

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE XVII CIVILE
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA**

Il Tribunale, in composizione collegiale, composto dai seguenti magistrati:

dr. Claudia PEDRELLI – Presidente

dr. Fausto BASILE – Giudice

dr. Tommaso MARTUCCI – Giudice relatore

SENTENZA

nel procedimento civile di I grado iscritto al n. **xxxx**/2020 del Ruolo Generale degli Affari Civili, posto in deliberazione all'udienza dell'1/3/2023 e promosso da:

FIDEIUSSORE,

ATTRICE

contro

BANCA CREDITRICE,

CONVENUTA

OGGETTO: antitrust - azione di nullità in materia di tutela della concorrenza e del mercato - fideiussione

CONCLUSIONI

per la parte attrice: *“Voglia, l’Ill.mo Giudice adito, respinta ogni contraria istanza ed eccezione: - accertare e dichiarare, per tutti gli atti, fatti, ragioni ed eccezioni, esposte in narrativa la nullità e/o inefficacia della fideiussione prestata dalla **FIDEIUSSORE** con contratto di mutuo del 7 settembre 2006 i rogiti Notaio **OMISSIS** rep. n. xxxxx racc. n. xxxxx; - in subordine, nella denegata ipotesi in cui non si ravvisi la nullità della fideiussione prestata, accertare e dichiarare la nullità delle singole clausole richiamate in narrativa; - condannare, in ogni caso, **BANCA CREDITRICE** al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi che si quantificano sin d’ora nella somma di € 30.000,00 quali danni connessi e conseguenti alla dichiarata nullità della fideiussione ovvero nella maggiore o minor somma così come verrà provata in corso di causa e che, in difetto, potrà essere liquidata anche in via equitativa. Con vittoria di spese e compensi professionali”*

per la convenuta: *“Piaccia all’Ecc.mo Tribunale adito, ogni contraria domanda, deduzione ed eccezione reiette, rigettare tutte le domande introitate dall’attrice **FIDEIUSSORE**, sia quelle dichiarative alternativamente proposte, sia quella di condanna, in quanto infondate in fatto e diritto e comunque non provate, in ogni caso restando escluso qualsiasi ricorso all’equità, ovvero a criteri equitativi nella liquidazione dell’asserito danno. Con vittoria di spese e compensi di giudizio”*

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione in riassunzione notificato in data 5/2/2020 dopo la declaratoria di incompetenza del Tribunale Ordinario di Ancona con ordinanza del 14/11/2019, **FIDEIUSSORE** conveniva in giudizio avanti all’intestato Tribunale la S.p.A. **BANCA CREDITRICE**, in persona del legale rappresentante pro tempore, chiedendo dichiararsi la nullità della fideiussione prestata contestualmente al contratto di mutuo stipulato il 7/9/2006 per rogito notaio **OMISSIS**, rep. n. xxxxx, racc. n. xxxxx, tra **DEBITORE** e la **Banca Omissis** a garanzia delle obbligazioni assunte dal mutuatario, per violazione

di norme imperative, in particolare dell'art. 2 della L. n. 287/1990. In subordine, l'attrice chiedeva dichiararsi la nullità parziale della fideiussione relativamente alle clausole di cui al n. 3 delle "Norme della fideiussione" contenute nell'allegato B al contratto di mutuo, in ogni caso con condanna della convenuta al risarcimento dei danni, da liquidarsi in € 30.000,00, vinte le spese di lite.

L'attrice espose che la fideiussione da lei sottoscritta prevedeva le clausole di pagamento a prima richiesta, di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e di sopravvivenza della garanzia, corrispondenti a quelle dichiarate invalide dalla Banca d'Italia, con il provvedimento n. 55/2005, per violazione della disciplina in materia antitrust.

Dava atto, inoltre, che la **BANCA CREDITRICE**, società incorporante la **BANCA INCORPORATA**, in data 15/5/2019 le aveva notificato un atto di precetto per il pagamento della somma di € 93.887,97, oltre agli accessori di legge, quale garante e datrice di ipoteca in relazione al mutuo stipulato dal **DEBITORE** e concludeva come in epigrafe.

Con comparso del xx/xx/xxxx si costituiva in giudizio la **BANCA CREDITRICE INCORPORANTE**, in persona del legale rappresentante pro tempore, chiedendo il rigetto delle avverse domande, deducendo che il **FIDEIUSSORE** era obbligata in solido con il **DEBITORE** al pagamento delle somme dovute in virtù del contratto di mutuo stipulato il 7/9/2006 per rogito notaio **OMISSIS**, rep. n. xxxxx, racc. n. xxxxx, tra **DEBITORE** e la **BANCA INCORPORATA**; contestava la sussistenza dei presupposti della violazione della disciplina anticoncorrenziale e concludeva per il rigetto dell'avversa domanda.

Esperiti gli incumbenti preliminari e concessi i termini ex art. 183, co. VI c.p.c., con note scritte di trattazione del 19/5/2021, la convenuta dava atto che la **BANCA CREDITRICE INCORPORANTE** era stata fusa per incorporazione nella **BANCA S.p.A.** con effetti dal 12/4/2021, come da certificazione del notaio **OMISSIS** del 29/3/2021 versata in atti, quindi, all'udienza dell'1/3/2023, sostituita dal deposito telematico di note scritte, il giudice tratteneva la causa in decisione, concedendo alle parti i termini per le memorie conclusive.

Con la memoria di replica **FIDEIUSSORE** deduceva la nullità della fideiussione da lei prestata per effetto della presenza di clausole in contrasto con l'art. 33, lett. f) del D.Lgs. n. 206/2005, con particolare riferimento alla deroga pattizia all'art. 1957 c.c., dando atto di aver agito come consumatrice nella prestazione della garanzia, essendo coniuge del debitore principale.

Sussiste la competenza della Sezione specializzata in materia di Impresa presso il Tribunale Ordinario di Roma in ordine alle domande di nullità – totale o parziale - della fideiussione in quanto per l'asserita violazione dell'art. 2, co. II, lett. a), della legge n. 287 del 1990, poiché l'azione volta alla declaratoria di invalidità del contratto a valle implica l'accertamento della nullità dell'intesa vietata (cfr. Cass. civ. n. 6523 del 10/03/2021).

Ai sensi dell'art. 4, co. 1-ter, D.Lgs. n. 163/2003, così come inserito dall'art. 18, co. I, D.Lgs. n. 3/2017, per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) e d) D.Lgs. n. 168/2003, anche quando ricorrono i presupposti del comma 1, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti:

- a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata);
- b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata);
- c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria.

Nel caso in esame, in cui verrebbe in rilievo la competenza del Tribunale di Ancona, *forum obligationis*, la causa è attratta dalla competenza dell'adita sezione specializzata del Tribunale Ordinario di Roma, in forza della citata norma speciale.

È inammissibile la dedotta nullità della fideiussione prestata da **FIDEIUSSORE** per effetto della previsione di clausole abusive ai sensi dell'art. 33, lett. f) del D.Lgs. n. 206/2005, trattandosi sì allegazione proposta dall'attrice con la memoria di replica ex art. 190 c.p.c..

Con le memorie di cui all'art. 190 c.p.c., invero, le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie ed illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nelle comparse conclusionali e non anche esporre questioni nuove o formulare nuove conclusioni, sulle quali, pertanto, il giudice non può e non deve pronunciarsi (cfr. Cass. civ. n. 98 del 07/01/2016).

Nella specie, l'allegazione attorea della qualità di consumatrice del **FIDEIUSSORE** nella prestazione della fideiussione per cui è causa e la violazione della disciplina consumeristica per effetto dell'asserita abusività delle clausole sopra menzionate sono state introdotte in giudizio soltanto con la memoria di replica, atto finalizzato a replicare alla comparsa conclusionale avversaria ed in ordine al cui contenuto la controparte non è stata posta in condizione di controdedurre neanche per *tabulas*, in quanto trattasi dell'ultimo atto difensivo, di natura cartolare, da depositarsi in una fase processuale in cui la parte avversa non può più replicare né oralmente né per iscritto, non essendo stata chiesta, peraltro, la fissazione dell'udienza di discussione ex art. 281-quinquies c.p.c..

Non rileva in contrario richiamare la recente sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite n. **9479** del 6/4/2023, secondo cui, ai fini del rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti al consumatore dalla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive dei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, e dalle sentenze della CGUE del 17 maggio 2022, nel caso in cui il decreto ingiuntivo non opposto, su cui sia fondata l'esecuzione o l'intervento del creditore, **non sia motivato in ordine al carattere non abusivo delle clausole del contratto fonte del credito oggetto d'ingiunzione**, il giudice dell'esecuzione ha il dovere di controllare d'ufficio l'eventuale carattere abusivo delle clausole che incidono sulla sussistenza o sull'entità del credito azionato, nel contraddittorio e previa instaurazione di una sommaria istruttoria, a prescindere dalla proposizione di un'opposizione esecutiva (potendo, ove non adito prima dalle parti, dare atto, nel provvedimento di fissazione dell'udienza, della mancanza di motivazione del decreto ingiuntivo e invitare il creditore, precedente o intervenuto, a produrre il contratto); il giudice dell'esecuzione è altresì tenuto a informare le parti dell'esito del controllo svolto - avvertendo il consumatore che entro quaranta giorni da tale informazione ha facoltà di proporre opposizione al decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c., esclusivamente per far accertare il carattere abusivo delle clausole incidenti sul credito oggetto di ingiunzione - e a soprassedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito fino alla vana scadenza del predetto termine o alle determinazioni del giudice dell'opposizione sull'istanza ex art. 649 c.p.c..

Tale recente arresto della Suprema Corte riguarda la diversa ipotesi dei limiti del giudicato del decreto ingiuntivo non opposto nei confronti del consumatore, **ma non prevede alcuna deroga alla regola processuale che inibisce di introdurre nuove allegazioni, domande ed eccezioni con la memoria di replica ex art. 190 c.p.c..**

Nel merito, è documentale che **Manuela Bruni**, in data il 7/9/2006, ha partecipato al contratto di mutuo stipulato per rogito notaio **Sabino Patruno**, rep. n. **xxxxx**, racc. n. **xxxxx**, tra **DEBITORE** e la **BANCA INCORPORATA**, prestando fideiussione fino alla concorrenza di € 130.000,00 per le obbligazioni assunte da **DEBITORE** nei confronti della Banca, ai sensi dell'art. 8 del contratto di mutuo ed alle condizioni di cui all'art. 3 delle "Norme generali" riportate nell'allegato B al mutuo.

Relativamente alla dedotta nullità delle fideiussioni per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 in materia di antitrust, si rileva quanto segue.

La questione in oggetto trae origine dal provvedimento n. 55 del 2/5/2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 della legge n. 287/1990, vigenti fino al trasferimento, a far tempo dal 12/1/2006, dei poteri all'AGCM per effetto della legge n. 262/2005.

Il citato provvedimento ha ad oggetto il denunciato contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e l'art. 2 della legge n. 287/1990 ("legge Antitrust"), in virtù del quale "1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari; 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, (...); 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto."

Nel provvedimento l'Autorità Garante ha anzitutto osservato che le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2, co. I, della legge n. 287/90, laddove recita: "Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari". L'Autorità ha, quindi, rilevato che le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti. Relativamente a quest'ultimo profilo, la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI. A fronte dell'esame dello schema contrattuale di fideiussione omnibus, la Banca d'Italia invitava l'ABI a modificarne il contenuto, ritenendolo contrastante con la normativa antitrust, pertanto l'ABI emendava lo schema e provvedeva ad una nuova comunicazione all'Autorità di vigilanza, cui seguiva l'apertura dell'istruttoria, protrattasi per ulteriori due anni, avendo la Banca d'Italia incentrato la sua analisi sulle clausole che ponevano in capo al fideiussore obblighi non previsti dalla disciplina codicistica della fideiussione, che avrebbero potuto avere effetti anticoncorrenziali in caso di loro adozione generalizzata da parte delle banche, in mancanza di un equilibrato temperamento degli interessi delle parti, stante la loro potenziale diffusione.

All'esito del procedimento, la Banca d'Italia disponeva che "gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90".

In particolare, l'art. 2 prevedeva la cosiddetta "clausola di reviviscenza" e imponeva al fideiussore di "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"; l'articolo 6 disponeva che "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato" e l'articolo 8 prevedeva che "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate".

L'Autorità di vigilanza muove dal presupposto che la standardizzazione contrattuale frutto di un'attività associativa non è di per sé lesiva della concorrenza, ben potendo incentivare la stessa, pertanto al fine di determinare quando tale standardizzazione si ponga in contrasto con le regole della concorrenza evidenzia alcune tipologie di schemi, precisamente "gli schemi contrattuali atti a: - fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti; - precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto.

Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza". L'Autorità di Vigilanza precisa, quindi, come lo schema predisposto dall'ABI potesse essere idoneo a determinare una situazione di standardizzazione - come ritenuto poi all'esito dell'istruttoria - visto e considerato che già all'epoca dell'istruttoria i testi di fideiussione omnibus in

uso nella prassi bancaria disciplinano in modo sostanzialmente uniforme le clausole oggetto dell'istruttoria differenziandosi, tuttalpiù, rispetto allo schema predisposto dall'ABI per un aggravamento della posizione contrattuale del garante.

La Banca d'Italia conclude nel senso che le intese vietate sono quelle che “abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali prevedano clausole, incidenti su aspetti importanti del negozio, che impediscano “un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti”. Tale elemento è considerato discriminante nella valutazione condotta dalla Banca d'Italia, secondo cui la clausola di pagamento “a prima richiesta” di cui all'art. 7 dello schema del contratto di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI prevede un onere in capo al fideiussore da ritenersi “non ingiustificato”, stante la sua finalità di garantire l'accesso al credito con attenuazione del rischio di credito ai sensi dell'Accordo Basilea; al contrario, la Banca d'Italia afferma che non vi sono collegamenti funzionali con gli articoli 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale atti a contemperare gli interessi, avendo quindi gli stessi il solo scopo di “addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi”.

Il provvedimento dell'Autorità di vigilanza, pertanto, dispone che i suddetti articoli 2, 6 e 8 contenuti nello schema predisposto dall'ABI contengono disposizioni “che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/90”.

A tutela della concorrenza al livello eurounitario si pone poi l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario art. 81 del Trattato 12 CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma) - in applicazione dell'art. 3, secondo cui «L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: [...] b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; [...]» - secondo cui: «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; [...]. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto».

Conformemente all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, la legge “antitrust” del 10/10/1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia 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, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione “a monte”, ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990 (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 2207 del 04/02/2005).

Il Supremo Collegio ha precisato che l'art. 2 della legge n. 287/1990, allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le “intese” fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle intese in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare “voluti”. Il legislatore - infatti - con la suddetta disposizione normativa ha inteso - in realtà ed in senso più ampio - proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche;

il che può essere il frutto anche di comportamenti non contrattuali o non negoziali. Si rende - così - rilevante qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l’articolo in questione 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 (cfr. Cass. civ. n. 827 del 1999).

Qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma avvenga, rileva, pertanto, ai fini dell’accertamento della violazione dell’art. 2 della legge antitrust.

Ciò posto, a fronte dell’ampio dibattito sorto in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla configurabilità della nullità derivata del contratto di fideiussione omnibus stipulato a valle dell’intesa illecita sanzionata dal citato provvedimento della Banca d’Italia, secondo il recente arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte, a cui si ritiene di doversi adeguare, pur nella consapevolezza dell’estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, tra le tre diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella maggiormente in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un’ipotesi di «nullità parziale».

La Suprema Corte muove dal presupposto che, sebbene le parti possano determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell’art. 1322, co. I, c.c. - tuttavia ciò è consentito nei limiti imposti dalla legge, da intendersi come l’ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale (Cass. civ. sez. u. n. 22437 del 24/09/2018).

Ebbene, l’art. 41 Cost. prevede espressamente che l’iniziativa economica privata non debba svolgersi «in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana» e che essa debba essere comunque sottoposta a «programmi e controlli opportuni» che la indirizzino e la coordinino a «fini sociali».

Il tenore letterale dell’art. 2, co. III, della legge n. 287/1990, poi, stabilisce inequivocabilmente che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» e la locuzione «ad ogni effetto», riproduttiva, nella specifica materia, del principio generale secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, legittima la conclusione dell’invalidità anche dei contratti che realizzano l’intesa vietata.

L’interesse protetto dalla normativa antitrust è, infatti, 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. Come rilevato da autorevole dottrina, l’obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una 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. 2.13.2. Per converso, è evidente che 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.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma - a sua volta - che la portata e le conseguenze della nullità delle intese, per violazione dell’art. 101 (ex 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. Si è, invero, statuito 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 (Corte Giustizia, 14/12/1983, C- 319/82, Société de Vente de Cimentes; Trib., 21/01/1999, T- 190/96, Christophe Palma)

La giurisprudenza eurounitaria è, inoltre, consolidata nel senso che «spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell’effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi

di natura interna (cd principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (cd. principio di effettività)» (cfr. Corte Giustizia, 10/07/1997, C-261/95, Palmisani; Corte Giustizia, 20/09/2001, C-453/99, Courage Ltd v. Crehan; Corte Giustizia, 13/07/2006, da C-295/04 a C-298/04, Manfredi; Corte Giustizia, 14/06/2011, C-360/09, Pfeiderer v. Bundemkartellant; Corte Giustizia 06/06/2013, 28 C-536111Donau Chemie).

La Direttiva Enforcement n. 104/2014/UE, infine, stabilisce che «a norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale» (art. 4).

La tutela risarcitoria è quindi il comune denominatore del diritto eurounitario, a cui gli Stati membri possono affiancare anche la previsione della nullità degli accordi a valle delle intese anticoncorrenziali. Si evidenzia pertanto la particolare efficacia della sanzione della nullità parziale del contratto, che si aggiunge alla tutela risarcitoria del singolo soggetto leso dal contratto "a valle", al fine di apportare un'adeguata tutela antitrust.

Peraltro, la regola dell'art. 1419, co. I c.c. - ignota al codice del 1865, come pure al code civil, provenendo dall'esperienza tedesca - insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorchè difformi dallo schema legale.

Ai sensi dell'art. 1419 c.c., vige, infatti, la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto accertato dal giudice; al contrario, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (cfr. Cass. civ. n. 11673 del 21/05/2007).

Tale ultima evenienza è di ben difficile riscontro nel caso in esame. Ed invero, avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema predisposto dall'ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicchè la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore - salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario - avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo generalmente portatore di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva - al riguardo - il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la «nullità derivata» del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole.

I contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust - in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (cfr. Cass. civ. sez. u., n. 2207/2005) - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed europeo - infatti - intendendo sanzionare con la nullità un «risultato economico», ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo anche a comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tale prospettiva, si rende perciò rilevante 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». Da ciò consegue - come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte - che, allorché l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza» (cfr. Cass. civ. n. 827/1999). Il che equivale a dire che anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un «collegamento funzionale» - non certo un «collegamento negoziale».

La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie la fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale.

E ciò è tanto più evidente quando le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato.

Trattasi, quindi, di una nullità speciale, prevista dall'art. 2, lett. a) L. n. 287/1990 e 101 TFUE la cui ratio si rinviene nell'esigenza di salvaguardia dell'ordine pubblico economico.

Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI.

Ne discende, poi, la rilevanza d'ufficio di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.). Si è - per vero - stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (cfr. Cass. civ. sez. u. nn. 26242 e 26243 del 12/12/2014; Cass. civ. n. 16501 del 18/06/2018).

Deve, quindi, predicarsi, aderendo alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che i contratti di fideiussione omnibus a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, co. III, della legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 41994 del 30/12/2021).

Ne consegue il rigetto della domanda principale di nullità assoluta della fideiussione de qua.

E' parimenti priva di pregio la domanda attorea di nullità parziale della fideiussione prestata dalla Bruni, venendo in rilievo, nella specie, una fideiussione specifica, inserita nell'ambito del contratto di mutuo ipotecario cui accede, che pertanto non è riproduttiva dello schema predisposto dall'ABI e sottoposto all'esame della Banca d'Italia.

La questione posta dall'attrice, afferente all'applicabilità alla «fideiussione specifica», ossia prestata a garanzia di una determinata obbligazione, della nullità parziale per violazione dell'art. 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90, è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto a seguito del citato arresto delle Sezioni unite della Suprema Corte con cui è stata predicata la nullità parziale dei «contratti a valle» dell'intesa illecita di cui al provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, quindi la relativa soluzione postula un'approfondita analisi degli orientamenti in materia. Invero, l'indirizzo attualmente prevalente in giurisprudenza non ritiene sussumibili le fideiussioni specifiche nell'ambito di applicazione del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, che ha

valutato ruolo, funzioni e condizioni contrattuali afferenti alla fideiussione omnibus, da intendersi come l'operazione con cui il fideiussore garantisce il debitore di una banca per tutte le obbligazioni da questo assunte, comprensive non solo dei debiti esistenti nel momento in cui la garanzia fideiussoria viene prestata, ma anche di quelli che deriveranno in futuro da operazioni di qualunque natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale.

L'organo di vigilanza, nel citato provvedimento, ha evidenziato che la fideiussione omnibus presenta una funzione diversa da quella della fideiussione civile, volta a garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica agli operatori economici ed è pertanto con riguardo a tale fattispecie contrattuale che la Banca d'Italia ha ritenuto che le clausole dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, di per sé lecite, possano determinare effetti anticoncorrenziali, in pregiudizio della clientela (cfr. Trib. Bologna n. 64 del 13/1/2022; Trib. Napoli n. 5125 del 24/5/2022; Trib. Monza n. 375 del 18/2/2022).

Il contrario orientamento minoritario valorizza, invece, in via esclusiva l'elemento oggettivo della corrispondenza delle clausole contrattuali allo schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e sottoposto alla Banca d'Italia, che lo ha ritenuto parzialmente invalido limitatamente agli artt. 2, 6 e 8, in quanto applicati in modo uniforme, per violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990, ritenendo applicabile la sanzione della nullità parziale, limitatamente alle clausole riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, anche alle fideiussioni specifiche (cfr. Trib. Prato 16/1/2021; Trib. Matera 6/7/2020).

Ritiene il collegio, conformemente all'indirizzo ermeneutico prevalente in giurisprudenza, non sussumibili le fideiussioni specifiche tra i contratti a valle dell'intesa illecita sanzionata dalla Banca d'Italia. Ed invero, dal citato provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 emerge che l'istruttoria dell'organo di vigilanza ha avuto ad oggetto due schemi di "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", c.d. fideiussione omnibus, senza in alcun modo occuparsi della c.d. fideiussione specifica, ossia quella prestata a garanzia di una specifica operazione creditizia, quale ricorre nella fattispecie.

Deve, quindi, ritenersi che l'accertamento della Banca d'Italia sull'esistenza di un'intesa illecita sfociata nell'adozione dello schema di contratto dichiarato parzialmente nullo, limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, per contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90, si riferisca alle sole fideiussioni omnibus, la cui caratteristica ontologica è quella di essere prestate per garantire un numero indeterminato di operazioni creditizie. L'organo di vigilanza ha, invero, valutato l'essenza ontologica e funzionale della fideiussione omnibus ed ha compiuto una soddisfacente valutazione dell'effetto distorsivo della concorrenza delle clausole nn. 2, 6 e 8 del relativo schema predisposto dall'ABI nel 2002 e nel 2003, alla luce della completa valutazione delle pattuizioni ivi previste.

Ne consegue che il contratto a valle di cui la Suprema Corte, con la citata sentenza pronunciata a sezioni unite, ha predicato la nullità parziale, limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema negoziale, in quanto interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, sia la sola fideiussione omnibus, rimanendo fuori dal perimetro di tale invalidità la fideiussione specifica, come quella prestata dall'odierna attrice. Non può, pertanto, predicarsi la nullità parziale della fideiussione – specifica – prestata dalla Bruni il 7/9/2006.

È infondata, inoltre, in mancanza dei relativi presupposti, la domanda attorea di condanna della convenuta al risarcimento del danno.

Ai fini della risarcibilità ex art. 1223 c.c., in relazione all'art. 1218 c.c. o agli artt. 2043 e 2056 c.c., il creditore o il preteso danneggiato deve infatti allegare non solo l'altrui inadempimento ovvero allegare e provare l'altrui fatto illecito, ma in entrambi i casi deve pur sempre allegare e provare l'esistenza di una lesione, cioè della riduzione del bene della vita (patrimonio, salute, immagine, ecc.) di cui chiede il ristoro, e la riconducibilità della lesione al fatto del debitore o del danneggiante: in ciò appunto consiste il danno risarcibile, che è un *quid pluris* rispetto alla condotta asseritamente inadempiente o illecita; in difetto di tale allegazione e prova la domanda risarcitoria mancherebbe di oggetto (cfr. Cass. civ. n. 5960 del 18/03/2005).

In adesione al principio ermeneutico basato sul concetto di danno-conseguenza in contrapposizione a quello di danno-evento ed escludendo l'ipotizzabilità di un risarcimento automatico e di un danno in re ipsa, così da coincidere con l'evento, appare quindi evidente che la domanda risarcitoria deve essere

provata, sia pure ricorrendo a presunzioni, sulla base di conferente allegazione: non si può invero provare ciò che non è stato oggetto di rituale ed adeguata allegazione (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 26972 del 11/11/2008).

Nella specie, difetta la prova di condotte illecite della banca convenuta, sicché la domanda risarcitoria atorea non merita accoglimento.

Le spese processuali, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Visto l'art. 275 c.p.c.;

il Tribunale Ordinario di Roma, sezione specializzata in materia di impresa, definitivamente pronunciando sulle domande proposte con atto di citazione notificato in data 5/2/2020 da FIDEIUSSORE avverso la S.p.A. BANCA CREDITRICE, in persona del legale rappresentante pro tempore, cui è succeduta la S.p.A. Intesa Sanpaolo, *contrariis reiectis*:

RIGETTA le domande proposte da FIDEIUSSORE avverso la S.p.A. BANCA CREDITRICE, cui è succeduta la S.p.A. Intesa Sanpaolo;

CONDANNA FIDEIUSSORE a rifondere all'Intesa Sanpaolo S.p.A. le spese di lite, che liquida in € 6.500,00 per compenso professionale, oltre al 15% per rimborso delle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24/5/2023.

Il Giudice estensore dr. Tommaso Martucci
Il Presidente dr. Claudia Pedrelli

****Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy***