

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XXXVIII

a cura di
**GUIDO ALPA
E PAOLO ZATTI**

3/2022

 edicolaprofessionale.com/NGCC

**I contratti di fideiussione a valle di intese
in violazione della disciplina *antitrust*:
il problema dei rimedi**

di Claudio Scognamiglio



Wolters Kluwer

I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina *antitrust*: il problema dei rimedi

di Claudio Scognamiglio

SOMMARIO: 1. Quale rimedio per la fideiussione 'a valle' dell'intesa violativa della normativa *antitrust*? – 2. Gli interessi tutelati dalla disciplina *antitrust*. – 3. L'ordito argomentativo della decisione delle Sezioni Unite. – 4. La funzione dell'azione di nullità parziale e la qualificazione dell'eventuale domanda risarcitoria.

1. Quale rimedio per la fideiussione 'a valle' dell'intesa violativa della normativa *antitrust*?

L'angolo visuale dei rimedi si conferma come una prospettiva privilegiata per mettere a fuoco gli snodi problematici qualificanti di una disciplina normativa e per individuare gli interessi dalla stessa perseguiti: e ne costituisce conferma proprio la recentissima pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹ che ha risolto la questione relativa alla tutela spettante al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni in quest'ultimo riprodotte e stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, comma 2^o, l. 10.10.1990, n. 287. In questo modo, sono stati superati i dubbi che si erano in precedenza delineati e che avevano posto capo a tre ipotesi ricostruttive: e cioè, com'è noto, quella che prevedeva, in questo caso, la nullità totale del contratto a valle, quella che ragionava in termini di nullità parziale del contratto, limitatamente alle clausole che riproducevano le condizioni dell'intesa nulla a monte, e quella che individuava nel risarcimento del danno il rimedio spettante alla parte danneggiata dall'intesa e dalla sua attuazione. Infatti, il quadro che emerge dalla decisione, anche al di là della soluzione del problema appena richiamato, concorre a restituire un'immagine più nitida sia delle articolazioni delle tutele a fronte di violazioni *antitrust* nel nostro sistema normativo, sia delle caratteristiche proprie, rispettivamente, del rimedio risarcitorio e di quello che si risolve nella declaratoria di nullità (in ipotesi parziale) di un contratto.

Riflettere brevemente sulla pronuncia rappresenta, dunque, anche l'occasione per approfondire la dimensione funzionale della tutela somministrata, rispettivamente, per mezzo dell'azione di nullità e di quella risarcitoria, all'interno del disegno complessivo dei rimedi civili.

2. Gli interessi tutelati dalla disciplina *antitrust*.

Non è certamente necessario, soprattutto nel contesto di uno scritto che si colloca nella prospettiva appena tratteggiata, soffermarsi sulla ricognizione delle posizioni che si erano venute delineando nella elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni sulla questione controversa: tanto più che, ancora assai di recente, l'opera di messa a punto delle medesime è stata svolta in termini particolarmente approfonditi². Occorre invece volgersi subito all'illustrazione degli sviluppi argomentativi per mezzo dei quali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono giunte alla soluzione che individua nella nullità parziale il rimedio principe cui dare ingresso appunto in presenza di un contratto che costituisca attuazione di un'intesa a monte violativa della disciplina *antitrust*, pur senza escludere l'esperibilità anche della tutela risarcitoria (destinata, peraltro, come diremo, a vedere grandemente ridimensionato, in questo quadro, il suo ambito di esplicazione).

Il primo passaggio del discorso della sentenza sul quale è opportuno richiamare l'attenzione è quello, inserito del resto nel solco di una precedente e notissima decisione delle medesime Sezioni Unite³, che individua l'ambito degli interessi protetti dalla discipli-

¹ Si tratta, com'è noto, di CASS., sez. un., 31.12.2021, n. 41991, pubblicata in questa *Rivista*, 2022, I, 309 ss., con nota di MAISANO.

² Il riferimento è a LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti 'a valle'*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, *ivi*, 2020, II, 378 ss., che concludeva (382), così in un certo senso anticipando la scelta che sarebbe maturata nel senso di rimettere alle Sezioni Unite la questione poi oggetto della decisione che costituisce lo spunto di queste notazioni, che «la giurisprudenza della Cassazione, sul tema in esame, non fornisce, allo stato, indicazioni

univoche». Si veda anche, per una messa a punto critica dello stato della giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite, DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del 'solo risarcimento' per le vittime di intese ed abusi*, *ivi*, 406 ss.

³ Cfr. CASS., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 ss., nonché in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 435 ss., con nota di CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*. Nello stesso senso, in epoca relativamente più recente, CASS., 2.2.2007, n. 2305, in *Corr. giur.* 2007, 641 ss., con nota di BASTIANON.

na *antitrust*. In questa prospettiva, la pronuncia che ha originato queste notazioni ribadisce che la disciplina *antitrust* detta norme a tutela della libertà di concorrenza che hanno come propri destinatari non solo gli imprenditori ma anche gli altri soggetti del mercato, e cioè tutti coloro che abbiano «un interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata».

Si tratta di una posizione che aveva trovato, a suo tempo, un solido apparato argomentativo nell'orientamento dottrinale secondo il quale l'esclusione della posizione dei consumatori dal novero degli interessi tutelati dalla disciplina *antitrust* non sarebbe stata sostenibile alla luce della finalità sottesa al riconoscimento della libertà di impresa ex art. 41 Cost. Questo riconoscimento non sarebbe stato, infatti, fine a sé stesso, rappresentando, invece, lo strumento per consentire il raggiungimento del maggiore benessere collettivo, in coerenza con le coordinate fondamentali del pensiero liberale: in questa prospettiva, si sarebbe dovuta affermare «la collocazione della legge *antitrust* fra le discipline che si legittimano costituzionalmente per la finalità di evitare che l'iniziativa economica privata si svolga in contrasto con l'utilità sociale» e sarebbe stato «coerente ritenere che, fra le ragioni di utilità sociale che giustificano i divieti *antitrust* alla libertà di comportamento delle imprese, vi sia l'interesse del consumatore a scegliere liberamente e consapevolmente nel mercato ed a massimizzare il proprio benessere»⁴.

La considerazione della struttura normativa, oltre che della funzione, delle regole contenute nella l. n. 287/1990 rendeva, in effetti, fin da subito più persuasivo negare che si potesse circoscrivere ai rapporti tra imprenditori il reticolo delle situazioni di interesse dalle stesse contemplate.

Appariva decisivo, in tale ordine di idee, e già prima dell'entrata in vigore del d. legis. 19.1.2017, n. 3, il rilievo che la stessa sanzione di nullità delle intese in violazione della normativa *antitrust* costituisce il punto di emersione di una *ratio* normativa che trascende le tradizionali dinamiche «corporative» del diritto della concorrenza sleale⁵ e rende evidente il configurarsi di quella disciplina normativa come «una serie di regole di diritto oggettivo che si impongono alle imprese nell'interesse collettivo al buon funzionamento del mercato»⁶: conclusione rafforzata, del resto, dalla previsione di una sanzione di tipo affittivo quanto alle intese vietate dalla norma⁷.

Assunta questa premessa, il passo era breve, ed infatti è stato compiuto nei termini dei quali ora brevemente si dirà, per giungere ad affermare che la *ratio* di rilevanza sovraindividuale dell'interesse non si esaurisce in una generica esigenza di conservazione degli equilibri concorrenziali del mercato, appuntandosi, invece, ed in un certo senso concretizzandosi, proprio sullo scopo di protezione dei consumatori, al soddisfacimento dei bisogni dei quali il mercato è, come sopra si osservava, funzionale.

Del resto, la consapevolezza che siano proprio i consumatori ad avere interesse, tra gli altri, se non soprattutto, a che la concorrenza si svolga in termini coerenti rispetto ai criteri di valutazione desumibili dalla disciplina normativa della materia, era propria anche della dottrina che escludeva, poi, che i consumatori stessi fossero soggetti ai quali le disposizioni della l. n. 287/1990 potessero applicarsi⁸: sennonché, una volta chiarito, alla stregua di un'interpretazione teleologica della legge, che quest'ultima era funzionale altresì alla tutela degli interessi dei consumatori, sarebbe stato solo un esplicito diniego, contenuto in ipotesi nella stessa, della legittimazione (sostanziale e processuale) dei consumatori ad avvalersi dei rimedi previsti da essa, che avrebbe consentito di circoscrivere lo scopo di protezione della medesima.

Non essendo tuttavia dato ravvisare un diniego di tale portata, si imponeva appunto la conclusione nel senso della configurabilità anche dei consumatori tra i soggetti destinatari della protezione somministrata dalle norme contenute nella l. n. 287/1990. Questo è stato, infatti, l'esito ermeneutico cui è pervenuta, da tempo, la Corte di Cassazione, con la decisione 4.2.2005, n. 2207/2005 poc'anzi citata, nel solco tracciato dalla quale si colloca anche, ed in particolare proprio dal punto di vista della selezione dei soggetti destinatari della tutela *antitrust*, Cass., sez. un., 31.12.2021, n. 41991. Sullo sfondo della medesima si coglie, dunque, quell'orientamento dottrinale⁹ che, già anni addietro, ravvisava tre categorie di soggetti, gli interessi dei quali possono dirsi pregiudicati da una condotta posta in essere in violazione della disciplina della l. n. 287/1990: i concorrenti, in senso stretto, dell'impresa (o delle imprese) responsabili della condotta antigiuridica, i loro fornitori ed utilizzatori ed infine i consumatori finali. Si tratta, del resto, di un orientamento dottrinale che trova, secondo una notazione largamente condivisa, una conferma sufficientemente univoca proprio nella dir. n. 104/2014 UE e, poi, nella sua disciplina di attuazione¹⁰.

⁴ Così LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 935.

⁵ Cfr., sul punto, ID., *op. ult. cit.*, 936.

⁶ Così, di nuovo, ID., *op. loc. ult. cit.*

⁷ Come sottolinea ID., *op. ult. cit.*, 935.

⁸ Così, infatti, CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, cit., 445.

⁹ Il riferimento è, già in epoca ormai risalente, all'indagine di NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, Zanichelli, 1993, II, 1454 s.

¹⁰ Cfr., sul punto, in particolare, PULEJO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016,

3. L'ordito argomentativo della decisione delle Sezioni Unite.

Vi è anche un altro aspetto, che Cass., sez. un., 31.12.2021, n. 41991, ha cura di sottolineare, in relazione al quale si coglie uno stretto nesso tra quest'ultima e la precedente pronuncia delle Sezioni Unite n. 2207/2005 e che assume un particolare rilievo nel percorso argomentativo volto a dirimere la questione che era stata sottoposta all'organo di nomofilachia: e cioè l'affermazione secondo la quale «il consumatore che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto, la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che chiude questo percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile»¹¹. Da questa premessa, Cass., sez. un., 31.12.2021, n. 41991, trae il corollario che «stante il collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale».

Né questa conclusione – hanno cura di precisare le Sezioni Unite, respingendo la diversa argomentazione sviluppata dalla Procura Generale nella sua requisitoria – si risolverebbe nel dare ingresso in materia ad un'ipotesi di tutela reale atipica. Essa discende invece pianamente dalla formulazione dell'art. 2, comma 3^o, l. n. 287/1990, laddove quest'ultima prevede che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto», in questo modo ribadendo, in materia, il principio secondo il quale *quod nullum est nullum producit effectum*, tale da legittimare la conclusione nel senso della invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa violata.

Respinta, dunque, dalle Sezioni Unite la tesi che escludeva senz'altro la configurabilità di una tutela 'reale' e di tipo demolitorio, quale quella suscettibile di essere accordata dall'azione di nullità, ed in particolare – come si avrà ancora modo di dire – dall'azione di nullità parziale, il discorso svolto nella motivazione si sposta sul piano della individuazione delle ragioni che, pur lasciando ferma la possibilità di esperire l'azione

risarcitoria, ravvisano nell'azione di nullità (parziale) il rimedio più congruo rispetto all'esigenza di tutela degli interessi protetti dalla disciplina normativa *antitrust*. Infatti, osservano le Sezioni Unite, «l'interesse protetto dalla normativa *antitrust* è principalmente quello del mercato in senso oggettivo e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto»; ciò in relazione al rilievo che «l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha un'efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa o che ne hanno, come – nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno». Al contrario, «il riconoscimento alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria del diritto a far valere la nullità del contratto, si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa *antitrust*».

Né indicazioni di segno diverso, osservano le Sezioni Unite, provengono dal diritto eurounitario, posto che dalle decisioni della Commissione si desume che, pur non derivando dalla nullità dell'intesa a monte automaticamente la nullità dei contratti a valle, in quanto collegati all'intesa restrittiva della concorrenza, per violazione dell'art. 81 del Trattato, «ciò non implica che da tali contratti il consumatore non possa comunque sciogliersi secondo le modalità previste dagli ordinamenti nazionali»¹²; mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che «la portata e le conseguenze della nullità delle intese per violazione dell'art. 101 (ex art. 81 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro», con la correlativa affermazione che «fermo restando il diritto al risarcimento del danno, la sorte dei contratti a valle di intese *antitrust* – che non vengono automaticamente travolti, in forza del diritto europeo dalla nullità dell'intesa a monte – è riservata ai diritti nazionali»¹³. In questo quadro, nella prospettiva del diritto eurounitario, «fermo restando il principio cardine del diritto al risarcimento del danno

1082 ss., la quale nota che «il riconoscimento di un'ampia platea di soggetti tutelati dal diritto antitrust si iscrive perfettamente nella lunga evoluzione della giurisprudenza europea», posto che «già nel 2001 la celebre sentenza *Courage* aveva sancito il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno derivante da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza». Cfr. anche, in epoca più risalente, SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, nota a Cass., 9.12.2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I,

1127 ss., per alcuni spunti sulla rilevanza anche in materia degli elementi di novità introdotti dalla sentenza Cass., sez. un., 22.7.1999, n. 500, *ivi*, 1999, I, 2487 ss.

¹¹ Cfr. Cass., sez. un., n. 41994/2021, § 2.5.4.1, cit., della motivazione, che riprende sul punto Cass., sez. un., n. 2207/2005, cit.

¹² Cfr. Cass., sez. un., n. 41991/2021, cit., § 2.14.

¹³ Cfr. *ivi*, § 2.14.1.

subito per effetto della condotta anticoncorrenziale, la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti a valle è quella dell'ordinamento interno degli stati membri, non essendovi nessuna lettura obbligatoria dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento della Ue, che consenta di far rientrare – automaticamente – nella nozione di intesa vietata la contrattazione a valle»; e questo pur dovendosi ribadire, sempre nel solco della giurisprudenza comunitaria, che «la nullità di tale intesa è assoluta e che, pertanto, la stessa non può essere opposta ai terzi, tra essi ricomprese, quindi, le parti – estranee all'intesa – della contrattazione a valle della stessa»¹⁴. Né, secondo la sentenza, costituisce ostacolo all'accreditamento della nullità parziale quale tecnica di tutela più congrua nel caso di specie il contenuto della dir. *Enforcement* n. 104/2014 UE, dalla quale si desume che «sul piano del diritto unionale, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore – per l'intero spazio europeo – e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario»¹⁵.

Individuato, dunque, nella nullità parziale il rimedio più congruo al fine di soddisfare in modo efficiente ed effettivo gli interessi che vengono in considerazione nella disciplina normativa *antitrust*, il ragionamento della sentenza si sposta sul piano della verifica circa l'eventuale propagazione all'intero contratto della nullità delle clausole del singolo contratto di fideiussione riprodotte di quelle contenute nella intesa violativa della normativa *antitrust*: propagazione che la decisione delle Sezioni Unite esclude, muovendo dall'analisi della portata delle clausole in questione. Si tratta, infatti, ed innanzi tutto, della clausola, contrassegnata con il n. 2 nell'ambito dello schema contrattuale considerato violativo della disciplina *antitrust*, e cioè della clausola c.d. di reviviscenza, in forza della quale il fideiussore è tenuto «a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo»; della clausola n. 6, relativa alla rinuncia ai termini ex art. 1957 cod. civ., sulla base della quale «i diritti derivanti

alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato»; della clausola n. 8, c.d. clausola di sopravvivenza, secondo la quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». Esaminando, dunque, queste clausole attraverso il prisma della norma racchiusa nell'art. 1419, comma 2^o, cod. civ., la sentenza osserva che «avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8, dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto»; se l'eliminazione delle clausole si risolve, dunque, in un vantaggio per il garante, il fideiussore, (tanto più) alla luce della sua posizione nel caso di specie (socio della società debitrice principale) avrebbe comunque prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, proprio perché si tratta di una persona legata al debitore principale e quindi, a sua volta, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. D'altra parte, è evidente, rileva la sentenza, che pure l'imprenditore bancario «ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione con minore garanzia dei propri crediti»¹⁶.

Volgendosi, a questo punto, alla soluzione definitiva del problema, le Sezioni Unite rilevano che, alla stregua della disciplina normativa *antitrust*, «qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche – come nel caso di specie – mediante una combinazione di atti di natura diversa, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola»; infatti, il legislatore comunitario, così come quello nazionale, hanno «inteso impedire un 'risultato economico' ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere». Proprio questa è la ragione per la quale i contratti a valle di accordi con-

¹⁴ Cfr. *ivi*, § 2.14.3 della motivazione.

¹⁵ Cfr. *ivi*, § 2.14.4 della motivazione.

¹⁶ Cfr. *ivi*, § 2.15.3 della motivazione. Si deve tuttavia osservare che la questione dell'estensione, o meno, della nullità parziale si presenta in termini forse più articolati, e che si sottraggono ad un'applicazione lineare della disposizione dell'art. 1419 cod. civ.: cfr., in particolare, DENOZZA, *op. cit.*, 413, il quale osserva, proprio con riferimento alla vicenda della fideiussione, essere «ovvio che i beneficiari delle fideiussioni sono oggi interessati al loro mantenimento (meglio meno che niente), ma la domanda che la lettera del 1419 pone non è questa. È

la ben diversa domanda: all'epoca in cui esisteva tra le banche il cartello, quale fideiussore sarebbe riuscito a convincere una banca a concludere l'operazione alle stesse condizioni, anche senza la parte del contratto colpita da nullità, e cioè senza le clausole incriminate? Il fatto è che assumere come parametro la valutazione di convenienza che le parti, al momento della conclusione, avrebbero fatto del contratto senza le clausole, può avere senso in un mercato stabile, ma non ha senso quando nel mercato di riferimento (quello esistente al momento della conclusione del contratto) esisteva un fattore distorsivo di poi eliminato».

trari alla normativa *antitrust* – che, come si è osservato anche in precedenza, nel solco delle indicazioni impartite da Cass., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, costituiscono «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» – condividono «la stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce» il primo.

Dal canto suo, la circostanza che il legislatore nazionale e quello europeo abbiano inteso sanzionare con la nullità un risultato economico, e cioè il fatto stesso della distorsione della concorrenza, giustifica l'attribuzione di rilievo anche «a comportamenti non contrattuali o non negoziali», rendendosi significativa «qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale ed anche laddove il meccanismo di 'intesa' rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente 'unilaterali'». Pertanto, «anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, alla violazione della normativa *antitrust*, qualora tra gli atti stessi sussista un 'collegamento funzionale' (...) tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria *antitrust*»¹⁷; e l'attributo funzionale, riferito al collegamento che in questi casi si delinea vale a distinguerlo dal collegamento negoziale, proprio perché l'intesa a monte, come del resto accade nel caso degli schemi di fideiussione predisposti dall'ABI, potrebbe essere integrata anche mediante atti privi di natura negoziale.

La centralità dell'individuazione del collegamento funzionale sopra richiamato si coglie, del resto, sottolineano le Sezioni Unite, perché è proprio il nesso tra intesa a monte e contratto a valle a determinare un problema di effetto anticoncorrenziale che non si porrebbe invece in caso di deroghe isolate al modello codicistico della fideiussione, anche qualora le stesse fossero relative ai medesimi aspetti di disciplina dell'operazione investiti dalla intesa violativa della normativa *antitrust*.

Dal punto di vista della qualificazione del vizio di nullità si tratta, dunque, di una nullità speciale, posta a presidio dell'interesse pubblico ed in particolare dell'ordine pubblico economico, dotata di una portata più ampia della nullità codicistica e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento «in quanto colpisce anche atti o combinazioni di atti o combinazioni di atti avvinti da un 'nesso funzionale' non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale»¹⁸.

Non potrebbe invece affermarsi la nullità totale del

contratto a valle; e questo non solo sotto i profili della inconfigurabilità di un collegamento negoziale tra intesa a monte e fideiussione oppure perché non è dato ravvisare vizi della causa o dell'oggetto, ma soprattutto alla luce della finalità perseguita dalla normativa *antitrust*. Infatti, essendo questa disciplina normativa funzionale ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza, i contratti a valle potranno dirsi integralmente nulli solo quando «la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di un'intesa di spartizione riprodotta integralmente nel contratto a valle»¹⁹.

4. La funzione dell'azione di nullità parziale e la qualificazione dell'eventuale domanda risarcitoria.

La ricognizione degli snodi più significativi della motivazione delle Sezioni Unite conferma, a nostro avviso, quanto si era osservato da principio riguardo all'interesse della stessa sul piano di una messa a punto del sistema dei rimedi, anche in una prospettiva più ampia rispetto a quello cui si riferisce la questione decisa dalla Cassazione; e questo, innanzi tutto, proprio per quanto riguarda il rimedio della nullità.

L'evoluzione più recente della categoria della nullità del contratto, com'è noto, si colloca largamente nel solco degli innesti nel nostro sistema di norme di derivazione comunitaria, quali sono quelle che innervano la disciplina *antitrust*. Rappresentano un punto di passaggio fondamentale nella messa a punto del problema, le considerazioni di chi, in epoca ormai risalente, aveva sottolineato che «al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri, ad un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico»²⁰. È, poi, constatazione ormai largamente diffusa quella secondo la quale il processo di evoluzione, e – per molti aspetti – di frammentazione, se non disgregazione, delle categorie civilistiche consegnateci dalla tradizione, e la rilettura dei corrispondenti istituti normativi²¹, hanno riguardato negli ultimi anni anche l'istituto della nullità del contratto.

Questo fenomeno, che è stato già significativamente

¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., n. 41991/2021, cit., § 2.16.1 della motivazione.

¹⁸ Cfr. *ivi*, § 2.17 della motivazione.

¹⁹ Cfr. *ivi*, § 2.18.1.

²⁰ Cfr. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, Giuffrè, 2007, 477. Sull'elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea in mate-

ria di nullità contrattuali sono fondamentali i contributi di Pagliantini. Cfr., in particolare, e tra gli altri, PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Esi, 2020, 181 ss.

²¹ Sulla distinzione tra categorie giuridiche ed istituti, cfr. le puntualizzazioni di LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 21, il quale, muovendo dalla definizione della categoria «della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza vol-

definito talora in termini di pluralizzazione della nullità, ha portato, altri autori ad esprimersi, perfino più drasticamente, nel senso di una destrutturazione della nullità²² ed è stato ormai più volte ricostruito nei suoi fattori determinanti e nelle sue linee di sviluppo essenziali. In particolare, è stato evocato, in questa prospettiva, il passaggio da una dimensione statale dell'ordinamento ad una dimensione comunitario – europea e più ancora internazionale o addirittura globale, con la correlativa articolazione del sistema delle fonti, che è ormai perfino scontato definire nel segno della complessità, fenomeno che ha enfatizzato la configurazione del diritto come un sistema non autonomo, né tanto meno chiuso, rispetto ad influenze esterne, bensì come un sistema aperto e pronto ad impregnarsi delle sollecitazioni della realtà economico sociale. Un sistema, dunque, rispetto al quale risulta più pertinente non il richiamo – anch'esso ormai scontato – alla dimensione baumanniana della liquidità, ma semmai quello alle correnti del pensiero scientifico del XX secolo che, nel settore della fisica e della chimica, hanno studiato i c.d. sistemi caotici ed ai tentativi di sviluppare anche sul piano delle scienze sociali le intuizioni maturate in quei contesti. D'altra parte, il dato della complessità del sistema normativo conferma la necessità di utilizzare il metodo funzionalistico, proprio perché esso soltanto è in grado di cogliere l'essenza delle trasformazioni in atto²³.

Il problema della nullità dei contratti a valle dell'intesa *antitrust* si inserisce in pieno in questo processo evolutivo. Innanzi tutto, l'immagine della nullità che ne emerge è essenzialmente quella di una «nullità esclusivamente 'funzionale', in quanto commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed avente come tale finalità essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento contrattuale»²⁴, che talora si presenta preordinata al raggiungimento dell'obiettivo dell'equità e della giustizia contrattuale ed in altri casi, quale quello appunto della nullità dei contratti a valle, risulta specificamente modulata sull'esigenza di realizzare un assetto conforme all'esigenza di rispetto dell'or-

dine pubblico economico. Tanto che, come si è visto, una delle ragioni alla base della scelta operata dalla decisione delle Sezioni Unite nel senso di privilegiare il rimedio della nullità è proprio quella di dare ingresso in materia ad una tecnica di tutela in grado di tutelare un interesse del mercato in senso oggettivo, qual è quello ad impedire condotte anticompetitive.

Qui si innesta la questione dei termini in cui la rilettura della categoria delle nullità fin qui tratteggiata è destinata ad incidere su quello che può essere definito come il modo di essere stesso della medesima sul piano effettuale: e cioè sull'inefficacia dell'atto. Può essere rammentato, al riguardo, l'argomento tentativo dottrinale secondo il quale poiché «il giudizio di disvalore serve, non già esclusivamente a conservare la situazione di diritto preesistente alla stipulazione, bensì, in prospettiva assiologica, a rendere effettiva la tutela apprestata dall'ordinamento con una norma volta a regolamentare (limitandola, promuovendola, orientandola, conformandola) l'autonomia privata, sul piano logico ed assiologico la nullità deve inibire esclusivamente la produzione degli effetti che determinerebbero la lesione dell'interesse tutelato o consentirebbero la realizzazione di quello avverso, così vanificando la tutela apprestata mediante la norma la cui violazione ha cagionato il giudizio di disvalore»²⁵. Così impostato, il discorso si apre – sullo sfondo dell'obiettivo assiologico perseguito dalla norma, la violazione della quale ha determinato la nullità – nella prospettiva della misurazione «con il complesso di interessi, tra loro interagenti, che la fattispecie è in grado di evidenziare» (e che, secondo l'impostazione dottrinale della quale stiamo qui riferendo, può anche aprire la strada alla tutela di interessi «ritenuti o divenuti potiori rispetto a quello specificamente protetto con la norma violata, così consentendo, nonostante la nullità, la produzione degli effetti ad essi funzionali») ²⁶.

L'enfasi posta dalla sentenza sulla maggiore coerenza del rimedio della nullità parziale, per la sua idoneità a realizzare nella maniera più puntuale l'interesse oggettivo del mercato cui ha riguardo la disciplina *antitrust*, pone ancora una volta al centro del discorso il ruolo

to in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo», precisa che «essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni storiche», concludendo, appunto, nel senso che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici».

²² In questo senso, l'ancora recente monografia di LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, 2012.

²³ Cfr., per un'indicazione metodologica di segno analogo, LA SPINA, *op. cit.*, 77.

²⁴ Così, di nuovo, SCALISI, *op. cit.*, 479. D'altra parte, la circostanza che la stessa configurabilità del giudizio di nullità presuppone un'accurata valutazione degli interessi tutelati dalla norma può desumersi anche – in tutt'altro settore dell'esperienza – dalla recentissima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass., ord. interl. 9.2.2022, n. 4117,

in *Dejure*) della questione relativa alle conseguenze (se appunto configurabili in termini di nullità) dell'erogazione di un mutuo fondiario concesso in violazione dei limiti di finanziabilità previsti dall'art. 38 del d. legis. 1°9.1993, n. 385.

²⁵ Così LA SPINA, *op. cit.*, 357. Sul versante specifico della violazione della normativa *antitrust*, merita di essere ricordato, in questa prospettiva, il pensiero di DENOZZA, *op. cit.*, 412, il quale osserva «che nessuna delle vie tradizionali che consentirebbero di giungere a questo risultato (nullità, annullabilità ecc.) è...del tutto attraente», giungendo alla conclusione che «il caso in esame è un'ottima esemplificazione di un fenomeno molto più generale e cioè del fatto che gli schemi di ragionamento civilistici tradizionali sono del tutto inidonei ad affrontare problemi come quelli che sorgono dai comportamenti che oggi molte imprese sono in grado di tenere nei confronti delle loro controparti contrattuali».

²⁶ I brani tra virgolette sono ancora di LA SPINA, *Destutturazione della nullità*, 358 e nt. 8.

che possa essere attribuito al *private enforcement* in materia *antitrust*²⁷, sia con riferimento alla tutela reale – per riprendere la formulazione utilizzata dalle Sezioni Unite – assicurata dall’azione di nullità, sia per quanto concerne la tutela risarcitoria.

Infatti, e quanto alla prima, al ragionamento svolto dalla decisione in termini di efficienza della tutela di nullità, può in effetti opporsi che – ferma la possibilità del rilievo officioso della nullità all’interno di un giudizio già instaurato – la proposizione dell’azione di nullità resta comunque affidata all’iniziativa del singolo consumatore interessato ad introdurla: cosicché, sotto questo angolo visuale, vi è da interrogarsi circa l’idoneità anche dello strumento dell’azione individuale di nullità (parziale) a realizzare l’interesse oggettivo del mercato.

Il discorso si presenta ancora più articolato sul piano della tutela risarcitoria, dove viene in considerazione la formulazione contenuta nell’art. 1 della dir. n. 104/2014 UE, e ripresa nell’art. 1, d. legis. n. 3/2017, secondo il quale la regolamentazione da esso introdotta si riferisce a «chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o di un’associazione di imprese». Quest’ultima è stata talora interpretata nel senso che essa assolverebbe senz’altro un ruolo sociale, configurandosi, cioè, come un apprezzabile strumento di protezione sociale dei cittadini dell’Unione, accanto al diritto dei consumatori²⁸.

È ben noto tuttavia che vi sono posizioni assai più scettiche – in parte evocate anche dalla motivazione della sentenza n. 41992/2021 – circa l’effettiva idoneità degli strumenti della responsabilità civile ad essere utilizzati proficuamente quando si tratti di reagire a comportamenti posti in essere in violazione della disciplina normativa *antitrust*: da questo angolo visuale, si è sottolineato, in particolare, che le conseguenze dannose che possono scaturire da condotte violative della disciplina *antitrust* possono essere «conseguenze indirette, frazionate, in parte attenuate da aggiustamenti, di difficile valutazione: dunque con le caratte-

ristiche, per lo più, della lesione di interessi diffusi, contro la quale la responsabilità civile non è lo strumento più appropriato e comunque opererebbe con difficoltà»²⁹. Mentre, da parte di chi ha ritenuto del tutto insoddisfacente la tesi del solo risarcimento, si è individuato senz’altro come obiettivo delle strategie argomentative in materia, sullo sfondo dei principi quali quelli di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva, quello «di affiancare al risarcimento del danno anche un rimedio demolitorio dei rapporti ancora operativi creati sulla base di abusi e cartelli»³⁰.

In questa prospettiva, la sentenza delle Sezioni Unite introduce in effetti elementi di significativa novità nell’assetto del diritto giurisprudenziale in materia, così recependo largamente le suggestioni metodologiche, anche se non integralmente le conclusioni, degli orientamenti anche da ultimo richiamati.

Infatti, e sotto un primo profilo, essa ridimensiona senz’altro la portata operativa del rimedio risarcitorio, configurandolo quasi come una sorta di mero completamento di quello della nullità parziale; e poiché, in caso di declaratoria di nullità parziale, riferita ad una clausola che abbia trovato attuazione, il riequilibrio delle attribuzioni patrimoniali in ipotesi poste in essere dalla parte pregiudicata dal contratto a valle sarà affidato all’azione di ripetizione delle prestazioni divenute indebite, l’ambito di esplicazione della tutela risarcitoria risulta circoscritto anche dal punto di vista meramente operativo.

Sotto un distinto angolo visuale, poi, impennare il fulcro della tutela spettante alla parte pregiudicata dall’accordo attuativo dell’intesa *antitrust* sull’azione di nullità parziale è destinato a determinare un riorientamento della qualificazione della stessa azione di risarcimento del danno: la lettura della medesima in termini di azione di responsabilità extracontrattuale sconteerà infatti sempre più chiaramente la difficoltà di confrontarsi con un danno originato dalla conclusione, e dall’esecuzione, di un contratto, e, dunque, attratto in un ambito tipicamente relazionale.

²⁷ Afferma, in particolare, PARDOLESI, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di SASSANI, Pacini, 2017, 15, con accenti di scetticismo sul ruolo del *private enforcement* in materia, e che rimandano anche al problema generale delle funzioni della responsabilità civile, che «il private enforcement della disciplina antitrust dovrebbe essere in grado di vendicare torti con le caratteristiche su indicate: dispersione su grande numero di vittime, con incidenza individuale sovente limitata, ma portata complessiva a tanti zeri. Quello capace di sortire un risultato di tal fatta e, all’evidenza, un animale fantastico. Che non abita, e con ogni probabilità non abiterà dalle nostre parti. Come si è già anticipato, chi voglia proprio trovarlo deve rassegnarsi a traversare l’Atlantico». La posizione di questo autore sembra evocare, per certi aspetti, quella di Trimarchi, della

quale si dirà *infra*, nt. 29.

²⁸ Cfr., sul punto, BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium.it*, 14.2.2011, il quale sottolinea – e si tratta di rilievo importante anche al fine di delimitare puntualmente l’ambito di operatività in materia dell’istituto della responsabilità civile – che la *ratio* sociale in questo modo individuata per la disciplina antitrust «non sempre attraversano la responsabilità civile e, comunque, mai la attraversano in un modo che possa sensatamente investire il pregiudizio subito dal consumatore per essersi ritrovato a concludere un contratto a condizioni diverse e peggiori di quello che avrebbe concluso in una condizione di ‘concorrenza perfetta’».

²⁹ Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, 3a ed., 2021, 242.

³⁰ Così DENOZZA, *op. cit.*, 406.