, 344, nt. 53, la deroga all'art. 1957 c.c. si inserisce nella trama di una fideiussione bancaria volta a proteggere il credito facile, nonché la leggerezza di gestione del medesimo.

(27) Sulle clausole derogatorie, sul tipo fideiussorio e sul ruolo della buona fede, v. L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, 275 ss. Per L. Barbiera, *Sub art. 2740*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, cit., 138, il provvedimento della Banca d'Italia è ineccepibile. Per l'A. le fideiussioni conformi allo schema Abi producono una dilatazione dell'oggetto “contraria al sistema assiologico delle norme contenute negli artt. 2740 e 2741, sistema attinente all'ordine pubblico economico” (p. 139). In tema, v. G. Gitti, *La “tenuta” del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 506; nonché, sul rapporto tra tipo e controllo di vessatorietà nei contratti per adesione, G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, Cedam, 1974, 29 ss., 157 ss.

(28) Cfr. le considerazioni critiche sulle clausole derogatorie, sul tipo fideiussorio e sul ruolo della buona fede di L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, 275 ss. Per l'A. le clausole estensive, ovvero quelle in deroga agli artt. 1939, 1941, 1945 c.c., rappresentano una sorta di aggravante. Tale fideiussione non persegue un interesse più meritevole di tutela di una garanzia atipica. Viene evidenziata una “naturale” contrarietà a buona fede del meccanismo utilizzato, capace di generare uno squilibrio degli interessi coinvolti rispetto ai principi generali dell'ordinamento (così come risultanti anche dall'art. 47 Cost. in relazione all'art. 41, c. 2, Cost). Secondo l'A., la normativa di buona fede in sede ermeneutica dovrebbe permettere di correggere tale squilibrio «si da condurre ad una qualificazione riduttiva della garanzia “aperta” in termini di semplice fideiussione per obbligazione futura ex art. 1938 e conseguente applicazione delle restanti disposizioni che ne regolano l'andamento».

(29) A. Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. p. 210-214; nonché, prima, G. Bozzi, *op. cit.*, 71. V. anche D. Cerini, *Personal guarantees between commercial law and consumer law*, in Aa.Vv., *Italian National Reports to the XIXth*

le garanzie personali prestate per operazioni economiche complesse da garanti professionisti o interessati rispetto alle garanzie personali indipendenti da logiche commerciali.

### 3. *Natura giuridica della nullità c.d. “antitrust”: la relazione tra intesa “a monte” e contratti “a valle”*

Giova, preliminarmente, rilevare che – come si analizzerà *funditus* in seguito – è presente in dottrina un’impostazione, peraltro coerente con il dato comparatistico e euro-unionale, che sancisce la predominanza del rimedio risarcitorio rispetto a quello invalidatorio, con riferimento particolare a quello anelastico e non conservativo della nullità.

Tale ricostruzione prende le mosse da una netta distinzione tra regole di validità e di comportamento, rimettendo al solo legislatore il compito di indicare le ipotesi di invalidità del rapporto contrattuale.

Si ritiene, tuttavia, che il ricorso giurisprudenziale all’istituto della nullità, nelle sue declinazioni che saranno scrutinate oltre, altro non è se non il tentativo – condiviso solo in parte dalla dottrina – di porre rimedio all’inadeguatezza del solo strumentario risarcitorio, rispondendo ad esigenze di giustizia sostanziale.

Tanto premesso in via generale, i giudici di legittimità hanno rilevato che l’analisi della questione della sorte dei contratti stipulati in conformità di intese anticoncorrenziali, già più volte sottoposta alla Corte, anche a Sezioni unite, ha condotto a risultati interpretativi tutt’altro che univoci e comunque ormai non più adeguati rispetto alla frequenza con cui il fenomeno tende a riproporsi ed alla multiforme tipologia dallo stesso assunta negli anni più recenti.

Rende di maggiore difficoltà la ricostruzione del quadro ermeneutico, la circostanza che, nel corso del tempo, la nullità del contratto “a valle” è stata, inoltre, variamente giustificata dalla dottrina, talvolta senza coinvolgere i contratti “a monte”, con evidenti conseguenze sul piano delle concretezze.

Vi è infatti chi ritiene che il negozio “a valle” (30) attuativo dell’intesa si ponga in diretto contrasto con la norma imperativa che vieta le intese anticoncorrenziali per illiceità della causa. Taluni altri ritengono che tratterebbe, in altri termini, di una nullità per illiceità dell’oggetto limitata al vantaggio che l’impresa ha tratto dalla stipulazione del contratto a valle; come sarà approfondito in seguito, taluni esponenti della dottrina hanno ravvisato, al contrario, una nullità derivata riconducibile a quella dell’intesa a monte, in virtù del collegamento funzionale-causale esistente con il contratto a valle; un terzo indirizzo ha ricondotto la nullità de qua ad una *species* peculiare di nullità relativa di protezione (a tutela del soggetto danneggiato dall’intesa – indipendentemente dalla sua qualifica soggettiva – e deducibile esclusivamente da quest’ultimo).

Per alcuni studiosi (31), essendo la fissazione delle clausole a valle un comportamento anticoncorrenziale vietato dall’art. 2 della l. n. 287/1990, sarebbe possibile scorgere un “implicito riconoscimento della nullità dei contratti individuali, i quali ultimi – saldandosi in un’unità inscindibile con la pratica restrittiva di cui costituiscono estrinsecazione ed attuazione – sarebbero *naturaliter* ricompresi nella nullità disposta dall’art. 2 comma 1 l. n. 287/90”; altri autori, con una parziale variante, pur negando cioè un’assoluta identificazione tra intese e “contratti a valle” e rifacendosi piuttosto all’istituto del collegamento negoziale, hanno ricostruito l’invalidità dei contratti a valle utilizzando la categoria della nullità derivata.

Il nodo cruciale dell’annoso problema consisterebbe, dunque, nel comprendere se il contratto attuativo del disegno anticoncorrenziale debba essere considerato come parte integrante o propaggine dell’unitaria fattispecie vietata dell’intesa stessa o, viceversa, come negozio autonomo e separato, ma connesso all’intesa vietata. L’adesione a una teoria o all’altra è foriera di conclusioni – sul piano applicativo – del tutto differenti. In particolare, secondo la prima

---

*International Congress of Comparative Law*, Milano, Giuffrè, 2014, 439; M. Bourassin, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs*, in *Rev. int. droit comp.*, 2014, 435.

(30) V. nt. 4.

(31) V. in particolare M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, 325; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006. Per la sottolineatura della contiguità, pertanto, dei due temi nella prospettiva remediale della correzione del contratto, v. anche G. Guizzi, *Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi*, in A. Barenghi (a cura di), *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 305, per l’idea che anche lo squilibrio normativo si risolve, in realtà, in ultima istanza, pur sempre in uno squilibrio di tipo economico, in quanto ogni clausola abusiva produce un minor costo per l’impresa, perché rappresenta sempre qualcosa in meno che essa dà al consumatore, senza però che siffatto minor costo necessariamente si rifletta in un minor corrispettivo rimedio caratterizzato da una funzione riequilibratrice, che metta capo ad una forma di tutela specifica, che dunque non solo conservi il contratto ma elimini quello “squilibrio” che pure è causalmente riconducibile proprio all’illecito concorrenziale a monte, e dunque al fatto che il suo contenuto è stato influenzato dall’esistenza dell’intesa restrittiva. Naturalmente l’impostazione appare di più semplice realizzazione, là dove l’incidenza dell’intesa si esprima in via immediata e diretta sui termini economici dell’operazione di scambio disciplinata dal contratto a valle, in quanto il cartello ha avuto una diretta incidenza sulla definizione del prezzo del bene venduto o del servizio erogato dall’impresa aderente. È evidente, infatti, che in questi casi la funzione riequilibratrice accomuna vuoi – se la si ritiene ammissibile, come a me ancora sembra si debba per le ragioni espone in quel mio primo saggio e che non mi sembra siano mai state adeguatamente confutate – l’azione di riduzione ad equità ad instar dell’art. 1448 c.c., vuoi l’azione di risarcimento dei danni, il cui esercizio anzi, ove il danno venga commisurato, in ossequio all’*Als-Ob Prinzip*, alla differenza tra il prezzo in concreto applicato in ragione della concertazione a monte e quello che si sarebbe determinato in assenza di un’alterazione della dinamica concorrenziale, produce un risultato del tutto identico a quello a cui conduce la riconduzione ad equità, che si svolgerebbe pur sempre secondo il medesimo criterio. L’impostazione può risultare, invece, meno intuitiva, e il risultato apparentemente di più problematico raggiungimento, là dove l’incidenza dell’intesa sull’equilibrio economico del contratto a valle si esprima in dovuto da quest’ultimo.

ricostruzione, ricorrerebbe l'impossibilità di aggredire i contratti conclusi con i soggetti contraenti qualora non ci sia stato un previo accertamento dell'intesa-madre da parte dell'Autorità *antitrust*; al contrario, le perplessità derivanti dal ricorso ad un'impostazione della seconda tipologia risiederebbero nell'assenza, o la non inequivoca presenza, degli elementi fondamentali della categoria del collegamento negoziale nelle stipulazioni effettuate a valle.

Invero, anche in una prospettiva di carattere generale, risulta problematico giustificare la nullità dei contratti "a valle", dovendosi prendere le mosse dal presupposto che la legge *antitrust* nell'art. 2 prevede testualmente solo la nullità dell'intesa anticoncorrenziale "a monte" e nell'art. 33 regola, sotto il profilo della competenza giurisdizionale, le azioni di nullità dell'intesa e il risarcimento del danno, ma in nessuna norma prevede la nullità del contratto "a valle".

Illustre dottrina ha ricondotto la fattispecie in analisi, invece, ad una relazione di "strumentalità necessaria", costituendo il negozio concluso a valle il mezzo specifico e ineludibile con cui trova attuazione l'intesa vietata realizzata a monte, la quale trasferirebbe la sua sostanza illecita nello stesso frutto naturale della collusione illecita perpetrata tra le imprese.

La tesi della nullità dell'intera operazione economica posta in essere dalle imprese scorrette sembra la più adeguata a perseguire l'effetto utile del diritto *antitrust*, e va pertanto accolta, partendo tuttavia da una premessa, esplicitata in giurisprudenza: la legge *antitrust* con l'art. 2 ha stabilito una nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva, strettamente legata alla normativa europea. E, sebbene la Corte di giustizia europea abbia più volte chiarito che "i principi generali in materia di nullità vanno ricercati nel diritto civile di ciascuno Stato", innegabilmente col tempo è venuto ad esistere un autonomo e peculiare "modello di disciplina", anche "in base alle numerose sentenze della Corte di giustizia e all'opera della dottrina".

Si è parlato, a tal riguardo, di invalidità "speciali", non del tutto riconducibili alla disciplina e alla dogmatica civilistica

Quindi, come è stato fatto notare, si tratta di una invalidità per illiceità – e, per l'esattezza, per contrarietà all'ordine pubblico – ma strettamente legata ad una valutazione circa la potenzialità dannosa, effettuabile compiutamente solo da parte della Agcm. In altri termini, essa sarebbe derivante da una antigiusuridicità che, pertanto, non si coglie nella causa a volte addirittura tipica e non incompatibile con un giudizio di meritevolezza, ma nel concreto effetto o "risultato" anticoncorrenziale vietato.

Occorre rilevare, tuttavia, che – secondo altra dottrina – essa identificerebbe, in definitiva, una invalidità tradizionale, non sussumibile neppure nel *genus* di quelle di protezione. Essa avrebbe i connotati di una sorta di "nullità di mercato", che colpisce anche i "contratti a valle", anche se solo nelle parti da considerarsi viziate, secondo un meccanismo di interdipendenza assimilabile al collegamento negoziale.

Si è rilevato, pertanto, che nella fattispecie in esame scompaiono i confini tra i due momenti del programma anticompetitivo (32), che nell'ipotesi del collegamento conservano invece dignità autonoma, e la collusione viene ad essere elemento del contratto con la parte stipulante, trasfondendosi in esso.

Passando ad esaminare, ora, il secondo possibile rimedio su cui si è concentrata l'attenzione della dottrina, ossia quello concernente un intervento giudiziale sull'operazione contrattuale, alcuni studiosi hanno ravvisato nella materia *de qua* forti analogie con il problema affrontato dalla disciplina dei vizi del consenso eteroindotti (33). Tale tesi prende le mosse da un *modus operandi* tipico della dottrina penalistica

Il rimedio sarebbe quello dell'annullabilità dei negozi a valle. Si sottolinea, anzitutto, che anche quando il contratto si pone in violazione di una norma dotata di carattere imperativo, quale è ad esempio quella che individua una condotta costituente reato e commina conseguentemente una sanzione di carattere penale.

Dunque, viene riconosciuta non la nullità, ma la semplice annullabilità del contratto, proprio perché in tal caso il divieto penale non colpisce direttamente questo, ma la condotta di una parte, come nel caso di reato di truffa conclusa mediante la stipulazione di un contratto (34).

(32) A. Gentili, *op. cit.*; F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, I, 354; E. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'Abi*, cit.

(33) M.R. Maugeri, *Breve nota sui contratti a valle e rimedi*, cit. Per un approfondimento in ordine alla c.d. nullità virtuale, v. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit. E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 71 ss., ha evidenziato l'impossibilità di ricostruire la fattispecie nei termini di un collegamento negoziale, poiché si tratterebbe di "un collegamento unilaterale o per accessorietà, atteso che la sola nullità dell'intesa si ripercuoterebbe, in tesi, sul contratto a valle e non viceversa", mentre l'istituto civilistico richiede che «il contratto accessorio, pur conservando una propria distinta fisionomia causale, o risultati funzionalizzato, nella comune volontà delle parti, alla realizzazione delle finalità perseguite con il contratto principale (collegamento c.d. volontario); ovvero sia comunque oggettivamente funzionale al perseguimento dello scopo unitario dell'operazione (collegamento c.d. funzionale). E nel caso in esame difetta sia l'uno che l'altro presupposto, attesa la estraneità del terzo contraente a valle tanto rispetto al negozio a monte che alla trama di interessi e finalità che vi sono sottesi; ed ancora, e soprattutto, attesa la ben distinta connotazione causale del contratto "a valle" rispetto a quella caratterizzante il cartello».

(34) La conclusione secondo cui il contratto sarebbe valido, ma suscettibile di determinare una responsabilità *ex art.* 2043 c.c. nei confronti degli utenti di mercato, è sostenuta da M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit. La tesi contraria all'invalidità del contratto "a valle" sembra condivisa da numerosi precedenti giurisprudenziali: Trib. Alba 12 gennaio 1995, cit.; Cass. n. 9384/2003, cit.; App. Torino 27 ottobre 1998, cit.; Trib. Torino 16 ottobre 1997, cit.; Tar Lazio n. 1790/2003, cit., che in tema di contratti con la pubblica amministrazione preceduti da un'intesa tra i concorrenti sostiene che «la nullità prevista dall'art. 2, l. n. 287.1990 è da

Una simile ricostruzione si pone certamente in contrasto con l'opinione di chi ritiene invece che vi sarebbe una, difficilmente superabile, quasi oggettiva impossibilità di ravvisare una qualsiasi forma di dolo in capo all'impresa, con relativa impossibilità di utilizzare il rimedio della rescissione per lesione.

Nella pronuncia che si annota, la Suprema Corte si è basata sul presupposto che la legge *antitrust* abbia come destinatari tutti i soggetti del mercato. Il legislatore ha, infatti, inteso proibire in via generale la distorsione della concorrenza, che può essere anche frutto di comportamenti “non contrattuali”, anche successivi al negozio originario.

Tale principio si rinviene e matura in ambito comunitario con l'adozione dell'Atto unico europeo. Esso trova espressa menzione sia nel TUE che nell'attuale TFUE, agli artt. 3 e artt. 101 ss. Non si può poi non considerare che lo stesso ha trovato massimo riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea ed è stato ribadito di recente dalla direttiva 2014/104/UE, che riconosce al consumatore la legittimazione all'azione risarcitoria per il danno derivante da violazioni della disciplina *antitrust* europea e nazionale.

Indubbia la necessità di tutela della parte lesa dall'intesa (indipendentemente dalla qualifica di consumatore), non ne risultano tuttavia immediatamente acclarate – come già accennato – le conseguenze sulla sorte del contratto che dell'illecito *antitrust* sia stato veicolo. La Cassazione, in taluni arresti, non esplicita, facendo un generico riferimento all'art. 1418 c.c., quale sia la ragione che porta a considerare nulli i contratti a valle, non chiarendo se la nullità di quest'ultimi sia una nullità derivata o viceversa diretta (35).

Secondo una diversa ricostruzione ermeneutica, si configurerebbe una nullità di protezione che determina l'inefficacia del contratto a protezione di solo uno dei contraenti, in analogia alla disciplina consumeristica. Tale forma di nullità, invero, rappresenta una deroga rispetto al disposto di cui all'art. 1421 c.c., il quale prevede che la nullità possa essere fatta valere da chiunque abbia interesse, introducendo il concetto di relatività delle nullità, potendo essa essere fatta valere unicamente dalla parte destinataria di maggiore tutela. Tale peculiarità non elimina i caratteri propri della nullità e, quindi, anche quelle di protezione sono rilevabili d'ufficio, determinano l'inefficacia definitiva del contratto. Occorre rilevare, altresì, che la configurabilità di una nullità parziale in ragione della diversità delle parti del contratto “a valle”, rispetto a quelle dell'intesa “a monte” pone rilevanti problematiche pratico-applicative. Esse rendono ancora più difficoltoso – a differenza di quanto avveniva nei contratti assicurativi – stabilire se le prime avrebbero ugualmente prestato il proprio consenso, in mancanza delle clausole riproduttive del contenuto dell'intesa.

Taluni arresti della Suprema Corte, infatti, hanno il pregio di evidenziare come la predetta tipologia di indagine, nel caso di specie, ossia della fideiussione, potrebbe, invero, risultare non risolutiva e finanche superflua: occorre considerare, secondo l'opinione di chi scrive, che, nonostante l'espunzione delle predette clausole, la banca possa avere interesse, in concreto, a conservare la garanzia, non essendo certo che il debitore sia in grado di offrirne altre in sostituzione.

La Suprema Corte pare superare la concezione per cui una fideiussione contenente clausole conformi allo schema *Abi*, dichiarate contrarie alla normativa *antitrust* per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a), della l. n. 287/1990 dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, comporti la nullità dell'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419 c.c. (c.d. teoria della nullità totale).

Occorre considerare, per completezza, la presenza di un altro indirizzo ermeneutico che sembra innestarsi nel filone giurisprudenziale che identifica nella nullità “*antitrust*” una nullità parziale a fini eminentemente protettivi.

Gli ermellini sembrano preservare la dichiarazione fideiussoria (36) espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della dichiaratoria di nullità parziale.

questo riferita [...] alle intese restrittive della concorrenza, e come tali vietate. La norma, invero, qualifica come nulle ad ogni effetto “le intese vietate”, e quindi gli accordi nei quali si estrinsechino i comportamenti restrittivi della concorrenza identificati dallo stesso art. 2. Sicché già da un punto di vista strettamente letterale risulta che la nullità non coinvolge i contratti che possano essere stati conclusi, a valle dell'intesa, tra (una o più delle) imprese aderenti, da un lato, ed un terzo a questa estraneo dall'altro, contratti i quali non ricadono nell'ambito della previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso, la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente schema di interessi»; App. Milano 2 febbraio 2005, cit. Contro l'invalidità del contratto “a valle”, in sede di commento al primigenio progetto legislativo n. 2076 sulla “tutela della libertà di concorrenza”, anche P. Schlesinger, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, cit.

(35) A. Nervi, *op. cit.*, ove si legge, tra l'altro, che: “la sentenza in commento lascia però intendere, a mio avviso, che non necessariamente la tutela del soggetto del mercato passa attraverso l'invalidazione del contratto a valle. Il problema resta aperto”. In tal senso v. anche E. Camilleri, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit.; E. Scoditti, *op. cit.*; M. Negri, *op. cit.*; S. D'Orsi, *op. cit.*

(36) I. Ottombrino, *La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema Abi*, in *Corriere giur.*, 2020, 408; M. Lupano, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva*, in *Giur. it.*, 2021, 230, il quale dà conto del dibattito sorto in ordine all'uso selettivo della nullità di protezione in materia bancaria-finanziaria, giudicato da alcuni interpreti sleali (o abusivo) perché fonte di eccessivo vantaggio per la parte protetta. V. anche F. Piraino, *Il “cantiere” delle nullità: B2C, bancarie e selettive. Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, *ivi*, 2020, 1528; C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469, *Id.*, *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 136 ss.; G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori*, cit.; *Id.*, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit. 109 ss.; F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, cit., 140 ss. A questa impostazione sembra aderire Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, 1548, con nota di T. Febbrajo, *Contratti “a valle” dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*. V. anche V. Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Milano, Giuffrè, 2001, 196 ss., per il

Un orientamento giurisprudenziale ha mitigato, in parte, il menzionato secondo orientamento, prendendo le mosse dall'art. 1419 c.c.

La citata norma dispone, in particolare, che la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

La Prima Sezione richiama, spesso, in casi di nullità di protezione, i principi statuiti dalle Sezioni unite, con Cass. 4 febbraio 2005, n. 2207, in materia di polizze di assicurazione. Le Sezioni unite furono allora chiamate a pronunciarsi sull'individuazione del giudice competente in ordine all'azione di restituzione del maggior importo versato a titolo di premio per una polizza di assicurazione Rca stipulata in conformità delle condizioni stabilite dal cartello delle compagnie assicuratrici; le Sezioni unite, in particolare, ritennero che la competenza spettasse alla corte d'appello, ai sensi dell'art. 33, rubricato "Competenza giurisdizionale", della l. n. 287/1990. Tale indirizzo – che si ritiene di condividere, sebbene in via analogica – ha riconosciuto, altresì, al consumatore la legittimazione a proporre le azioni previste dal comma secondo di tale disposizione ossia l'azione di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle relative disposizioni. Si era ammesso il concorso tra la tutela risarcitoria e l'azione di nullità, ritenuta proponibile non solo nei confronti dell'intesa a monte, ma anche nei confronti dei contratti c.d. a valle (37).

La Prima Sezione della Cassazione, già con l'ordinanza interlocutoria n. 11486/2021, richiamando quanto espresso dalle Sezioni unite con la sentenza menzionata, lamentava in maniera manifesta che le pronunzie più recenti avrebbero comportato un ingiustificato indebolimento del rapporto tra i contratti a valle e l'intesa a monte di cui allo schema Abi.

La dottrina, peraltro, evidenzia come questa conclusione comporterebbe esiti contraddittori e illogici, avendo la più recente giurisprudenza affermato che dalla declaratoria di nullità di un'intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza – emessa dall'Agcm ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287/1990 – non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti; per altro verso la Corte non esclude che in concreto la nullità del contratto "a valle" debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite. Giova rilevare che un orientamento (38), solo in parte condivisibile, ha promosso una soluzione manutentiva (39) – sulla scorta del principio di buona fede e correttezza – al caso rimesso alle Sezioni unite: si sarebbe in presenza di contratti validi che – stante la contrarietà con la disciplina *antitrust* – necessitano di rinegoziazione (con emulsione dei sovra-costi diretti e indiretti derivanti dall'intesa).

Tale soluzione non pare condivisibile, poiché la reazione alla violazione di norma imperativa inderogabile – quale il citato articolo della legge *antitrust* – è la nullità, non l'obbligo di rinegoziazione.

Non si ritiene condivisibile la ricostruzione ermeneutica, attualmente minoritaria, secondo cui i rimedi predetti opererebbero solo a favore della parte che rivesta la qualifica di consumatore. La condizione necessaria e sufficiente per

---

quale il contratto "a valle" realizzerebbe l'abuso di un contraente sull'altro, da regolare secondo la disciplina stabilita dagli artt. 1425 ss. c.c.

(37) V. Pisapia, *Fideiussione omnibus e normativa antitrust. Prime considerazioni su Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846*, in <www.dirittobancario.it>, 26 novembre 2021; A. Sganzerla, *La Cassazione ribadisce la nullità delle fideiussioni omnibus redatte su schema Abi*, in <www.diritto24.ilssole24ore.com>.

Sull'interpretazione dell'art. 1418 c.c. e sui limiti entro cui il è possibile configurare una nullità del contratto, o anche solo di singole clausole, per contrasto con norma imperativa, cfr. G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, 162 ss.; Id., *Appunti sulla invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 367 ss., in specie 372 ss.; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit. In proposito, v. anche i puntuali rilievi di F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità*, cit., 369 ss., che, pur accogliendo la tesi della nullità dei contratti a valle secondo la disciplina generale del codice civile, avverte poi la difficoltà di spiegare, in quel contesto, come si possa pervenire ad una sistematica disapplicazione, come invece propone parte della giurisprudenza nonché il Collegio di coordinamento dell'Abf (decisione n. 14555 del 19 agosto 2020, cit.), della regola dell'art. 1419, c. 1, c.c. Nota, infatti, l'A. che "dal punto di vista degli interessi delle parti che hanno posto in essere l'atto la conservazione diventa un obiettivo importante e sensato solo quando si tiene conto della volontà di entrambe", sicché predicare aprioristicamente una generale conservazione del contratto, pur nullo, significa manipolare il senso della norma richiamata che impone, invece, di indagare, su basi oggettive, se le stesse, in assenza delle clausole nulle, avrebbero entrambe egualmente concluso il contratto (per analoghi rilievi – ancorché in una prospettiva di ordine generale – sul limitato spazio di operatività dell'azione di nullità *ex art.* 1419 c.c. Cfr. anche F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, cit.

(38) V., *ex multis*, G. Stella, *Fideiussioni predisposte su modello conforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'Autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, in *Contratti*, 2020, 385; R. Massarelli, *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, *ivi*, 2021, 175; A. Montanari, *op. cit.*; S. Pagliantini, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 946.

(39) Per R. Pardolesi, *op. cit.*, il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbire la natura illecita; G. Calabrese, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, III, 522; F. Roli, *Nullità fideiussioni redatte su schema Abi* (Cassazione civile, sentenza n. 13846 del 22 Maggio 2019, in <www.expardedebitoris.it>, 31 maggio 2019).

essere destinatari delle tutele rimediali è di tipo meramente oggettivo, non già soggettivo: occorre operare sul mercato, a prescindere dalla propria qualifica. L'interprete non può, neanche in questo caso, esimersi dall'utilizzare le categorie generali dogmatiche del sistema del diritto civile, senza tralasciare la rilevanza e la centralità dello strumentario della clausola generale della buona fede oggettiva e della solidarietà sociale (artt. 1375 e 1337 c.c., art. 2 Cost.).

Peraltro, pur in assenza di una specifica presa di posizione dell'organo giurisdizionale europeo sul tema della sorte dei contratti in questione, risulterebbe verosimilmente censurabile ai giudici sovranazionali una disciplina statale che si limitasse ad impedire la conclusione di intese o l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, consentendo al contempo alle stesse imprese autrici di tali condotte illecite di perseguire proprio lo scopo insito negli *upstream contracts*, ossia quello di concludere negozi – o predisporre comunque clausole contrattuali – a valle contrari allo spirito del diritto *antitrust*, il cui contenuto è applicazione degli accordi stretti a monte.

#### 4. Definizione dell'assai dibattuto perimetro applicativo dell'art. 33 della l. n. 287/1990: sulla possibile coesistenza tra il rimedio della nullità e lo strumento del risarcimento del danno

Ulteriore profilo di interesse – connesso a quanto sopra delineato – è riconducibile alla definizione del perimetro applicativo dell'art. 33 della l. n. 287/1990. Al centro della questione – assai dibattuta in dottrina e in giurisprudenza – è la possibilità di riconoscere anche all'operatore leso dall'intesa la legittimazione a proporre le azioni previste dal comma secondo della menzionata disposizione, nonostante la sua estraneità all'intesa anticoncorrenziale.

Si discute, dunque, sulla astratta possibilità di ammettere il concorso tra la tutela risarcitoria e l'azione di nullità, ritenuta proponibile non solo nei confronti dell'intesa, ma anche nei confronti dei contratti c.d. a valle. La Suprema Corte sembra porsi all'interno di un filone giurisprudenziale volto ad affermare la legittimazione in capo al contraente sia dell'azione risarcitoria, sia di quella di nullità. La legittimazione sussiste, dunque, anche nel caso in cui sia stata proposta un'azione restitutoria, ai sensi dell'art. 2033 c.c., poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che asserisce di aver pagato, per effetto di un'intesa nulla, allega l'intesa anticoncorrenziale medesima, inidonea a produrre effetti, poiché nulla.

La Corte, in più arresti, ha ripercorso – seppur brevemente – taluni arresti giurisprudenziali quali manifestazioni di una lettura estensiva e teleologica dell'art. 33 della l. n. 287/1990. Prendendo le mosse da un orientamento giurisprudenziale maggioritario, la Corte, in particolare, definisce la legge *antitrust* come “legge dei soggetti del mercato”, ovvero di chiunque abbia interesse processualmente rilevante. Tale norma fu al centro di un annoso dibattito al termine del quale fu rilevato che il contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa (40), essenziale a realizzarne gli effetti, in quanto attuativo della stessa.

In tal modo si rileva come *ab absurdo* negare la legittimazione del consumatore per ottenere la nullità dei contratti “a valle” e delle intese sarebbe come svilire la *ratio* stessa della l. n. 287/1990, ossia quella di assicurare il libero gioco della concorrenza, in ottica protettiva.

Si ritiene assolutamente non condivisibile una interpretazione restrittiva e letterale della disposizione citata, poiché non rispondente alla *voluntas legis*. In altri termini, non pare condivisibile l'orientamento per cui la tutela prevista dall'art. 33, c. 2, deve ritenersi preclusa all'operatore del mercato leso dall'intesa. In tale ottica, il ruolo della norma sarebbe destinato ad esaurirsi nella mera sollecitazione dell'esercizio dei poteri riconosciuti agli organi individuati dalla medesima legge, ossia all'autorità garante. Diversamente si “spoglierebbe” l'operatore del mercato di una tutela adeguata ai propri interessi, ingenerando un palese squilibrio tra interessi, diritti e obblighi in capo alle imprese e al contraente, a svantaggio di quest'ultimo.

Si ritiene, dunque, che non possa aderirsi all'indirizzo restrittivo e letterale risalente della Suprema Corte per cui la citata norma sarebbe riferita solo alle intese anticoncorrenziali, e non anche i contratti a valle, i quali mantengono la loro validità, anche a fronte della dichiarazione di nullità dell'intesa, e potevano quindi dar luogo soltanto ad azione di risarcimento del danno da parte degli utenti.

Le incertezze dell'elaborazione giurisprudenziale, evidenziate già nell'ordinanza interlocutoria, sono state rilevate anche dalla dottrina che, pur mostrando di estendere – in analogia alla disciplina consumeristica – all'operatore del mercato la legittimazione ad avvalersi dei rimedi dalla disciplina *antitrust*, anche alla stregua delle indicazioni emergenti dagli artt. 3 e 101 ss. T.fue, si è a sua volta divisa sull'individuazione dei relativi strumenti. Alcuni, infatti, insistono sull'inammissibilità dell'azione di nullità, anche in virtù del richiamo all'art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 3/2017, il quale, nel dare attuazione alla dir. 2014/104/Ue, volta a disciplinare l'azione di risarcimento del danno per violazione delle disposizioni in materia di diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Ue, non ha fatto alcun cenno alla tutela

(40) Cfr M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle”*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 378, nonché E. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'Abi*, cit.; G. Villa, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 441; V. Meli, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/Ue sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 119; P.C. Ruggieri, *La Corte di Cassazione e la “prova privilegiata” della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*, in *Corriere giur.*, 2020, 464; F. Denozza, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 406.

reale del consumatore finale pregiudicato da un'intesa restrittiva. Tale tesi assume che quando il legislatore ha previsto tale tutela lo ha fatto espressamente.

Tale conclusione – condivisa dal predetto indirizzo – pare verosimilmente illogica. Non si vede quale tutela concreta e attuale possa ottenere la parte lesa dall'intesa facendo dichiarare la nullità della stessa anticoncorrenziale, ove siano tenuti “in piedi” i contratti a valle. Essa sarebbe una “tutela fallace” e “fittizia”, dal punto di vista concreto.

Tale assunto sembra non porre la giusta attenzione sulle conseguenze pratico-applicative della nullità *de qua*. Pare verosimile che la nullità dell'intesa debba provocare – in un'ottica di tutela concreta ed attuale della parte – la nullità derivata dei contratti “a valle” causalmente e funzionalmente connessi con essa.

Tale indirizzo letterale sembra, *prima facie*, maggiormente compatibile con l'indirizzo dottrinale che identifica gli stessi come veri e propri contratti.

Una simile ricostruzione, come accennato, non sembra, tuttavia, compatibile con la *ratio* di tutela della libera concorrenza della legge *antitrust*.

Si ritiene condivisibile l'assunto per cui la l. n. 287/1990 non è e non può essere soltanto la legge del consumatore (41), degli imprenditori e dell'impresa, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo. Peraltro, non è possibile negare che il contratto a valle assurga a sbocco e risultato vietato dell'intesa. Esso è essenziale alla realizzazione degli effetti della stessa. È tale il contratto attuativo che raggiunge e esplica il risultato vietato dalla legge *antitrust*: esso – in concreto – limita o elude la possibilità di libera scelta da parte del consumatore.

La previsione del solo risarcimento del danno sarebbe meramente retorica. Non comminare la nullità dell'intesa significherebbe considerare il contratto a valle come una circostanza negoziale distinta dalla “cospirazione anticompetitiva”, estranea al carattere illecito di questa. L'illiceità dell'intesa, invece, si ripercuote irrimediabilmente sul contraente, cagionando un presunto aumento dei costi per l'acquisto del bene o del servizio; la possibilità di scelta del cliente – operatore nel mercato concorrenziale, libero e aperto – è un “interesse pubblico rilevante” concreto e attuale per l'ordinamento giuridico. La dottrina prevalente è, peraltro, concorde con l'interpretazione della Corte di cassazione, che ha qualificato il diritto alla concorrenza come un diritto soggettivo, anche se vi sono orientamenti che si discostano da questa impostazione. Si ritiene tuttavia che la tutela concreta – in analogia ai contratti consumeristici – non può che consistere nel far dichiarare nullo il contratto *ex art.* 1343 c.c., a fini protettivi.

In particolare, gli studiosi che affrontano la problematica da un punto di vista di “divieto di risultato”, tipico dell'analisi economica del diritto, hanno sostenuto – nonostante numerosissime critiche – che il meccanismo rimediabile più efficiente, a fronte delle violazioni delle regole di comportamento gravanti sugli intermediari finanziari, sarebbe quello della nullità e della conseguente tutela restitutoria.

Pertanto, in tale ottica, la ripetizione dell'indebito (che può – verosimilmente – identificarsi nei sovra-costi dovuti all'intesa), allocherebbe il rischio economico e giuridico in capo alla banca che ha, in concreto, causato il pregiudizio all'operatore contraente.

Una siffatta ricostruzione, secondo illustre dottrina, sarebbe il corollario della funzione compensativa e deterrente contro fenomeni anticoncorrenziali idonei sia a pregiudicare il singolo risparmiatore, sia a turbare la corretta funzionalità del mercato.

---

(41) P. Carriere, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, in <www.diritto-bancario.it>, 20 agosto 2018; Trib. Milano 20 maggio 2021, in <www.dirittoelrisparmio.it>, ove si rileva che la stipulazione dei contratti di garanzia fideiussoria attenzionati collocata successivamente al provvedimento n. 55.2005 di Banca d'Italia (come noto, di censura delle clausole di cui ai nn. 2, 6 e 8 del modello Abi), parte attrice fosse onerata dall'allegazione degli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali quello della perdurante esistenza, all'epoca della sottoscrizione dei contratti *de quibus*, dell'intesa illecita; tale onere, pur tuttavia, deve ritenersi scientemente attenuato, nel giudizio *antitrust*, in precipua considerazione della ontologica asimmetria informativa intercorrente tra singolo cliente e istituto asseritamente compartecipe dell'intesa restrittiva (e, quindi, autore dell'illecito). In tal senso, App. Brescia 21 giugno 2019; Trib. Imperia 14 maggio 2020, n. 238, in <www.studiolegale.leggiditalia.it>; App. Bari 15 gennaio 2020, n. 45, in <www.ilcaso.it>; Trib. Salerno, Sez. I, 19 agosto 2020, in *Contratti*, 2021, 175, con nota di R. Massarelli, *La nullità delle fideiussioni omnibus*, cit. Cfr. anche Trib. Roma 24 febbraio 1997, in *Banca, borsa ecc.*, 1999, II, 256, con nota di R. Pennisi; *contra*, Trib. Alba 12 gennaio 1995, cit., che afferma che la tipicità dei contratti bancari escluderebbe l'ipotesi di illiceità della causa; Cass. 26 settembre 2019, n. 24044. In tal senso anche App. Brescia 29 gennaio 2019, n. 161; Trib. Mantova 16 gennaio 2019, in <www.ilcaso.it>; Cass. n. 9384/2003, cit. In tema, Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901; 20 giugno 2011, n. 13486, *ivi*, 2011, I, 2674; 2 febbraio 2007, n. 2305, con cui la Corte ribadisce che “il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori”. La Corte, nella stessa sentenza, richiama Corte giust. 13 luglio 2006, la quale stabilisce che “è compito del giudice nazionale valutare se considerare come inizio della decorrenza della prescrizione il giorno in cui è stata posta in essere l'intesa renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito”.

Nell'ambito delle numerose pronunce giurisprudenziali di merito, tra quelle favorevoli alla tesi della nullità totale del contratto di fideiussione, si segnalano in particolare: Trib. Roma 26 luglio 2018 e, più recentemente, Trib. Terni 20 novembre 2020, in <www.ilcaso.it>, il quale ha affermato che il contratto di fideiussione costituisce la concretizzazione “a valle” delle intese convenute “a monte”, in violazione dell'art. 2 della normativa *antitrust*, sulla cui scorta è inevitabile che l'intero contratto “a valle”, costituendo il frutto di quella violazione, debba essere dichiarato nullo. Così anche Trib. Santa Maria Capua Vetere 13 ottobre 2020, *ivi*; Trib. Matera 6 luglio 2020, *ivi*; Trib. Trapani 1 luglio 2020, in <www.fideiussioninulle.it>.

Tale teoria basata sull'analisi economica del diritto è, tuttavia, assai criticata in dottrina. Secondo una opposta ricostruzione, essa prenderebbe le mosse da un assunto del tutto erroneo, secondo il quale il perseguimento dell'obiettivo dell'efficienza economica e dell'ottimo paretiano sarebbe un valore intrinseco e fatto proprio dall'ordinamento sistematicamente.

Ulteriore critica mossa è quella per cui il rimedio della nullità sarebbe anelastico e, pertanto, inidoneo a compensare le distinte situazioni giuridiche soggettive che – in concreto – vengono in gioco. Ben più compatibile a livello di efficienza del sistema del diritto civile, sarebbe proprio lo strumentario dell'azione risarcitoria: in tale ottica, si rifuggirebbe dall'automatismo dell'effetto restitutorio (42), inteso come mera conseguenza della declaratoria di nullità del contratto.

I sostenitori della teoria (43) che nega la configurabilità del rimedio della nullità, inoltre, affermano che la funzione risarcitoria, consente di commisurare al meglio – rispetto alla situazione concreta – la tutela della parte stipulante l'intesa.

La tutela risarcitoria, dunque, diverrebbe l'unico strumento per evitare l'automatismo restitutorio della nullità, effetto considerato deleterio anche in altre branche del diritto.

Diversamente opinando, ad esempio, si porrebbe nel nulla la rilevanza della valutazione, in concreto, del comportamento colposo del danneggiato (*ex art. 1227, c. 1, c.c.*), della evitabilità del pregiudizio o, ancora, dell'eventuale *compensatio lucri cum damno* occorsa in occasione del rapporto contrattuale (art. 1223 c.c.).

Tanto premesso in punto di ricostruzione dei diversi orientamenti, si ritiene maggiormente condivisibile la tesi per cui la posizione della parte lesa dall'intesa è assimilabile – in via analogica – a quella del consumatore. La parte

(42) Non può con citarsi come precedente Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Corriere giur.*, 2020, 5, con nota di C. Scognamiglio, *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*. Secondo l'A., la giurisprudenza, in tale sentenza, in tema di nullità della *species* selettiva, riduce la questione (della risolubilità e) della nullità selettiva a un giudizio di comparazione sugli investimenti complessivamente eseguiti: se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superano il pregiudizio accertato per l'investitore, l'effetto paralizzante dell'eccezione è integrale; ove invece si determina un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto impeditivo opera nei limiti del vantaggio conseguito con detti investimenti. Sulla nullità derivata del c.d. contratto di fideiussione "a valle" per violazione della normativa *antitrust*, cfr. Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, 152, e, più recentemente, Cass. 15 giugno 2019, n. 21878. Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito si pone Trib. Salerno 3 febbraio 2020, in <www.contenzioso-bancario.it>. La tesi della nullità derivata del contratto "a valle" non è invece condivisa da Trib. Treviso 13 agosto 2019, in <www.dirittodelrisparmio.it>, atteso che l'art. 2, c. 2, l. n. 287/1990 si riferisce alle intese tra "imprese" tra di loro in concorrenza, nulla disponendo circa le sorti dei rapporti commerciali tra una di queste imprese e contraenti terzi. In senso conforme a quest'ultima pronuncia di merito Trib. Napoli 28 febbraio 2019, in <www.expertcreditoris.it>; Trib. Busto Arsizio 26 maggio 2020, in <www.ilcaso.it>, e, in modo ancora più marcato, Trib. Treviso 26 luglio 2018, in <www.iusexplorer.it>, nell'affermare che nei contratti di fideiussione non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema Abi nella contrattazione con i terzi. Sull'onere di dimostrare il carattere uniforme dell'applicazione della clausola conforme agli artt. 2, 6 e 8 dell'intesa Abi contenuta nel contratto di garanzia stipulato "a valle" e contrastante con l'art. 2, c. 2, lett. a), della legge *antitrust*: Cass. 28 novembre 2018, n. 30818, in *Nuova giur. civ.*, 2019, I, 517, con nota di G. Calabrese, *Fideiussione omnibus a valle*, cit. Cfr. anche Trib. Roma 26 luglio 2018, cit., richiamando la già citata Cass. n. 29810/2017: "la legge *antitrust* detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari tutti i soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo dello stesso; e quindi proprio tale interesse risulta violato quando viene eluso il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, per cui il consumatore ha diritto a far valere la nullità del contratto a valle"; App. Bari 21 marzo 2018: "Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche [lo schema predisposto dall'Abi] rispetto alla normativa *antitrust* vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative. [...] Secondo il Supremo Collegio, la violazione dell'art. 2 della legge *antitrust*, consumatasi a monte nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati a valle in conformità allo schema, giacché questi costituiscono lo sbocco sul mercato dell'intesa illecita. [...] Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l'illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla B.I."; Trib. Belluno 31 gennaio 2019, in <www.altalex.com>, con nota di F. Toschi Vespasiani, *La conferma del Tribunale di Belluno: nulle la fideiussione bancaria redatta su schema Abi*: "L'illecito anticoncorrenziale consumato con lo schema Abi, non può che travolgere con la nullità il negozio concluso a valle, per la violazione dei principi della legge *antitrust* in quanto il cosiddetto contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa a monte vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, con la lesione del diritto del consumatore finale a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza".

(43) Cfr. Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, in <www.studiolegale.leggiditalia.it>. Il provvedimento in esame è l'ultimo atto di una vicenda iniziata con: Cass. n. 24044/2019, cit.; Trib. Milano 23 gennaio 2020, n. 610, in <www.giuricivile.it>; Trib. Brescia 23 giugno 2020, n. 1176, in <www.dirittodelrisparmio.it>; Cass. n. 29810/2017, cit.; Cass., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846; Trib. Salerno 5 febbraio 2020, n. 480; App. Bari n. 45/2020, cit.; Cass. 15 gennaio 2020, n. 525, in <www.studiolegale.leggiditalia.it>; Trib. Treviso 26 luglio 2019, n. 1623, *ivi*, secondo cui la previsione che "Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto" sarebbe pleonastica. In tal senso, cfr. anche Trib. Salerno 19 agosto 2020, cit. Molteplici sono anche le pronunce di merito che sostengono invece la tesi della nullità parziale del contratto di fideiussione stipulato "a valle", tra le quali, senza alcuna pretesa di esaustività e a mero titolo esemplificativo, si ricordano alcune delle più recenti e significative: Trib. Roma 3 maggio 2019, in *Giur. it.*, 2020, 359; Trib. Pesaro 31 gennaio 2019, in <www.fideiussioninulle.it>; Trib. Padova 29 gennaio 2019, in <www.ilcaso.it>; Trib. Ancona 14 dicembre 2018, in <www.expertcreditoris.it>, secondo cui la nullità riferita ai contratti di fideiussione stipulati "a valle" in cui si riproducono le clausole Abi non può che essere parziale, e, dunque, riguardare le sole clausole indicate come contrarie alla normativa *antitrust*.

contraente, pertanto, sarebbe legittimata a proporre le azioni previste dal comma secondo dell'art. 33 della l. n. 287/1990, nonostante la sua estraneità all'intesa anticoncorrenziale. Nondimeno, ciò è desumibile sulla scorta di una interpretazione teleologica della menzionata norma. (c.d. *ratio* di tutela e di protezione), che è immanente in tutto il sistema delle disposizioni della legge *antitrust*, assieme alla finalità di assicurare il libero gioco della concorrenza (44). Tali finalità, invero, devono considerarsi come due volti della stessa medaglia. Non può assicurarsi l'una senza promuovere la seconda. Sulla scorta di quanto suesposto, le Sezioni unite affermano – anche sulla base di una lettura sistematica e combinata del codice civile e della l. n. 287/1990 – il concorso tra la tutela risarcitoria e l'azione di nullità in capo alla parte lesa. Essa, pertanto, sarà ritenuta proponibile non soltanto nei confronti dell'intesa, ma anche nei confronti dei contratti c.d. a valle.

Pare fondamentale, a parere di chi scrive, tuttavia, ribadire che lo strumentario rimediabile applicabile ai contratti “a valle” non riguarda solo i contratti dei consumatori.

Esso, al contrario, è applicabile a qualunque soggetto che operi sul mercato, purché il rapporto contrattuale – da cui scaturiscono e di cui sono espressione i contratti a valle – sia espressivo, in concreto, di una violazione delle norme di matrice pubblicistica e inderogabile della concorrenza. Solo in tal modo – secondo l'opinione di chi scrive – potrà essere assicurata al fideiussore una tutela concreta e attuale, non già “fallace”.

##### 5. La clausola di up front dei derivati sottoscritti dagli enti locali: natura giuridica e profili problematici

Come noto, i contratti derivati stipulati dagli enti locali interessano molteplici discipline, cioè quelle afferenti ai mercati finanziari, all'ordinamento civile e al coordinamento della finanza pubblica; con l'inevitabile effetto che il contenzioso relativo a tale tipologia contrattuale ha investito diverse autorità giudiziarie: civile, amministrativa e contabile, le cui pronunce hanno dato luogo ad orientamenti contrastanti, rendendo ancor più complessa la questione (45).

Tanto premesso in via generale, occorre premettere brevi cenni sui contratti derivati. Gli *swap*, come i *future* e le *option*, sono contratti derivati. I contratti derivati (46) sono contratti il cui valore “deriva” dall'andamento del valore di un'attività sottostante (c.d. *underlying asset*), ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente. I derivati sono contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa, ecc. Il loro valore, dunque, varia in connessione all'andamento degli elementi sottostanti.

Sono strumenti utilizzati, principalmente, per finalità di copertura o anche di *hedging*: i derivati possono assolvere una funzione protettiva da uno specifico rischio di mercato; o per finalità speculativa: consiste nell'“acquisto” di un rischio al fine di trarne un profitto; o, ancora, finalità di arbitraggio: consiste nell'operazione diretta al conseguimento di un profitto tramite l'acquisto dei prodotti su un mercato e la rivendita su un altro.

Il legislatore italiano, sebbene abbia predisposto una disciplina dettagliata per i valori mobiliari (art. 1, c. 1-bis, Tuf) e per gli strumenti finanziari (art. 1, c. 2, Tuf), non offre una definizione di contratti derivati, ma si limita ad elencare determinati contratti, lasciando all'interprete il compito della *reductio ad unum*, laddove possibile.

Per quanto riguarda gli *swap*, nel silenzio di una definizione normativa, occorre partire dal dato semantico. Il termine “*swap*”, dal punto di vista etimologico, deriva dal verbo inglese “*to swap*” che letteralmente si traduce “scambiare

(44) Trib. Salerno n. 480/2020, cit.: «l'invalidità dell'intesa “a monte” tra istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estende in via derivata al contratto di garanzia “a valle”, stipulato tra la singola banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l'intesa “a monte”, ancorché conclusa tra soggetti diversi da quelli che stipuleranno il contratto “a valle”, ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia [...] qualsiasi forma di distorsione della competizione del mercato (che rappresenta un valore costituzionale ai sensi dell'art. 41 Cost., dunque espressione di un interesse generale), in qualunque modo posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l'accertamento della violazione dell'art. 2 della normativa *antitrust*, per cui è inevitabile concludere che l'intero portato, a valle di quella distorsione, debba essere assoggettato alla sanzione della nullità. [...] Alla luce di quanto innanzi esposto, dunque, consegue che la fideiussione conclusa da [...] con la banca convenuta è affetta da nullità totale per essere in contrasto con il disposto dell'articolo 2 della l. n. 287 del 1990».

(45) Soluzioni divergenti si registrano nella giurisprudenza ordinaria, tanto contabile quanto amministrativa. In particolare, un primo orientamento – qualificando lo *swap* come “come strumento di gestione del debito” – esclude che possa determinare una forma di indebitamento. Esso, infatti, avrebbe non già lo scopo di “produrre debito”, ma di ottenere un “guadagno” con cui “pagare i debiti altrimenti contratti e coprirne così il rischio”. Parimenti, la previsione di un *up front* non altererebbe tale scopo, costituendo una mera anticipazione di denaro e non già di credito e rileverebbe, dunque, come una entrata straordinaria idonea ad esser impiegata per spese correnti (in tal senso cfr. Trib. Bologna 14 dicembre 2009, n. 5244, in *Giur. comm.*, 2011, 189, con nota adesiva di F. Caputo Nassetti, *Contratto swap con ente pubblico territoriale con pagamento up front*; Corte Conti, Sez. giur. reg. Sicilia, 7 agosto 2006, n. 2376, in *Finanza loc.*, 2007, 4, 107, con nota di A. Lupi, *Il contratto di swap nella sentenza n. 2376 del 7 agosto 2006 della Sezione regionale Sicilia*, la quale ha escluso che la percezione delle somme a titolo di *up front* da parte dell'ente locale integri indebitamento, rilevando come con lo *swap* si provveda alla sostituzione di un tasso variabile ad uno fisso. V. anche Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2017, n. 3174, in <www.lagazzetta-deglientilocali.it>, secondo cui lo *swap* si colloca al di fuori dello schema del bilancio annuale e pluriennale

(46) U. Morera, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa ecc.*, 2008, I, 163; A. Musio, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Teoria e storia dir. priv.*, 2010, 3, 12; S. Nardi, *Nullità del contratto e poterdovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 155; M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308; S. Pagliantini, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite “Eppur si muove”?*, in *Contratti*, 2012, 874; Id., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit.; Id., *Rilevanza officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... A mò di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113.

qualcosa con qualcos'altro". Lo *swap* è infatti un contratto con il quale due controparti si accordano per scambiarsi somme di denaro (più comunemente la differenza tra queste ultime) a date certe. I pagamenti possono essere espressi nella stessa valuta o in valute differenti ed il loro ammontare è determinato in relazione ad un sottostante. Gli *swap*, inoltre, sono contratti Otc (*over the counter*), ovvero prodotti non negoziati sui mercati regolamentati: "come per molti derivati, soprattutto quelli Otc, lo *swap* non ha le caratteristiche intrinseche degli strumenti finanziari, e particolarmente non ha la c.d. negoziabilità, cioè quella capacità di rappresentare una posizione contrattuale in forme idonee alla circolazione, in quanto esso tende a non divenire autonomo rispetto al negozio che lo ha generato. Inoltre, benché siano stipulati nell'ambito della prestazione del servizio di negoziazione per conto proprio, ex art. 23, comma 5, Tuf, nei derivati Otc l'intermediario stipula un contratto (con il cliente) ponendosi quale sua controparte".

#### 6. Il contratto di interest rate swap: tra atipicità ed aleatorietà

Sia in giurisprudenza sia nella scienza giuridica è molto discussa la validità di questo contratto, che in epoca recente ha ottenuto una grande diffusione: la descritta dinamica di scambio tra le prestazioni future è stata impiegata in funzione della gestione di diversi rischi finanziari. Innanzitutto, occorre porre a mente gli elementi fondamentali di un *interest rate swap* e che andranno definiti in sede di negoziazione del contratto. Secondo una recente e chiara pronuncia di merito, questi sono: 1) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); 2) il capitale di riferimento, detto "nozionale" (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti e serve unicamente per il calcolo degli interessi; 3) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); 4) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; 5) le date di pagamento (*payment dates*), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; 6) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale.

Ai fini della presente ricerca, è indifferente stabilire se le parti si siano vincolate al reciproco pagamento delle somme dei prodotti o se, invece, si siano accordate per la liquidazione della differenza tra la somma prodotta dall'applicazione dei diversi interessi rispetto ad un medesimo capitale. Ciò che conta è che le parti si siano accordate rispetto ad uno scambio di obbligazioni pecuniarie future determinate sulla base di un diverso tasso di interesse.

L'*interest rate swap* è tipicamente un derivato c.d. *over the counter*. Esso è quindi un contratto in cui gli aspetti fondamentali sono definiti dalle parti e il contenuto non è etero regolamentato (come, invece, accade per gli altri derivati, c.d. standardizzati o uniformi). È uno strumento finanziario rispetto al quale "l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente". Il descritto schema negoziale – noto appunto come *interest rate swap* – è conosciuto dal nostro legislatore, che definisce il relativo contratto nei termini di uno strumento finanziario derivato complesso (art. 1 Tuf). Oltre a una tale indicazione, che ha l'effetto di inserire lo *swap* tra quegli strumenti finanziari il cui scopo primario non è la circolazione (appunto, i derivati), il legislatore non dice altro. Pertanto, in assenza di una disciplina specifica, l'*interest rate swap* è da considerarsi come un contratto (nominato ma) atipico. Questa caratteristica, come noto, di per sé non ne inficia la validità: «una volta individuata l'intenzione comune delle parti del contratto, il passaggio successivo è la sussunzione del negozio in un paradigma disciplinatorio, così da apprezzarne l'aderenza (magari anche solo parziale e/o secondo schemi combinatori) con una fattispecie astratta, tra quelle preventivamente delineate dal legislatore oppure conformate dagli usi e dalle prassi commerciali, sebbene il contratto possa anche non coincidere affatto con il "tipo" e mantenere, come tale, la sua vocazione ad essere "legge tra le parti", ove sia diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ. In siffatta prospettiva, la qualificazione del contratto ha la funzione di stabilire quale sia la disciplina in concreto ad esso applicabile, con le relative conseguenze effettuali».

Di tale accordo è riconosciuta la natura aleatoria, non senza eccezioni. La giurisprudenza, in particolare, muove in tal senso sulla base di due considerazioni. Innanzitutto, essa richiama le autorevoli definizioni costruite dalla Cassazione in tema di *domestic currency swap* e della Consulta in punto di contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati (47). Inoltre, la giurisprudenza in parola desume il carattere dell'aleatorietà dal dato normativo (l'art. 23, c. 5, del Tuf statuisce che "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a, non si applica l'articolo 1933 del codice civile"). L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco. Peraltro, come reso evidente da questo passaggio normativo, l'aleatorietà dello *swap* nulla ha da dire in punto di validità dell'accordo di scambio concluso con un intermediario professionista, così che, attesa la sua natura aleatoria, un contratto di *interest rate swap* non possa essere risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

(47) L'art. 1, c. 572, l. 27 dicembre 2013, n. 147, ha espressamente vietato agli enti locali di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati o qualunque altro contratto di finanziamento che includa una componente derivata, nonché di procedere alla rinegoziazione dei contratti derivati in essere. Rimane ammessa "la possibilità di ristrutturare il contratto derivato a seguito di modifica della passività alla quale il medesimo contratto è riferito, esclusivamente nella forma di operazioni prive di componenti opzionali e volte alla trasformazione da tasso fisso a variabile o viceversa e con le finalità di mantenere la corrispondenza tra la passività rinegoziata e la collegata operazione di copertura".

Dunque, né l'atipicità né l'aleatorietà escludono la validità del contratto di *interest rate swap*. Ciò non di meno, proprio a partire da queste caratteristiche la giurisprudenza ha ricostruito le coordinate in cui muove la efficacia del contratto di *interest rate swap* sottoscritto dal cliente con l'intermediario.

In particolare, verificando la meritevolezza dell'interesse (art. 1322 c.c.) sotteso allo specifico contratto atipico di *interest rate swap*, una parte della giurisprudenza di merito ha escluso che l'Irs che sia "insuscettibile di recare un apprezzabile pregiudizio a un contraente, esponendo viceversa – solamente – l'altro contraente al rischio di oscillazione dei mercati in misura notevole" possa superare il vaglio di meritevolezza (48) che il diritto contrattuale generale richiede a condizione di validità dell'accordo atipico.

Posto che i derivati sottoscritti dagli enti locali possono avere la sola finalità di copertura, va da sé che i relativi contratti dovranno fare espressa menzione, nell'oggetto, anche dei rapporti debitori sottostanti. Tra questi ultimi e i derivati, infatti, vi è uno stretto collegamento negoziale, desumibile già implicitamente dall'art. 41 della l. n. 448/2001 ed esplicitamente dall'art. 3, c. 2, lett. f), del d.m. n. 389/2003, secondo cui sono consentite altre operazioni derivate, rispetto a quelle del medesimo articolo, "finalizzate alla ristrutturazione del debito solo qualora non prevedano una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività"; ed ancora, dal successivo comma 3, ove si legge che "le operazioni derivate sopra menzionate sono consentite esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute". Infine, dall'art. 1, c. 736, della l. n. 296/2006, in base al quale "gli enti possono concludere tali operazioni solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute, avendo riguardo al contenimento dei rischi di credito assunti". Infatti, solo attraverso la corretta indicazione del debito sottostante si può verificare l'obiettiva rispondenza del derivato alla durata del debito predetto e, quindi, la sua finalità di copertura (49). Diversamente, in mancanza di tale indicazione, il derivato finirebbe per essere disfunzionale al suo originario scopo di copertura; la sua funzione è quella di riduzione degli oneri finanziari legati all'indebitamento già contratto e di diminuzione dei rischi ad esso legati. Un secondo orientamento, invece, considerando lo *swap* come scommessa lecita autorizzata, lo qualifica quale forma di indebitamento "attuale o potenziale" per l'ente pubblico, indipendentemente dal versamento in concreto di un *up front*. Quanto all'incidenza causale del pagamento del premio in favore dell'ente, tale orientamento argomenta nel senso della sua qualifica come forma atipica di indebitamento; esso andrebbe perciò impiegato solo per sostenere spese d'investimento e mai per coprire spese correnti, anche considerando che l'importo erogato "se non integralmente, per lo meno in parte dovrà essere restituito all'operatore finanziario" (50). Sovente, il giudice amministrativo è stato altresì interpellato sulla legittimità dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di provvedimenti che costituivano il presupposto che aveva legittimato la conclusione del contratto derivato da parte dell'ente locale. Problema peculiare del caso è quello di garantire un rischio finanziario non concretamente provato, con l'effetto che assumerebbe i tratti di una pura scommessa, vietata all'ente locale (51). Ne deriva che la mancata indicazione del rapporto debitorio sottostante non consente l'esatta determinazione/determinabilità dell'oggetto contrattuale ex art. 1346 c.c. e, conseguentemente, l'individuazione della causa tipica del derivato stipulato dall'ente locale. Non a caso la rilevanza del suddetto collegamento negoziale anche sotto il profilo causale è stata, da tempo, prospettata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza contabile (52): infatti, il venir meno dei rapporti debitori sottostanti priva lo *swap* della sua funzione di copertura e quindi, in definitiva,

(48) Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770, in questa *Rivista*, 2020, 4, 300, con nota di A. Mazzieri, *I requisiti di validità dei contratti Irs stipulati dagli enti locali*, annotata da A. Bartalena, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore tradito*, in *Società*, 2020, 1116; G. Befani, *Interest rate swap e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei "derivati pubblici" alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*, in *Contratti*, 2020, 539; G. Calabrese, *Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato Irs*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 1092; F. Pistelli, *La scommessa irrazionale dell'ente locale. Nota a Cass. 8770/2020*, in <www.personaemercato.it>, 2020. La questione è stata sollevata con ordinanza di remissione Cass., Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 493, in *Giur. it.*, 2020, 71, con nota di D. Imbruglia, *Derivati, up front ed enti locali: la parola alle Sezioni Unite*; G. della Cananea, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 2021, 533.

(49) Sul punto, cfr. App. Bologna 11 marzo 2014, n. 734, in <www.finanzaderivata.it>, secondo cui "In nessuno dei tre Irs (e/o negli amministrativi presupposti) vi è un riferimento di una qualche serietà ai mutui sottostanti in relazione ai quali gli stessi sarebbero stati contratti [...] La conseguenza è [...] che dai contratti o dagli atti amministrativi presupposti [...] non emerge in alcun modo la loro effettiva causa concreta (funzione economico sociale anche normativamente predeterminata), di cui quindi non è dimostrata l'esistenza, così come di un oggetto avente i requisiti di cui all'art. 1346 c.c."

(50) In tal senso, v. App. Bologna n. 734/2014, cit.; Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596, in *Dir. e pratica amm.*, 2007, 19.

(51) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, in <www.osservatorioentilocali.it>, il quale ha ritenuto legittimo il successivo esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti *de quibus*, specie dove venga in evidenza la mancanza di convenienza economica e non la mera volontà di sottrarsi ai vincoli negoziali.

(52) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 596/2007, cit., secondo cui: "Il profilo assume essenziale rilevanza nei contratti stipulati dagli enti pubblici. Per questi enti, e in particolare per gli enti territoriali, il collegamento funzionale in quanto espressamente previsto dalla legge o in quanto connaturato con la natura degli enti pubblici entra nella causa giuridica del negozio, perché elemento oggettivo dello stesso previsto dalla legge. Ne consegue che per detti enti la mancata funzionalizzazione del contratto all'andamento dei rischi di mutui stipulati dall'ente si riflette sulla causa genetica dei contratti di *swap*"; Sez. contr. reg. Molise, 23 luglio 2009, n. 34, secondo cui "l'operazione deve essere sempre riferita ad un sottostante debito con il quale sussiste un collegamento funzionale che, in quanto espressamente previsto dalla legge e collegato alla natura degli enti pubblici, penetra nella causa del negozio giuridico. La mancata funzionalizzazione del contratto all'andamento dei rischi scaturenti da mutui stipulati dall'ente si riflette, pertanto, sull'aspetto genetico del contratto di *swap* di tasso di interesse, viziandolo irrimediabilmente".

della sua causa tipica. A fronte del variegato panorama giurisprudenziale, caratterizzato da forti dissensi tra le diverse autorità giudiziarie interpellate, la Prima Sezione della Suprema Corte, investita della questione (53), ha ritenuto opportuno rimettere la causa al primo presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite.

Chiarito che lo *swap* sottoscritto dall'ente locale è un contratto che si caratterizza per la tipicità della causa e dell'oggetto, occorre ora verificare se detta tipicità venga meno laddove si preveda una clausola di *up front*. A tal fine, preliminarmente, è necessario individuare la natura giuridica della predetta clausola. Come già anticipato, infatti, la questione da dirimere è quella di stabilire se il premio di liquidità versato a favore dell'ente locale, al momento della conclusione del contratto o in sede di rinegoziazione, possa assumere i tratti di un finanziamento e quindi di un "indebitamento", con rilevanti conseguenze in ordine alla disciplina pubblicistica da applicare. Invero, nonostante la Corte costituzionale abbia chiarito che le nozioni di investimento e di indebitamento non possono essere determinate *a priori* e in modo univoco, occorre comunque prendere le mosse di indebitamento dell'ente pubblico, desumibile non già dalla normativa civilistica bensì da quella pubblicistica, secondo la quale costituiscono "indebitamento" tutte quelle attività di reperimento di risorse finanziarie che concorrono, effettivamente o potenzialmente, a determinare il "disavanzo" dell'ente.

È proprio sulla scorta della definizione che precede, dunque, che bisogna indagare se la previsione *ab origine* di una clausola di *up front* determini indebitamento per l'ente locale. Vale la pena di ricordare, infatti, che già la normativa finanziaria *ante* MiFid stabiliva che, alla conclusione del contratto, il valore del derivato doveva essere pari, nel senso che il valore dello *swap* fosse sempre nullo. In sostanza, al momento della stipula «i contraenti devono concordare sul fatto che la somma algebrica attualizzata dei flussi positivi e negativi e del valore delle opzioni scambiate deve essere pari a zero: le parti stanno facendo "scommesse" sul futuro e, almeno in qualche momento, devono pur possedere le stesse informazioni e possibilità di guadagno».

Diversamente, nell'ipotesi in cui lo *swap* sottoscritto sia *ab origine* non par, presentando un valore di mercato negativo per una parte contrattuale «poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato, l'equilibrio finanziario viene ripristinato mediante la corresponsione di una somma di denaro dal contraente avvantaggiato a quello svantaggiato, pari al valore di mercato del derivato. Infatti, la funzione astratta della clausola di *up front* sarebbe proprio quella di "consentire" all'ente locale "una gestione efficiente della sua liquidità", come esplicitamente suggerito da alcune indicazioni della Corte dei conti, laddove si evidenzia che, proprio grazie alla predetta clausola, "l'ente, nel periodo iniziale del contratto, incasserà un flusso netto di risorse", finalizzato "ad evitare operazioni volte puramente a soddisfare esigenze di liquidità"».

Nella prassi, tuttavia, così non è. L'*up front*, infatti, concretamente altro non è che una somma di denaro, certa e determinata, corrisposta all'ente locale alla conclusione del contratto, quale corrispettivo del deterioramento delle condizioni di equilibrio contrattuale e che va comunque restituita all'intermediario: essa, dunque, rappresenta il mezzo occulto di restituzione del finanziamento. D'altro canto, non potrà negarsi che sussista una forma di rimborso a favore dell'intermediario finanziario, per la mera circostanza che nel contratto non viene esplicitato il meccanismo del rimborso stesso. Al contrario, la restituzione «è contrattualmente prevista mediante l'obbligo dei pagamenti che in futuro il percettore dell'*up front* dovrà fare e che, al netto dei pagamenti che pure in futuro il medesimo è previsto che dovrà ricevere, ammortizzeranno, restituendolo, l'importo *up front* ricevuto all'apertura del contratto. In conclusione, il premio anzidetto, una volta versato dalla banca, viene sempre restituito dall'ente locale, sia pure sotto forma di costi occulti od impliciti dell'operazione posta in essere dai contraenti. Tale peculiarità ha sovente indotto il Giudice contabile a considerare simili operazioni come sostanzialmente analoghe a quelle di un mutuo. In particolare, in una pronuncia della Corte dei conti, a proposito della clausola di *up front* si legge: "Innanzitutto, la previsione dell'erogazione di tale importo che, se non integralmente, per lo meno in parte dovrà essere restituito all'operatore finanziario in sede di

(53) Il riferimento è Cass., Sez. I, n. 493/2019, cit. La vicenda processuale, oggetto del provvedimento *de quo*, trae origine dalle domande avanzate dal Comune di Cattolica nei confronti di Bnl s.p.a., volte alla declaratoria della nullità o all'annullamento o all'accertamento dell'inefficacia sopravvenuta, ex d.m. n. 389/2003, di tre *interest rate swap* conclusi tra le parti, rispettivamente, in data 15 maggio 2003, 1° dicembre 2003 e 22 ottobre 2004. L'ente locale chiedeva altresì la condanna della banca alla restituzione dei pagamenti ex art. 2033 c.c., o in subordine al risarcimento del danno da qualificarsi in relazione ai "differenziali negativi attesi". Il tribunale adito rigettava le domande di parte attrice, che proponeva appello. La Corte d'appello di Bologna accoglieva l'impugnazione proposta dall'ente locale, ritenendo fondata la doglianza secondo la quale i contratti di *swap*, in particolare quelli contenenti, *ab origine*, clausole di *up front*, rappresenterebbero forme d'indebitamento per l'ente locale, stante la loro innata aleatorietà. Il giudice d'appello, inoltre, pur rilevando che la norma che per prima ha qualificato l'*up front* come indebitamento fosse successiva ai contratti oggetto di causa, ha affermato che, anche prima della sua entrata in vigore, nulla vietava di interpretare i suddetti negozi in tal senso. La Corte evidenziava poi che nessuno dei contratti in esame contenesse il c.d. "*mark to market*" (ovvero il valore attuale dei contratti al momento della loro stipula), elemento, che secondo una consolidata giurisprudenza di merito sarebbe essenziale e integrante la causa tipica degli *swap*, per cui andrebbe necessariamente esplicitato. La Corte accoglieva, poi, la posizione del comune relativamente alla necessità che le delibere di richiesta degli *swap* fossero di competenza del consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42 Tuel, essendo queste impegnative dei bilanci per gli esercizi successivi. Da ultimo, il giudice del gravame rilevava la mancanza, nei tre negozi oggetto del contendere, di un riferimento puntuale ai mutui sottostanti relativamente ai quali i contratti erano stati stipulati. La Corte d'appello di Bologna riformava pertanto la sentenza di prime cure, pronunciando declaratoria di nullità e inefficacia dei contratti oggetto di domanda giudiziale per difetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c., e disponendo la reciproca ripetizione delle somme corrisposte da ciascuna parte all'altra sino al 30 gennaio 2010, con annessi interessi da calcolarsi dal giorno di proposizione della domanda giudiziale. Avverso la pronuncia *de qua* proponeva ricorso per cassazione la banca, a cui resisteva il comune anche mediante ricorso incidentale condizionato.

regolazione dei rispettivi flussi configura un finanziamento all'ente che, pertanto, sia nell'utilizzo che nella classificazione in bilancio deve tenere conto del disposto dell'art. 119 Cost. Si tratta di una forma di indebitamento la cui regolazione è demandata ad elementi futuri, incerti nella loro dimensione finanziaria, che, comunque, dovranno essere tenuti presenti al momento di allocare in bilancio i proventi derivanti da eventuali plusvalenze. Pertanto, questo importo non può essere utilizzato per finanziare la spesa corrente ma solo per quella di investimento, peraltro previa costituzione di un apposito fondo per far fronte agli eventuali pagamenti che l'ente potrebbe essere tenuto ad effettuare in favore dell'intermediario finanziario, ove la situazione dei tassi evolvesse negativamente per l'ente. [...] A livello di bilancio dell'ente l'anticipazione deve essere allocata al titolo IV, quale forma atipica di indebitamento, come risulta stabilito anche dai Principi contabili stabiliti dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali del Ministero dell'interno». Anche la giurisprudenza di merito ha avuto occasione di stigmatizzare la funzione dell'*up front*, quale indicatore della presenza di un rischio finanziario connaturato alla struttura del rapporto: "l'*up front* costituisce un pagamento immediato a favore del cliente in ragione dell'accettazione di un rischio maggiore perché tale *up front* rappresenta il pagamento del costo implicito del contratto" (54).

A fronte del variegato panorama giurisprudenziale, caratterizzato da forti dissensi tra le diverse autorità giudiziarie interpellate, la Prima Sezione della Suprema Corte, investita della questione, ha ritenuto opportuno rimettere la causa al primo presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, c. 2, c.p.c.

Ciò, al fine precipuo "di evitare, per il futuro, che le pronunce assunte dalla Prima Sezione della Corte di legittimità marchino oscillazioni su di un tema, di fondamentale rilievo per gli interessi degli enti locali e degli intermediari bancari e finanziari, che è già segnato dai richiamati dissensi". Precisamente, alle Sezioni unite sono state rimesse le seguenti questioni: "se lo *swap*, in particolare quello che preveda un *up front* – e non sia disciplinato *ratione temporis* dalla l. n. 133/2008, di conversione del d.l. n. 112/2008, costituisca per l'ente locale un'operazione che generi un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, a norma dell'art. 30, comma 15, l. n. 289/2002; se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al consiglio comunale implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, comma 2, lett. i), t.u.e.l.". Recentemente, con la pronuncia n. 8770 del 12 maggio 2020, le Sezioni unite hanno risposto in senso affermativo ad entrambi i quesiti.

#### 7. La qualificazione dell'*up front* come indebitamento nella pronuncia delle Sezioni unite

Anche la Suprema Corte, nella pronuncia n. 8770/2020 – risolvendo positivamente la prima delle questioni sottoposte al suo vaglio – perviene alle medesime conclusioni affermando espressamente che "gli importi ricevuti a titolo di *up front* costituiscono indebitamento ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost." (55).

Infatti, aggiungono le Sezioni unite, «La normativa del 2008 ha [...] preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con l'*up front* senza innovare l'ordinamento. La decisione cui pervengono gli Ermellini è, di certo, quella maggiormente auspicabile, conferendo un riconoscimento giurisprudenziale a una tesi dottrinale (56) largamente condivisa già da tempo, secondo la quale quando un derivato è sottoscritto da un ente locale "l'espresso vincolo finalistico previsto dalla normativa di settore non può che condizionare tanto nella fase genetica quanto in quella funzionale lo stesso elemento causale, inficiando la validità del negozio laddove siano perseguite finalità diverse da quelle di mera copertura"» (57). Siffatta decisione, peraltro, è anche quella più prevedibile, alla luce della normativa intervenuta

(54) Sotto il profilo penalistico, in dottrina e in giurisprudenza si discute se l'omissione di un'adeguata rappresentazione dei costi occulti, che andranno a gravare sul sottoscrittore del derivato e a vantaggio della banca, possa integrare o meno gli estremi del reato di truffa contrattuale fondata su un silenzio antidoveroso: per una panoramica sulle diverse posizioni si rinvia a L.N. Meazza, *La responsabilità penale nei derivati sottoscritti dalle pubbliche amministrazioni*, in <www.giurisprudenzapenale.com>, 19 febbraio 2017.

(55) Le Sezioni unite affermano la regola iuris secondo la quale «l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di *swap* da parte dei comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento *up front*, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal consiglio comunale ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), Tuel di cui al d.lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che "Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: [...] spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi [...]"]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria *ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico*»: così Cass., S.U., n. 8770/2020, cit., (punto 10.8).

(56) A. Bertolotti, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, in *Giur. it.*, 2000, 1876; C. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 452, che prospetta sul punto la tesi dell'illiceità dell'oggetto del contratto "a valle" e della conseguente nullità della clausola relativa al prezzo ma solo per il *surplus* indebitamente corrisposto (con conseguente restituzione del sovrapprezzo *ex art. 2033 c.c.*). Alla nullità potrebbe accedere, secondo l'A., il rimedio risarcitorio *ex art. 1338 c.c.* (per omessa comunicazione delle cause di invalidità del contratto). Per certi versi, anche l'ipotesi relativa alle clausole della fideiussione *omnibus* riprodotte delle condizioni dello schema Abi ritenute illecite rientrano in tale fattispecie, con la differenza che qui tali clausole non riguardano il prezzo del contratto né, in ogni caso, l'oggetto del contratto in senso stretto.

(57) Così testualmente P. Fadel, A. Marangoni, *Enti locali e strumenti finanziari derivati: evoluzione normativa*, in <blog.ilcaso.it>, 28 novembre 2008; cfr. altresì G. Astegiano, *Enti territoriali e strumenti finanziari derivati: margini di utilità e rischi*, in *Azienditalia*, 2008, 5, secondo cui la finalità di copertura "assume rilievo essenziale in relazione ai contratti stipulati dagli enti pubblici, cosicché il collegamento funzionale, in quanto espressamente previsto dalla legge o connaturato, con la loro natura entra nella causa giuridica del negozio, in quanto elemento oggettivo dello stesso previsto dalla legge. Con l'ovvia conseguenza, finora non esplorata dalla giurisprudenza,

successivamente rispetto ai fatti di causa, che, in prima battuta, ha qualificato l'*up front* come indebitamento, ai sensi dell'art. 119 Cost. e, successivamente, ha precluso in via definitiva agli enti locali l'accesso ai derivati. Infatti, tale quadro normativo – come acutamente osservato dalle Sezioni unite – costituisce “un valido punto di equilibrio”, che inevitabilmente influenza anche le pronunce afferenti i casi pregressi. Ed anzi, meglio sarebbe stato se tali interventi legislativi fossero stati precedenti: ciò, contrariamente a quanto accaduto nella prassi, avrebbe evitato a numerosi comuni la commissione di un duplice errore. Il primo è quello di aver destinato erroneamente l'*up front* alla copertura di spese correnti. Infatti, tale flusso monetario – avendo la funzione di riequilibrare la posizione dei due contraenti – “configura un finanziamento dell'ente che, sia nell'utilizzo che nella iscrizione in bilancio, deve tenere conto di quanto sancito dall'art. 119 Cost., nel senso che può essere destinato alle sole spese di investimento”. Dall'errata qualificazione del predetto flusso discende l'ulteriore distorsione ad opera dei comuni, i quali hanno stipulato lo *swap* con il solo fine di disporre delle somme derivanti dall'*up front*, ovvero con il mero scopo di “fare cassa”, senza considerare che le medesime non costituiscono un'erogazione definitiva ma un'anticipazione di somme di denaro. Così agendo, i comuni hanno di fatto trasformato la funzione tipica del derivato e della sua rinegoziazione in una mera modalità di dilazione del proprio debito nel corso di più esercizi.

Ed invero, l'utilizzo improprio di tali strumenti è ancor più evidente ove si consideri che un ente pubblico territoriale tutto dovrebbe fare tranne che rischiare in borsa risorse pubbliche. Non è un caso, infatti, che, al fine precipuo di evitare tale utilizzo improprio, il legislatore statale sia intervenuto in senso esclusivamente protettivo, poiché dalle operazioni finanziarie poste in essere dagli enti locali è emersa, in concreto, una marcata attitudine a produrre debito, senza l'automatica creazione di un risparmio corrispettivo. Ciò con l'effetto di determinare un depauperamento dell'ente e, conseguentemente, un'incidenza negativa sulla capacità di espletare le funzioni che gli sono proprie, obiettivamente non perseguibili con risorse finanziarie divenute inadeguate.

“Questi rilievi evidenziano l'opportunità che sia mantenuto, in capo al legislatore statale, non solo il potere di regolamentare i relativi rapporti, ma anche di farlo con previsioni che incidano sulla validità degli strumenti contrattuali che ne hanno dato origine” (58). Infatti, la protezione dell'integrità delle risorse finanziarie locali, attraverso adeguati strumenti di salvaguardia, rappresenta sì una forma di controllo della spesa pubblica, ma anche, soprattutto, la tutela di interessi della collettività. Ciò a conferma del fatto che il principio di legalità – che imprime un essenziale vincolo di scopo e di mezzi all'attività della pubblica amministrazione – pervade necessariamente l'intero raggio di azione della medesima, sia che emani un provvedimento sia che concluda un contratto. Detto principio di legalità emerge chiaramente dall'intero iter motivazionale seguito dalla Suprema Corte, la quale afferma che lo stesso deve operare anche quando, in assenza di una disciplina *ad hoc*, sia necessario ricavare dal sistema, in via interpretativa, un criterio guida che possa indirizzare l'azione amministrativa. Nel caso di specie, tale criterio viene desunto dall'art. 41 della l. n. 448/2001, il quale – si rammenta – consentiva agli enti locali l'accesso diretto al mercato dei capitali, e quindi il ricorso ai derivati, allo scopo di ridurre il costo del debito o di assicurare adeguate garanzie alla sua evoluzione. Sulla scorta di tale assunto le Sezioni unite, compiendo un'operazione ermeneutica volta a ricondurre ad unità l'ordinamento – a prescindere dalla provenienza pubblica o privata delle fonti normative – pervengono all'individuazione del vincolo di scopo che il derivato (59) sottoscritto dall'ente locale deve inderogabilmente rispettare, vale a dire una finalità di sola copertura e non già speculativa. Nella pronuncia *de qua*, quindi, è evidente la scelta della Suprema Corte di valorizzare

---

che in relazione agli enti pubblici la mancata funzionalizzazione del contratto all'andamento dei rischi dei mutui precedentemente stipulati dall'ente si riflette sulla causa genetica dei contratti di swap di tasso di interesse”.

(58) A. Guccione, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449. L'A. rileva che le clausole trasfuse nei contratti stipulati a valle “costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.”. Anche secondo L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *ibidem*, 237, i *downstream contracts* sono “nulli, ex art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2 che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita”. In tal senso già Cass. n. 827/1999, cit., in *Foro it.*, 1999, I, 831, con osservazioni di L. Lambo, annotata da L. Nivarra, “*Interesse pubblico*” e *antitrust: qualche osservazione*, in *Danno e resp.*, 2000, 57; B. Libonati, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1999, 1223; G. Afferni, *Le intese restrittive della concorrenza anteriori alla legge anti-trust: legge retroattiva o nullità speciale?*, *ivi*, 2000, 939. V. anche R. Alessi, G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 1991, 16 ss.; G. Floridia, G.V. Catelli, *Diritto anti-trust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano, Ipsoa, 2003, 158. Secondo A. Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in A. Di Majo et al., *Lezioni sul contratto*, Torino, Giappichelli, 2002, 456 ss., “le cause o i fattori” delle nullità speciali «non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie. Essi sono la negazione della fattispecie. Ecco dunque che il predicato “speciali”, con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto “speciale” (e sia esso da individuare nella particolare forma di legittimazione relativa o nel carattere necessariamente parziale della nullità o nell'effetto sostitutivo di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità-fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze “esterne” al contratto».

(59) Nell'ambito del vasto dibattito civilistico in materia, v. D. Maffei, *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 648; M. Indolfi, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati Otc come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 213; L. Ballerini, *Struttura e causa dell'interest rate swap nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 222; M. Barcellona, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 4097.

tale vincolo di scopo, riconoscendone la natura essenziale ed imprescindibile nell'attività contrattuale (60) dell'ente locale, al punto da incidere sulla legittimazione negoziale del medesimo.

Parimenti, con sentenza del 12 ottobre la *Commercial Court (Financial List division)* della *High Court of Justice of England and Wales* si è pronunciata in una controversia riguardante la sottoscrizione di contratti finanziari derivati da parte di un ente locale italiano, dopo il noto arresto giurisprudenziale in materia rappresentato dalla sentenza delle Sezioni unite n. 8770/2020. In particolare, la *High Court of Justice*, dopo una attenta analisi del panorama giurisprudenziale italiano sul tema, con una pronuncia complessa sia dal punto di vista giuridico che tecnico-finanziario, ha statuito, per quanto di maggiore interesse, che: alla luce dei principi espressi dalle Sezioni unite n. 8770/2020, per il diritto italiano gli enti locali possono stipulare esclusivamente contratti derivati di copertura (con esclusione, dunque, di quelli speculativi). Tuttavia, la funzione di copertura di uno *swap* va intesa in senso ampio e non restrittivo. La mancata *disclosure* delle informazioni che, come indicato dalle Sezioni unite, l'intermediario finanziario è tenuto a fornire al proprio cliente (e.g. *mark-to-market*, scenari probabilistici e costi impliciti), non incide sulla capacità giuridica e negoziale dell'ente locale. Tali informazioni caratterizzano la causa e l'oggetto del contratto derivato, che rappresentano dei requisiti di validità del contratto ai sensi del diritto italiano. Come tale, la *disclosure* di tali informazioni non assume alcun rilievo giuridico tutte le volte in cui il contratto risulta essere retto dalla legge inglese, che non prevede tali requisiti di validità del contratto. Ad ogni modo, la verifica circa la consapevolezza da parte dell'ente locale di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto deve essere condotta "caso per caso con un approccio concreto", come la stessa sentenza delle Sezioni unite ha chiarito, in assenza a tal riguardo di una "*hard and fast rule*" fornita dalla Corte di cassazione. In questo senso, ciò che rileva a tali fini è che l'ente locale abbia assunto una decisione consapevole ed informata, con una ponderata valutazione dei rischi ad essa connessi. L'approvazione dell'operazione da parte del consiglio comunale è richiesta solamente per alcune tipologie di contratti derivati, identificate nella sentenza della Corte di cassazione a Sezioni unite. E tale approvazione può anche intervenire mediante una delibera del consiglio comunale di indirizzo che autorizzi l'utilizzo di strumenti finanziari derivati per il raggiungimento di determinati obiettivi, poi di fatto implementati dalla giunta comunale e dal dirigente di settore. Ad ogni modo, l'assenza di una siffatta deliberazione da parte del consiglio comunale non è limitativa della capacità giuridica dell'ente locale, atteso che tale questione attiene semplicemente al riparto interno di competenze tra consiglio e giunta comunale. Ne consegue che, ai sensi del diritto inglese, trattandosi di una questione di "*authority*" e non di "*capacity*", gli atti posti in essere dalla giunta comunale e dal dirigente possono essere sempre successivamente ratificati dal consiglio comunale mediante comportamenti concludenti.

#### 8. Alcune riflessioni conclusive

La nullità parziale riveste un'importanza cruciale, anche nella materia dei contratti dei consumatori. Lungi dal prospettare al giudice una strada segnata, fatta di mere declaratorie e supine applicazioni del diritto cogente, questo rimedio riserva una ricca gamma di opzioni, rispetto alle quali il riferimento ai principi generali diventa decisivo.

Secondo gli orientamenti ormai invalsi della Corte di giustizia, il giudice è chiamato a valutare se la nullità parziale sia rimedio effettivo, proporzionato e persino dissuasivo (c.d. *disinducement* o strumento di coercizione indiretta) e non potrà farlo senza interrogarsi sulle conseguenze della nullità per le sorti del contratto, sull'effettivo riequilibrio tra diritti e obblighi significativamente alterato dall'abuso del professionista, sulla ragionevolezza del rimedio in termini di deterrenza generale. In questa valutazione, condita di poteri officiosi e atti di impulso del contraddittorio tra le parti, la nullità parziale opera in combinazione quasi inscindibile con quello che, nella giurisprudenza euro-unitaria, finisce per

(60) E. Scoditti, *op. cit.*, 1129. Lo stesso A. afferma, dunque, che "la legittimazione del consumatore all'impugnativa per nullità ai sensi dell'art. 2 della previsione contrattuale è la logica conseguenza della qualificazione della fissazione della clausola non quale negozio separato dall'intesa vietata, ma quale comportamento anticoncorrenziale, e dunque ancora intesa vietata, essa stessa [...] e che la clausola così fissata è nulla per violazione diretta del precetto di cui all'art. 2". Cfr. anche l'opinione di R. Pardolesi, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in G. Ajani, G.A. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, e di M. Granieri, *A proposito di intese restrittive della concorrenza* (Nota a ord. Cass. sez. III civ. 17 ottobre 2003, n. 15538 Cass. sez. III civ. 11 giugno 2003, n. 9384, Giudice di pace Albano Laziale 10 settembre 2003), in *Foro it.*, 2004, I, 466. Quest'ultimo, in particolare, rileva che "l'avvicinamento del diritto dei contratti ad altre forme di controllo del mercato, quali il diritto della concorrenza, impone un ripensamento della sua funzione [...] ed una maggiore attenzione alla valenza del contratto stesso come vicenda giuridica ed economica non circoscritta, bensì suscettibile di produrre effetti esterni (le esternalità, nel linguaggio degli economisti) di vario tipo, tra le quali quelle destinate ad avere ricadute sui soggetti diversi dalle parti contrattuali". Esclude che si possa parlare di nullità derivata M. Negri, *op. cit.*, 754. Cfr., inoltre, M. Meli, *Autonomia privata*, cit., 158 ss.; M. Onorato, *Nullità dei contratti nell'intesa competitiva*, Milano, Giuffrè, 2012; L.C. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, Giuffrè, 1986; successivamente, invece, A. Mirone, *op. cit.* Tra i saggi dedicati al tema, seppure con angolazioni talora differenti, meritano di essere segnalati, quanto meno, N. Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa ecc.*, 1995, II, 420 ss.; L.C. Ubertazzi, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banc.*, 1997, I, 515; M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit.; Id., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere giur.*, 2005, 1093; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 237; Id., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*, cit.; M. Longobucco, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in P. Rescigno, G. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2016, 335; A. Gentili, *op. cit.*; P. Belli, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in <www.giustiziacivile.com>, 25 maggio 2018; D. Borrillo, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, III, 12.

essere un complemento determinante del rimedio invalidatorio: l'integrazione del contratto o la denegazione della stessa.

Fortemente ancorata a un'effettività della tutela, che è *in primis* strumento di deterrenza e di garanzia dell'effetto utile delle direttive e poi la base del diritto fondamentale al rimedio effettivo *ex art. 47* della Carta di Nizza, l'integrazione del contratto retrocede a co-elemento residuale della tutela consumeristica, soggetto al vaglio del giudice e al peso delle preferenze del consumatore. La sua "denegazione" diventa la regola, la sostituzione della clausola l'eccezione. Questa nullità parziale, definita "nuda" perché svestita del complemento "naturale", che il nostro art. 1374 c.c. vede *in primis* nella legge e poi negli usi e nell'equità, è un rimedio quasi nuovo, pronto ad assumere una chiara funzione sanzionatoria.

L'analisi svolta consente di osservare i meriti di un approccio europeo capace di arricchire, in via elastica, la gamma dogmatica di rimedi civilistici classici di nuove funzioni e di proiettarli verso i traguardi di una tutela piena, effettiva, proporzionata e, in una logica di sistema, anche dissuasiva rispetto alla violazione. Al tempo stesso, lascia intravedere i molti vuoti di un dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia che, per forza di cose, reagisce a sollecitazioni puntuali, inserite in contesti determinati, non sempre del tutto accessibili in una prospettiva sovranazionale.

Il timore è che l'argomento fondato sulla dissuasività del rimedio abbia spinto la Corte a sottovalutare il ruolo dell'etero-integrazione in funzione protettiva del consumatore e finisca così per generare tensioni non necessarie tra diritto europeo e legislatori nazionali, a cui invece potrebbe in molti casi riconoscersi il merito di una normazione suppletiva altrettanto rispettosa dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità delle tutele. Ugualmente critica è, sotto questo profilo, quell'aprioristica denegazione di ruolo all'integrazione giudiziale, anche se prevista dai sistemi nazionali, come se, nello specifico ambito della determinazione degli effetti della nullità parziale, il giudice cessasse di essere l'interprete di una legislazione per principi, che lo stesso diritto europeo ha contribuito a valorizzare.

Del resto, nonostante l'intenso susseguirsi di pronunce, il dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia ha ancora molti traguardi da conquistare in questo ambito. Lo stesso *New deal for consumers*, con la previsione di un rimedio caducatorio a fronte della pratica commerciale scorretta, potrebbe generare nuove questioni in merito all'alternativa tra caducazione totale e caducazione parziale del contratto affetto da pratica scorretta abbinata all'uso di clausole vessatorie. Ugualmente, nel campo del credito al consumo, in cui è lo stesso diritto europeo ad aver sollecitato i legislatori nazionali ad adottare norme dispositive di riferimento (come nella determinazione del costo del credito o del valore dell'indennizzo in caso di restituzione anticipata), la sostituzione della clausola potrebbe riacquistare quel valore conformativo che le è già proprio nei sistemi nazionali, a cui forse è ragionevole rinunciare a favore di un più pesante ruolo sanzionatorio della nullità solo nei casi più gravi.

In questo trascolorare della tutela civile verso orizzonti propri delle forme pubblicistiche di attuazione dei diritti, è importante riflettere sull'essenza della nullità parziale di stampo consumeristico: un rimedio che, inerente all'atto, punta al riequilibrio di posizioni individuali all'interno di una relazione strutturalmente diseguale. Se, dunque, effettività, proporzionalità e dissuasività sono ormai comunemente applicate tanto alle sanzioni quanto ai rimedi, il loro uso dovrebbe essere correlato alla natura e alla funzione primaria di ciascuna misura disposta dal giudice. Nel caso della nullità parziale, ciò significa garantire che, attraverso il rimedio, la parte protetta dalla nullità sia in grado di recuperare effettivamente le utilità perdute, di liberarsi dagli oneri o i rischi ingiustamente assunti; non invece che, in ragione di una funzione deterrente del rimedio, consegua arricchimenti ingiustificati o vada esente da responsabilità proprie. Del resto, il principio di proporzionalità non lo consentirebbe.

In tale prospettiva, assumono rilevanza peculiare la clausola generale della buona fede e il principio di solidarietà sociale. Il sistema della nullità speciale di tipo parziale, sulla scorta di un orientamento euro-unitario, consente di disegnare un assetto negoziale di interessi peculiare, in un'ottica di ottimale allocazione delle risorse economiche e finanziarie, nonché del rischio di "inadempimento", in riferimento *ex multis* agli obblighi informativi, alle regole di validità e alle regole di condotta (c.d. ottimo paretiano) (61).

La nullità di protezione – in via redistributiva-compensativa e, in parte, deterrente – alloca – entro i limiti dell'*exceptio doli generalis* – il rischio di "inadempimento" a carico dell'intermediario. La nullità parziale – in un'ottica di analisi economica del diritto – opera quale fonte di *inducement*, o mezzo di coercizione indiretta, nei confronti dell'intermediario finanziario, affinché adempia all'obbligazione dedotta nel contratto e si comporti *ex bona fide* (62).

(27) Molti importanti dibattiti metodologici hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione dell'analisi economica del diritto. Le tradizioni culturali di economisti e giuristi hanno prospettive diverse circa il ruolo da attribuire all'analisi economica nella scelta delle regole e nel disegno istituzionale. Durante la sua storia relativamente breve, il movimento della *law and economics* ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole, a cui spesso ci si riferisce come scuola "positiva" di Chicago e scuola "normativa" di Yale, si sono sviluppate quasi simultaneamente. La scuola "funzionale" di *law and economics*, che si è sviluppata successivamente, prende le mosse dalla teoria della *public choice* e dalla prospettiva della economia politica costituzionale della scuola della Virginia per offrire una terza visione, che non è pienamente positiva né pienamente normativa. Il dibattito tra queste scuole offre importanti spunti per definire il ruolo appropriato dell'analisi economica nel processo legislativo ed istituzionale e per valutare i limiti dei metodi di calcolo delle preferenze sociali e del benessere aggregato nelle analisi politiche. Questi dibattiti hanno contribuito a far crescere l'interesse intellettuale verso l'analisi economica del diritto e alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto stessa.

(28) P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, 152-154, 159; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti*,

L'economia comportamentale, così come la finanza comportamentale (c.d. *behavioral finance*), in tale prospettiva, accetta molte delle premesse proprie del pensiero economico tradizionale, cioè che gli effetti di scelte individuali, esplicitazione dell'autonomia privata, sono il frutto di un atto in un determinato ambiente economico.

Gli economisti comportamentali compiono, tuttavia, un passo ulteriore, sostenendo che l'azione umana è modellata non solo dai vincoli economici presenti nel caso concreto, ma è anche influenzata dalle preferenze endogene, dalle conoscenze, dalle capacità, dalle doti e dai vari vincoli psicologici e fisici delle persone. Gli incentivi o mezzi di

---

in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del convegno, Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001), vol. IV, Padova, Cedam, 2003. Tale esigenza trova riscontro nell'art. 1362 c.c., che stabilisce che nell'interpretazione del contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.

F. Rosselli, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, ritiene che le clausole generali siano norme elastiche e la elasticità dipenderebbe proprio dal profilo della "eccedenza assiologica"; ed ancora A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999, 47, secondo il quale le clausole generali sarebbero i "polmoni vitali dell'ordinamento". Insistono sulla capacità di adeguare per mezzo delle clausole generali il diritto alla specificità del caso. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999: "buona fede, buon costume diligenza [...] obbligano ad una valutazione di specifica riferibilità al singolo caso che nella sua concretezza e specificità è sempre refrattario a farsi comodamente inquadrare nelle rigide descrizioni delle fattispecie legali". Secondo E. Ruoppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001, 29, concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte perché ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate; questo esalta il ruolo dell'interprete che, per individuare il precetto, è chiamato a fare da "mediatore" tra il testo normativo e la realtà sociale. Secondo A. Di Majo, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 341, quello del richiamo ai principi di buona fede e correttezza, tuttavia, è un richiamo che può definirsi abbastanza desueto nella nostra pratica del diritto. È nota, infatti, la tradizionale diffidenza dei giudici verso l'impiego di clausole generali, dato il loro elevato margine di genericità e di indeterminatezza. Ciò che si teme è la decisione politica e/o comunque la decisione difficilmente controllabile in base a parametri oggettivi.

Tuttavia, un grande riconoscimento giurisprudenziale della buona fede e correttezza come oggetto di un vero e proprio dovere giuridico si è avuto con la sentenza Corte cost. 5 gennaio 1966, n. 89, la quale ha sostenuto che la buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio, ma anche quando il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede.

Mentre per buona fede "soggettiva" si intende lo stato psicologico di un soggetto, ovvero la sua percezione della realtà, che si atteggia di volta in volta: come erronea convinzione di agire in conformità del diritto, come ignoranza di ledere un diritto altrui, come affidamento in una situazione apparente ma difforme dalla effettiva realtà giuridica; la buona fede intesa in senso "oggettivo" è invece riconducibile ad una esperienza generalizzata di un fatto o di un comportamento considerato in sé e per sé, assumendo la natura di una obiettiva regola di condotta: I. Musio, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in <www.comparazioneDirittocivile.it>, giugno 2010; essa si concretizza in un generale dovere di correttezza e reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra soggetti che impone cioè di considerare interessi che non sono oggetto di una tutela specifica e impone la lealtà del comportamento nella esecuzione della prestazione. Per una esaustiva analisi dell'*excursus* storico delle clausole generali, e in particolare della buona fede, v. G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2005; P.D. Senn, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. II; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit. La buona fede ebbe una importanza sostanziale nel diritto romano, dove era già presente la differenziazione tra buona fede in senso soggettivo (richiesta ad es. quale requisito dell'usucapione) e la buona fede in senso oggettivo che esprimeva l'idea etica della correttezza che l'uomo onesto osserva nei rapporti con gli altri consociati pur se di tale concetto non vi è definizione nelle fonti. In particolare, nei *iudicia bonae fidei* il giudice era chiamato a condannare il convenuto a fare o dare tutto ciò che era dovuto secondo buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*). In tal modo la buona fede assurge a principio di giustizia sostanziale e, al di là del processo, a precetto dell'agire umano. cfr. G. Grosso, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, vol. V.

La *bona fides* nasce con il diritto romano, che sostanzialmente ne ha riconosciuto due ambiti applicativi: da un lato, quello dei diritti reali, in cui essa è definita come buona fede soggettiva, ovvero lo stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto; dall'altro, quello dei contratti, in cui essa diventa buona fede oggettiva, ovvero l'obbligo di comportamento per i contraenti ulteriore rispetto all'obbligo di adempimento secondo standard generali di correttezza e lealtà. La buona fede in senso oggettivo nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium*, con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei*, ossia giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti introducendo una tutela superiore che teneva conto di esigenze socialmente riconosciute (valori etici e sociali) attraverso l'introduzione di regole di correttezza, che per la prima volta godevano di difesa processuale, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Successivamente alla comparsa della *bona fides*, e fino al VI secolo d.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre più soprattutto grazie all'introduzione della differenza tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti: da regola di mero rispetto della parola data, la *bona fides* diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio assumendo la veste di fonte autonoma della obbligazione distinta dal vecchio *ius civile*. Nell'età medievale, poi, essa acquistò nuovo vigore e venne riconosciuta giuridicamente durante il periodo del c.d. "diritto intermedio", assumendo un ruolo più complesso; essa descriveva in sé tre tipologie di condotta: obbligo delle parti di tenere fede alla parola data; divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; dovere delle parti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale. Un nuovo impulso alla formulazione e all'ampiamiento del concetto di buona fede è rilevabile nell'età della codificazione (fine XIX-inizio XX secolo), come testimonia soprattutto l'interesse di giusnaturalisti quali Rosmini, Domat e Pothier, i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi. Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law* il concetto di buona fede trova sempre spazio, anche se non ne viene mai descritto esplicitamente il contenuto proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva delle clausole generali; al contrario, nei sistemi di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso formulazioni implicite ed indirette, concettualmente diverse dalla buona fede. Sul tema, v. I. Musio, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, cit., 11 ss.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205.

coercizione indiretta sono importanti e guidano il comportamento umano; i medesimi, spesso, rappresentano qualcosa in più di mera prospettiva di guadagno monetario.

La produzione e la tipizzazione di regole giuridiche, così come delle ipotesi patologiche della nullità, spesso, si basa su predizioni – secondo l'*id quod plerumque accidit* – circa la misura in cui le persone risponderanno alle regole giuridiche e ai vincoli istituzionali.

Molti dei primi contributi alla analisi economica del diritto sono stati profondamente influenzati da modelli di scelta razionale, della prassi contrattuale e dalle teorie comportamentali dell'azione umana, che hanno tradizionalmente fornito le basi teoretiche per tale predizione.

La complessità messa in luce da queste nuove dimensioni della moderna, elastica e non più dogmatica teoria dell'autonomia privata – *ex art. 1322 c.c.* – e delle ipotesi di nullità classiche porteranno al graduale sviluppo di modelli economici più complessi.

La conseguente specializzazione metodologica sarà il risultato inevitabile di questi sviluppi intellettuali, ma questa specializzazione e diversificazione di approcci aggiungerà anche ostacoli alla concreta intelligibilità da parte dell'interprete dei risultati nel campo interdisciplinare della analisi economica del diritto.

\* \* \*