

CONTRATTI BANCARI E INTESE ANTICONCORRENZIALI: RECENTI SVILUPPI (CON PARTICOLARE RIGUARDO, ANCORA, AI CONTRATTI “A VALLE”) *

MARIO LIBERTINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le intese restrittive “per oggetto”. – 3. Accordi di uniformazione leciti e illeciti. – 4. Il tema più ricorrente: la disciplina applicabile ai contratti “a valle”. Incongruità della tesi della nullità generalizzata. – 5. L’ambiguità della motivazione della sentenza delle SS.UU. n. 41994/2021 sulle fideiussioni *omnibus*. Oscillazione tra la prospettiva rimediale e il ricorso alla nullità per contrasto con norma imperativa. – 6. I dubbi applicativi dopo la sentenza delle Sezioni Unite. – 7. Il nuovo rinvio alle Sezioni Unite. – 8. Le incertezze della giurisprudenza sui mutui indicizzati al tasso Euribor. – 9. Le incertezze dottrinali sul tema. – 10. Conclusioni sulla disciplina dei contratti “a valle” di intese anticoncorrenziali.

1. Premessa.

Sul ruolo della concorrenza nel mercato bancario la prospettiva più affascinante è quella “macro”, relativa alla refluenza, sullo sviluppo economico in generale, della maggiore o minore concorrenzialità nel mercato bancario. Questa prospettiva si riflette sulla disciplina delle concentrazioni fra

* Relazione nel convegno su "*Contratto e concorrenza nel mercato bancario: le sfide del XXI secolo*" (Palermo, 12 giugno 2025).

Il presente scritto è dedicato alla raccolta di "*Studi in onore di Giuseppe Santoni*".

imprese bancarie come su quella degli aiuti di Stato alle banche (che sono, quasi per definizione, aiuti di salvataggio a banche in difficoltà). L'idea che, anche nei mercati bancari, debba lasciarsi campo libero alla concorrenza è ormai da tempo divenuta luogo comune. Tuttavia, notevoli dubbi rimangono sull'efficienza delle grandi dimensioni aziendali e sull'effettiva possibilità di realizzare importanti economie di scala nell'attività bancaria.

La materia bancaria, sotto il profilo della concorrenza, continua a presentare, comunque, significative peculiarità. Anche se il valore della "stabilità" non ha più un primato assoluto, e non si collega più all'idea di "pubblico servizio del credito" ma solo a quella della "prevenzione di crisi sistemiche", ciò non toglie che continui ad avere una sua attualità e a giustificare interventi di salvataggio e ristrutturazione con criteri più elastici di quelli che sono ammessi nei settori dell'economia reale. Ciò si evince già dalla *Banking Communication* della Commissione UE del 2013, tuttora in vigore (integrata, durante il decennio, da misure speciali derivanti dalle crisi sanitaria e militare).

In questa sede ci occuperemo però solo dell'incidenza, nei mercati bancari, della disciplina delle intese anticoncorrenziali e delle perduranti incertezze che affliggono i contenziosi seriali italiani in questa materia (oggi concentrati sui temi delle fidejussioni bancarie e sull'impiego del tasso Euribor nei contratti di finanziamento). Non senza premettere, tuttavia, che anche sul terreno delle intese concorrenziali in materia bancaria possono rilevarsi alcuni fenomeni "macro" meritevoli di segnalazione:

1) Gli accordi in materia di finanza sostenibile, validi ai sensi dell'art. 101.3 TFUE, nei limiti (ampi) ammessi dalla comunicazione della Commissione sugli accordi orizzontali (ma la compatibilità con le norme antitrust è stata contestata, negli USA, dall'azione collettiva contro *BlackRock*)¹;

¹ Cfr. V. DENICOLO' – F. PANUNZI, *L'azione legale contro BlackRock, Vanguard e State Street: un'analisi economica e politica*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, fasc. 2/2025. Al momento, la controversia è ancora pendente, ma

2) Il tema dei fondi di garanzia dei depositi. Dopo la conclusione del caso Tercas² – che ha escluso l'applicabilità in materia della normativa sugli aiuti di Stato – gli atti costitutivi debbono qualificarsi come accordi privati e anch'essi dovrebbero essere valutati come accordi orizzontali di cooperazione, leciti alle condizioni poste dall'art. 101.3 TFUE.

2. Le intese restrittive “per oggetto”.

A parte ciò, in ordine all'applicazione del divieto delle intese di cui all'art. 101.1 (e alla relativa sanzione di nullità civilistica di cui all'art. 101.2 TFUE), l'applicazione dei divieti antitrust alle banche può dirsi integrale.

Si può anzi segnalare un rafforzamento del programma repressivo degli organismi europei. Con la decisione *Cartes bancaires*³, la giurisprudenza europea ha offerto, qualche anno fa, spunti per un'applicazione prudente della nozione di intesa restrittiva della concorrenza “per oggetto”, spingendo verso un'attenta analisi degli effetti anticoncorrenziali concreti dell'intesa, come presupposto per l'applicazione di sanzioni. Con la recente sentenza *Banche portoghesi*⁴, la Corte ha però deciso che costituisce restrizione “per oggetto” una prassi di scambio di informazioni fra banche, pur non accompagnata da alcuna forma espressa di coordinamento, ma oggettivamente idonea a favorire un allineamento delle condizioni praticate dalle diverse banche alla loro clientela. Ciò perché si trattava di scambio periodico di informazioni “riservate e strategiche”,

l'iniziativa ha prodotto effetti pesanti, perché BlackRock ha lasciato l'accordo per il contenimento del cambiamento climatico [Net Zero Asset Managers (NZAM) Alliance] (cfr. *ESG News*, 29 gennaio 2025).

² Per informazioni anche sugli sviluppi più recenti, relativi all'azione risarcitoria contro la Commissione, v., p.e., F. FERRI, *La sentenza Banca Popolare di Bari s.p.a. c. Commissione europea: brevi note in tema di prescrizione dell'azione per responsabilità extracontrattuale dell'Unione*, in *Rivista del contenzioso europeo*, fasc. 1/2025.

³ Corte Giustizia UE, sez. III, 11 settembre 2014, C-67/13P, *Cartes bancaires*.

⁴ Corte Giustizia UE, sez. V, 29 luglio 2024, C-298/22, *Banche portoghesi*.

incentrate sul preavviso di intenzioni di modifica delle condizioni da parte dei partecipanti allo scambio.

Questa decisione proietta un'esigenza di particolare attenzione sugli scambi di informazioni, anche all'interno delle associazioni bancarie, e ripropone una concezione ampia delle intese orizzontali di settore restrittive per oggetto, comprensiva di forme "blande" di coordinamento di prezzi, pur prive di quel potere di mercato collettivo che avvicina i cartelli classici a posizioni dominanti⁵.

3. Accordi di uniformazione leciti e illeciti.

Un'altra osservazione di carattere generale può farsi con riguardo ai criteri di applicazione del divieto, e quindi della conseguente dichiarazione di nullità, alle intese orizzontali fra imprese bancarie (intese "a monte", per distinguerle da quelle "a valle", su cui si è formata tanta giurisprudenza e si concentrerà anche l'attenzione in questo scritto).

Come a suo tempo sancito dal provvedimento 55/2005 della Banca d'Italia (divenuto celebre nella saga giurisprudenziale sulle fideiussioni *omnibus*), non tutte le clausole di uniformazione di condizioni contrattuali praticate alla clientela devono considerarsi vietate *per se* come restrittive della concorrenza. Si danno infatti casi in cui l'uniformazione ha carattere meramente tecnico (es. menzioni necessarie ai fini della validità dell'atto), e in tal caso la standardizzazione parziale del contratto può anche favorire la competizione fra diversi operatori, mediante la migliore comparabilità delle offerte, quanto ai contenuti estranei alla standardizzazione tecnica. Ma si danno altri casi in cui la clausola di uniformazione comporta l'eliminazione (o la possibile eliminazione, quando la clausola è presentata come suggerimento e non come impegno negoziale) di un potenziale elemento di differenza (e quindi di competizione) tra le varie offerte commerciali. Solo in questo

⁵ Per la perdurante applicazione estensiva della nozione di intesa restrittiva per oggetto da parte delle autorità antitrust v., da ultimo, AGCM, provv. n. 31785 (I866) del 22 dicembre 2025, *Accordi tra fonderie*.

secondo caso si dovrebbe applicare il divieto delle intese anticoncorrenziali, con la relativa sanzione di nullità.

Tuttavia, il provvedimento della BdI del 2005 dà due diverse giustificazioni della condanna di certe clausole (§ 56):

- a) l'ostacolo alla concorrenza potenziale, di cui si è detto;
- b) l'incidenza economica e quindi l'intrinseca iniquità di certe pattuizioni uniformate.

Sulla base di questa impostazione, la BdI giustifica, come tecnicamente necessaria, la standardizzazione della clausola “a prima richiesta”, in forma di *solve et repete* (§ 81), mentre dichiara contrarie al divieto dell'art. 2, l. 287/90, le clausole di deroga al termine dell'art. 1957 c.c., nonché le clausole di “sopravvivenza” (restituzione o reviviscenza) della garanzia⁶.

Questa ambiguità del provvedimento della BdI sta alla base di molti equivoci che hanno caratterizzato la giurisprudenza successiva sulle fideiussioni *omnibus* contenenti dette clausole.

In realtà, il provvedimento della BdI, con la sua duplice motivazione, è argomentato in modo ambiguo (oltre che troppo sintetico); la seconda motivazione, sopra elencata sub b), ha fatto pensare a molti che il divieto delle intese anticoncorrenziali sia una norma di tutela della giustizia contrattuale. In realtà, le norme antitrust vietano in qualche caso la pratica di prezzi e condizioni contrattuali ingiustificatamente gravosi, ma ciò solo quando questi siano praticati da un'impresa in posizione dominante. In caso di intesa di uniformazione fra imprese, non necessariamente dominanti, questa è vietata anche se il contenuto non è intrinsecamente iniquo, ma è comunque idoneo a ridurre gli spazi di competizione fra imprese concorrenti.

Il percorso giuridicamente corretto, per sanzionare direttamente, con i divieti antitrust, clausole inique – in quanto tali - in contratti bancari, richiederebbe dunque la prova di una posizione dominante collettiva e una valutazione di

⁶ Questa distinzione non è molto rigorosa, dal momento che tutte le clausole contestate sono astrattamente giustificabili in funzione dell'efficienza produttiva dell'impresa bancaria (cfr. G.M. MARSICO, *Fideiussione omnibus: fra mercato, concorrenza e decadenza*, in *I Contratti*, 2024, 649 ss.).

ingiustificata gravosità di una certa clausola praticata uniformemente dall'ipotetico monopolio collettivo.

Pienamente condivisibile è invece l'altra motivazione contenuta nel provvedimento di BdI qui richiamato: quando l'accordo di standardizzazione comporta il venir meno di una potenziale differenza di condizioni di offerta commerciale, utilizzabile in modo competitivo, esso si pone direttamente in contrasto con il divieto delle intese.

Se questa conclusione si completa con l'indicazione giurisprudenziale, sopra richiamata, sulla facilità di rilevare intese incompatibili "per oggetto" con il divieto delle intese, ne consegue, in modo rafforzato, la valutazione di pericolosità di ogni forma di confronto e di scambio di informazioni fra banche avente ad oggetto le condizioni contrattuali praticate alla clientela.

4. Il tema più ricorrente: la disciplina applicabile ai contratti "a valle". Incongruità della tesi della nullità generalizzata.

L'esperienza giurisprudenziale di gran lunga prevalente, in materia di rapporti fra disciplina delle intese anticoncorrenziali e contratti bancari, riguarda però, com'è noto, i cosiddetti "contratti a valle", cioè i contratti con i partecipanti all'intesa che hanno, nelle negoziazioni con soggetti terzi, dato attuazione al progetto contenuto nell'intesa medesima.

La discussione (interminabile) in materia sembra articolarsi su due poli estremi. Da un lato c'è chi muove dalla considerazione che il terzo contraente nei contratti a valle è, normalmente, non un partecipante all'intesa, ma una vittima. Pertanto, il contratto a valle è - in linea di principio - civilisticamente valido, ma il terzo contraente ha diritto al risarcimento del danno nei confronti delle imprese che hanno fatto cartello. Per contro, un altro filone muove dalla considerazione che i contratti a valle sono comunque momento terminale e parte integrante dell'accordo di cartello e, come tali, devono ritenersi (con varie motivazioni) nulli.

La discussione in materia è stata condizionata dall'esistenza di contenziosi seriali su certi filoni, come le fideiussioni bancarie *omnibus* (e dalla mancanza completa di contenziosi in altre vicende antitrust).

Vanamente ho tentato di segnalare, in diversi scritti, che il tema dovrebbe essere prioritariamente affrontato in termini generali, tenendo conto della notevole diversità che può avere il contenuto delle intese vietate, con ciò che ne consegue sui riflessi nei contratti "a valle". La discussione – come si tornerà a dire in conclusione - dovrebbe essere focalizzata sui rimedi riparatori del danno subito dai contraenti "a valle", vittime del cartello (e quindi sui criteri di quantificazione del risarcimento pecuniario e sulle possibili modalità di riparazione specifica del danno). La discussione concretamente svoltasi in Italia si è invece focalizzata sul tema dell'applicabilità della sanzione di nullità ai contratti "a valle".

In proposito, se si segue il ragionamento sopra indicato e si tiene conto della possibile varietà di contenuto delle intese "a monte", ci si rende facilmente conto che, in relazione a molte intese restrittive, sanzionare in termini generali con la nullità i contratti a valle è – a prescindere da ogni considerazione giuridica – irrazionale e nient'affatto funzionale a dare effettiva attuazione alle norme antitrust.

Faccio degli esempi:

- Cartello che comporta un piccolo aumento del prezzo finale di beni di largo e generale consumo (p.e. "cartello della pasta" del 2009): non avrebbe avuto senso dichiarare nulli milioni di acquisti di confezioni di pasta al supermercato (e infatti, nel caso del "cartello della pasta" nessuno ha agito, né per la nullità dei contratti e neanche per il risarcimento dei danni individuali...); potrebbe essere appropriata, se mai, un'azione di classe risarcitoria.

- Accordo di ripartizione del mercato: il contraente a valle si è trovato di fronte ad un *partner* obbligato e ha stipulato con lui un contratto di fornitura; non avrebbe senso dichiarare nullo questo contratto, senza sostituirlo con un'altra fornitura più

conveniente. Il terzo è stato danneggiato dalla privazione della facoltà di scegliere fra diversi fornitori. Il rimedio corretto è dargli questa facoltà di scelta e, a tal fine, imporre una correzione dell'attuale contratto di fornitura con l'attribuzione al committente di un diritto di recesso *ad nutum*⁷.

- Accordo di standardizzazione tecnica con impegno di boicottaggio di una certa tecnologia e di certi fornitori. È un grave illecito antitrust, ma i terzi non hanno interesse a far cadere i rispettivi contratti di fornitura. Si dovrà riconoscere piuttosto un'azione di risarcimento in capo al boicottato e, al massimo, un diritto al risarcimento anche dei terzi committenti che sono stati privati di una tecnologia più economica o più efficiente. In qualche caso, se l'evoluzione del mercato lo consente, potrà essere congrua, anche qui, l'integrazione correttiva con il diritto di recesso.

Questo criterio di metodo, che ritengo di dovere ribadire, non costituisce il contenuto di una proposta isolata. Nella stessa direzione possono leggersi, per esempio, e pur con diversità di profili particolari, diversi contributi di Marisaria Maugeri, di Giuseppe Guizzi e di Enrico Camilleri, nonché la monografia di Domenico Russo del 2022⁸. Ma la prevalente opinione – come si è già detto – è favorevole ad estendere il rimedio della nullità, senza svolgere un'analisi di proporzionalità, come quella sopra suggerita.

⁷ È questa la soluzione adottata nel caso *Astra* (Dec. Comm. 93/50 del 23.12.1992).

⁸ D. RUSSO, *Fideiussioni omnibus a valle di intesa anticoncorrenziale e rimedi civilistici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

Sul versante opposto, incentrato sull'assunto secondo cui, essendo il contratto a valle parte integrante dell'illecito antitrust e quindi fattore concreto di distorsione della concorrenza nel mercato, dovrebbe riconoscersi necessariamente la nullità di tutti i contratti a valle, i contributi più significativi sono venuti da Francesco Denozza, da Andrea Montanari e, da ultimo, da A.A. DOLMETTA, *Euribor manipolato e contratti a valle: analisi critica di Cass., n. 19900/2024*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2025, I, 1 ss.

5. L’ambiguità della motivazione della sentenza delle SS.UU. n. 41994/2021 sulle fideiussioni *omnibus*. Oscillazione tra la prospettiva rimediale e il ricorso alla nullità per contrasto con norma imperativa.

Passiamo alle esperienze giurisprudenziali concrete, cominciando dalle fideiussioni *omnibus*. Qui abbiamo una pronuncia delle SS.UU. (n. 41994/2021) che, a mio avviso, merita critiche, anche piuttosto severe⁹, benché, alla fine, giunga a conclusioni abbastanza difendibili, seppure sulla base di un diverso percorso argomentativo.

Un primo punto della sentenza da evidenziare – questo pienamente condivisibile – riguarda l’applicabilità, piena ed estesa, del rimedio risarcitorio, che la sentenza non mette assolutamente in discussione (anche perché la conclusione è vincolata dalle norme europee in materia, recepite nel d.lgs. 3/2017). L’estensione è da intendersi riferita anche al “danno meramente patrimoniale”.

Tuttavia, secondo le SS.UU. (§ 12.3.1. e *passim*), il rimedio risarcitorio non avrebbe una sufficiente efficacia dissuasiva, sicché sarebbe necessario andare alla ricerca di rimedi aggiuntivi più efficaci. Questo passaggio, sorretto da un chiaro giudizio di valore, è apodittico e non chiaramente fondato in fatto, nei termini generali in cui è enunciato.

Viceversa, è intuitivamente condivisibile l’idea che, *in certi casi* (ma non in tutti i casi di intese anticoncorrenziali, e comunque non in quelle in cui il danno coincide con l’aumento del prezzo di vendita di certi beni), il risarcimento per equivalente potrebbe non avere una sufficiente efficacia dissuasiva.

Lo sviluppo logico di questa affermazione dovrebbe trovarsi o nel riconoscimento di danni punitivi – che, però, sarebbe privo

⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, fasc. 1-2022.

Nel testo le critiche alla sentenza sono accentuate, rispetto a quanto può leggersi nel commento da ultimo citato.

di base normativa – o nella ricerca di un rimedio specifico adeguato ai fini dell’effettiva riparazione dell’interesse leso e più efficace rispetto al risarcimento pecuniario.

In altri termini, il ragionamento delle SS.UU., nel passaggio cruciale sopra riportato, si muove sostanzialmente in una “prospettiva rimediale”¹⁰, ma non sviluppa questa prospettiva sino in fondo¹¹.

In ogni caso, sulla base dell’asserita inadeguatezza del rimedio risarcitorio, la sentenza dà per scontato che il rafforzamento rimediale possa venire solo da una dichiarazione di nullità, e così va alla ricerca di una possibile giustificazione della nullità dei contratti “a valle”, come se la nullità fosse

¹⁰ Questa espressione, ormai diffusa, ha dato luogo ad un fiorente dibattito nella dottrina civilistica, incentrato sull’idea elementare secondo cui, a fronte di un interesse valutato come meritevole di tutela, l’ordinamento deve apprestare rimedi effettivi a tutela di tale interesse e il giudice è chiamato a raggiungere tale risultato anche in mancanza di una norma espressa che sancisca, in caso di lesione di quell’interesse, una determinata sanzione.

Questa prospettiva è talora presentata in una chiave *extra legem*, legittimata, più o meno chiaramente, dall’argomento comparatistico (in pratica: dall’esperienza degli ordinamenti angloamericani). Altre volte, viene giustificata in chiave di applicazione diretta dei principi costituzionali (così nella dottrina del “giusto rimedio” di P. Perlingieri). Altre volte, poi, si ancora la prospettiva rimediale al principio di effettività, visto non riconducibile a un bisogno di tutela “*raccordato ad interessi già selezionati e riconosciuti dall’ordinamento ma non necessariamente formalizzati come diritti soggettivi*”. Su questa base può ritenersi che “*i rimedi costituiscono dispositivi tecnici, rivenienti da normative generali o circoscritte, che possono, quindi, venire estratti dall’intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale e collaudati immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ma non certo creati dal giudice*” (S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Jus Civile*, 2019, 720 ss.).

In questa prospettiva, che mi sembra di poter seguire, si inserisce anche la proposta di interpretazione estensiva delle norme sulla riparazione del danno in forma specifica, su cui ci si sofferma più avanti nel testo.

¹¹ Una diversa lettura della sentenza delle SS.UU. 41994/2021, come espressione di una moderna lettura funzionale del rimedio della nullità, è in C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, 694 ss.

l'unica alternativa necessaria all'inadeguatezza del rimedio risarcitorio¹².

In questa ricerca di un possibile fondamento della nullità il primo punto toccato dalle SS.UU. è quello relativo all'ambito della nullità testuale delle intese, sancita dall'art. 101.2 TFUE (che fornisce un criterio interpretativo anche della corrispondente norma interna, ai sensi dell'art. 1.4, l. 287/90). Qui la sentenza riconosce che la norma europea sancisce la nullità delle sole intese "a monte"¹³, ma ritiene che la stessa norma europea non vieti agli Stati membri di estendere ad altre fattispecie la sanzione della nullità (§ 2.14.3: *"la sede naturale per la regolazione dei contratti a valle è quella dell'ordinamento degli Stati membri, non essendovi nessuna lettura obbligata dall'art. 101 del TFUE che consenta di far rientrare automaticamente nella nozione di intesa vietata la contrattazione a valle"* [enfasi aggiunta]). Ma più avanti (§ 2.16.4) la sentenza, in piena contraddizione, dichiara che la "nullità ad ogni effetto", del nostro art. 2, l. 287/1990 (che riproduce sostanzialmente la norma europea ma, per la S.C., si estende ai contratti a valle), *"costituisce una chiara applicazione del diritto eurounitario"*.

Mettendo da parte questo passaggio contraddittorio, la sentenza va comunque alla ricerca di argomenti che rafforzino il fondamento di una sanzione di nullità applicabile secondo il diritto interno. Qui, purtroppo, si incontra un'altra contraddizione. Per la S.C. siamo di fronte ad una *"nullità speciale"* (i.e. costruita all'interno della speciale disciplina antitrust e solo in questo ambito fondata), che però sarebbe *"posta a tutela dell'ordine pubblico economico"* (§ 2.17). Ma in realtà, se il contratto a valle fosse, di per sé, contrario all'ordine pubblico economico, la sua causa sarebbe illecita ai sensi

¹² Questo passaggio è espressione di quel "magnetismo della nullità", vista come "rimedio quasi salvifico", di cui parla brillantemente E. Camilleri (*infra cit.*, nt. 28).

¹³ Punto condiviso dalla maggioranza della dottrina. V., per tutti, E. BIVONA, *Euribor "manipolato" e ricadute tra diritto antitrust e diritto contrattuale*, in *Pactum*, 3 luglio 2024.

dell'art. 1343 c.c. e la nullità sarebbe desumibile dalla disciplina generale del contratto e non avrebbe niente di speciale. Per contro, i contratti “a valle” hanno una loro causa di scambio, non solo in concreto, ma spesso anche in via tipica (nelle vicende che danno luogo ai contenziosi seriali italiani attuali, sono fideiussioni o mutui, altre volte si tratta di vendite o forniture: in ogni caso si tratta di vicende contrattuali che, di per sé, non sono contrarie all'ordine pubblico economico; la contrarietà può predicarsi solo per il cartello “a monte”).

Comunque, la S.C., proseguendo sulla linea dell'asserita contrarietà del contratto a valle all'ordine pubblico economico, sarebbe dovuta giungere alla conclusione della nullità totale delle fideiussioni conformi all'accordo (come ha ritenuto parte della dottrina, in particolare Denozza). Ma la S.C. non ha sviluppato coerentemente il suo ragionamento in tal senso, bensì ha affermato che questa conclusione sarebbe stata sproporzionata e, pertanto, ha proceduto ad un bilanciamento tra l'assunto della nullità (fondato sull'asserita insufficienza della tutela risarcitoria) e il principio di conservazione del contratto. Da qui la preferenza per la soluzione della nullità parziale, limitata alle tre clausole oggetto di condanna da parte dell'autorità amministrativa¹⁴.

6. I dubbi applicativi dopo la sentenza delle Sezioni Unite.

Questo passaggio cruciale della sentenza – per come formulato - appare, in sostanza, espressione di giurisprudenza creativa.

Tuttavia, esso riceve nella sentenza una sorta di copertura tecnico-giuridica con l'affermazione, più volte ripetuta, secondo cui le tre clausole sarebbero state “dichiarate nulle” dall'autorità

¹⁴ Questo passaggio è spesso riaffermato nelle pronunce di Cassazione successive a quella delle SS.UU. V., p.e., Cass.civ., sez. I, 2 agosto 2024, n. 21841; Cass.civ., sez. I, 14 luglio 2023, n. 20387. Essa è ripetuta nella giurisprudenza di merito: v., p.e., Trib. Milano, 25 ottobre 2023, n. 7526, in *One Legale*.

amministrativa¹⁵. In realtà, questo passaggio è arbitrario, perché la dichiarazione di nullità è un rimedio civilistico e l'autorità amministrativa non dichiara la nullità di contratti o di clausole, bensì l'illiceità di certe condotte imprenditoriali (che possono avere, o non avere, momenti negoziali) e, a seguito di questo accertamento di illiceità di alcune condotte irroga, se del caso, le relative ammende. Tuttavia, questa insistenza della S.C. nel parlare di clausole “dichiarate nulle” da un'autorità amministrativa ha fatto diventare luogo comune l'idea (tecnicamente non fondata) che le tre clausole siano state condannate per il loro contenuto intrinsecamente iniquo, mentre la condanna aveva ad oggetto l'accordo di uniformazione delle tre clausole in quanto restrittivo della concorrenza (anche se conteneva, come già detto, spunti nel senso di una valutazione di iniquità delle clausole stesse).

Questa idea (sbagliata) della nullità *in re ipsa* delle tre clausole di deroga ha poi finito per condizionare la giurisprudenza successiva, che si è interrogata sulla portata giuridica di una sorta di dichiarazione di nullità amministrativa, che in realtà non esiste. Su questa malferma base sono poi sorti una serie di problemi applicativi.

Un primo problema, affrontato dalla giurisprudenza successiva alla sentenza delle SS.UU., è stato quello dell'arco temporale di riferimento della pretesa dichiarazione di nullità. Solo i tempi che sono stati oggetto diretto di accertamento o anche periodi precedenti o successivi all'arco temporale oggetto di accertamento? La risposta della giurisprudenza è tendenzialmente – anche se non unanimemente – restrittiva: si richiede la prova dell'antioriorità dell'intesa illecita rispetto al contratto¹⁶, e si ritiene poi – comprensibilmente – che la prova privilegiata dell'illiceità dell'intesa venga meno quando la

¹⁵ La formula è spesso ripetuta nella giurisprudenza di merito. V., p.e., App. Bari, 3 maggio 2024, n. 638, in *One Legale*.

¹⁶ Cass.civ., sez. I, 3 aprile 2025, n. 8824. V. però Trib. Roma, 8 agosto 2022, ne *Il caso.it*, che attribuisce un'elevata efficacia probatoria al provvedimento di Bdl anche con riferimento a fideiussioni anteriori alla data di inizio dell'accertamento, ma pienamente conformi alla fattispecie accertata.

garanzia è stata prestata in epoca diversa da quella oggetto dell'accertamento contenuto nella delibera della Autorità di concorrenza e che, in tal caso, l'attore debba dare prova – eventualmente - dell'esistenza di una pratica concordata e della conformità del contratto contestato a detta pratica¹⁷.

Un secondo problema è quello dell'applicabilità della pretesa dichiarazione di nullità alle fideiussioni diverse dalle *omnibus*, e precisamente alle fideiussioni specifiche, a loro volta collegate a diversi contratti di credito. Anche qui la soluzione preferita dalla giurisprudenza – ma anche qui non unanime - è quella negativa¹⁸.

Un terzo problema riguarda la rilevazione d'ufficio della nullità. Anche in questo caso la giurisprudenza tende ad essere rigorosa, richiedendo la rituale allegazione del vizio nel giudizio di merito¹⁹ e la sua rilevabilità in base agli atti di causa; in altri termini, “la rilevazione officiosa della nullità è circoscritta alla

¹⁷ Trib. Milano, 17 gennaio 2025, n. 430, in *giurisprudenzadelleimprese*; Trib. Palermo, 11 marzo 2025, in *Diritto del risparmio*, 20 luglio 2025; App. Ancona, 17 novembre 2023, n. 1665, in *One Legale*; Trib. Milano, 20 marzo 2023, ne *Il caso.it.*; Trib. Treviso, 19 aprile 2022, ne *Il caso.it.*; Trib. Catanzaro, 3 maggio 2025, n. 950, in *giurisprudenzadelleimprese*.

¹⁸ Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2024, n. 26847; Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2024, n. 30383; Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2025, n. 1170; Cass. civ., sez. I, 3 novembre 2025, n. 28988. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Ascoli Piceno, 18 gennaio 2024, n. 47, in *One Legale*; Trib. Catanzaro, 3 maggio 2025, n. 950, in *giurisprudenzadelleimprese*.

In senso opposto, per l'applicazione estensiva della nullità a tutte le fideiussioni bancarie v. Trib. Milano, 17 gennaio 2025, n. 431, in *giurisprudenzadelleimprese* (che impone tuttavia all'attore di provare la conformità della prassi relativa alle fideiussioni specifiche a quella accertata dall'autorità antitrust per le fideiussioni *omnibus*); App. Ancona, 23 luglio 2025, n. 993, in *DB non solo diritto bancario*, 7 novembre 2025; nonché A. AMATO, *La sorte delle clausole conformi allo schema ABI del 2002 contenute in fideiussioni specifiche*, in *Giurisprudenza italiana*, 2024, 301 ss. (nota critica a Trib. Napoli, 13 aprile 2023, n. 3859, che aderisce all'opinione prevalente); P. MONGELLI, *Fideiussioni e Garanzia Pubblica del MCC. Profili critici*, in *I Contratti*, 2025, 89 ss., ove altre citazioni di giurisprudenza orientata in tal senso.

¹⁹ Cass.civ., sez. I, 1 aprile 2025, n. 8655, Cass.civ., sez. III, 13 marzo 2024, n. 6685. V. anche la sentenza di App. Ancona, *supra* cit.

sola valutazione in iure dei fatti già allegati e provati”²⁰. Si è perfino discusso dell’applicabilità del principio *iura novit curia*, con decisione negativa della Cassazione²¹.

In ogni caso, si è ragionato come se esistesse una norma imperativa attestante la nullità parziale, che avrebbe sancito casi tassativi di nullità e non sarebbe – per alcuni giudici, ma non per tutti - espandibile analogicamente. L’apertura alla prospettiva rimediale avrebbe dovuto indurre piuttosto ad affermare l’esigenza, per il giudice, di valutare l’adeguatezza della soluzione di nullità parziale in relazione al concreto conflitto d’interessi su cui è chiamato a decidere. In questa prospettiva, non possono escludersi casi in cui la nullità della clausola è rimedio eccessivo e sproporzionato, a favore di un fideiussore che è stato il maggiore interessato nell’operazione di credito garantita e da ciò ha tratto beneficio, per un certo tempo, con il tenere in vita il rapporto di credito principale. Questa apertura verso l’analisi degli interessi nei casi concreti – di per sé difficile e impegnativa, anche se idonea ad esaltare la discrezionalità giudiziale - è esclusa se certe clausole sono vietate “*per se*”.

In sostanza, l’apertura verso la “prospettiva rimediale”, che pur si ritrova nel corpo della sentenza delle SS.UU., è poi smentita dalla riconduzione del problema alla prospettiva, concettualmente più semplice ma arbitrariamente assunta, della contrarietà di certe clausole a norme imperative.

7. Il nuovo rinvio alle Sezioni Unite.

Questa impostazione è stata confermata dalla giurisprudenza della S.C. sulle fideiussioni *omnibus*, successiva alla pronuncia delle SS.UU., sì da diventare “diritto vivente”, ma sono emersi – come si è visto - contrasti riguardo alla concreta operatività della asserita nullità parziale. Ciò ha indotto un giudice di

²⁰ Cass.civ., sez. I, 25 gennaio 2025, n. 1851

²¹ Cass.civ., sez. I, 15 luglio 2024, n.19401. V. anche Trib. Napoli, 14 giugno 2022, ne *Il caso.it*, che esclude la rilevabilità d’ufficio della nullità parziale in un caso in cui la domanda dell’attore era limitata alla nullità totale.

merito²² ad emettere un’ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, poi ritenuta ammissibile dal Primo Presidente della S.C.²³. Così le SS.UU. sono state chiamate a pronunciarsi nuovamente sul tema, e più precisamente sull’interpretazione della precedente pronuncia (41994/2021), implicitamente riconosciuta come fonte normativa.

Le questioni sollevate sono le seguenti:

- se una fideiussione contenente una o più delle clausole censurate dalla BdI possa *“dirsi legata da nesso funzionale alla intesa restrittiva della concorrenza sanzionata dalla autorità di vigilanza e possa dunque reputarsi nulla”*,

- “anche se rilasciata al di fuori del periodo compreso tra il 2002 ed il 2005, in relazione al quale soltanto è stato condotto l’accertamento della BdI”*;

- “anche se rilasciata per una specifica operazione e non rientrante nella categoria delle fideiussioni omnibus”*;

- in caso di risposta affermativa ad uno dei precedenti quesiti, se le prova del *“nesso funzionale tra la singola fideiussione e l’intesa restrittiva della concorrenza sanzionata dall’autorità di vigilanza”* possa consistere nella mera dimostrazione della coincidenza testuale delle clausole o richieda altri elementi;

- se, in presenza di una clausola di pagamento a prima richiesta, la decadenza *ex art. 1957 c.c.* possa essere evitata da una mera istanza stragiudiziale o richieda l’avvio di iniziative di carattere giurisdizionale²⁴.

²² Trib. Siracusa, 1 agosto 2025, reperibile sul sito istituzionale della S.C. di Cassazione.

²³ Con decreto 11 novembre 2025, anch’esso reperibile sul sito istituzionale.

²⁴ Questo quesito, indubbiamente importante sul piano applicativo, è, a rigore, estraneo al profilo della disciplina dei contratti a valle di intese antitrust.

Nel merito, per la sufficienza delle iniziative stragiudiziali, v. Trib. Cremona, 18 ottobre 2022, ne *Il caso.it.*; in senso contrario, Trib. Pesaro, 16 marzo 2022, ne *Il caso.it.*

L'accurata ordinanza di rinvio pregiudiziale²⁵ arricchisce il *thema decidendum* ponendo un quesito preliminare che, potenzialmente, potrebbe rimettere in discussione l'intero impianto argomentativo della precedente pronuncia delle SS.UU.: la nullità dei contratti a valle è posta come premessa dei quesiti rivolti alle SS.UU., ma la premessa è, in realtà, condizionata ad un riesame della questione del “nesso funzionale” tra l'intesa nulla “a monte” e i contratti “a valle”. Solo sulla base della conferma della supposta nullità parziale derivata, le SS.UU. potranno pronunciarsi sui problemi applicativi puntualmente messi in luce dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale²⁶.

In altri termini, il problema della nullità dei contratti a valle non è proprio impostato sull'idea – diffusa nel senso comune – di una supposta norma imperativa (o meglio: precedente vincolante) che avrebbe vietato l'impiego di certe clausole nelle fidejussioni bancarie, ma sull'accertamento di un “nesso funzionale” che legherebbe l'intesa ai contratti a valle. Ciò potrebbe dare spazio alle SS.UU. per un riesame, anche radicale, delle argomentazioni svolte nella sentenza del 2021.

La problematica dei contratti “a valle” delle intese antitrust rimane dunque potenzialmente aperta in tutta la sua estensione, e un diritto vivente in materia non può dirsi ancora consolidato.

8. Le incertezze della giurisprudenza sui mutui indicizzati al tasso Euribor.

È certo però che la motivazione della sentenza 41994/2021 è chiara solo in apparenza, sì che l'effetto “nomofilattico” della stessa non può dirsi raggiunto.

²⁵ Particolarmente accurata anche nella citazione delle numerose decisioni, di legittimità e di merito – solo in parte richiamate nelle note precedenti – che hanno accolto soluzioni contrastanti sui quesiti ora sottoposti all'esame delle SS.UU.

²⁶ Per la verità, l'individuazione di questi problemi non può dirsi completa, perché mancano quelli relativi alla rilevabilità d'ufficio della supposta nullità parziale (v. *supra*, § 6).

La conferma di ciò viene dal disorientamento creato da una successiva ondata seriale di contratti “a valle” di intese anticoncorrenziali in materia bancaria, che ha dato luogo agli interventi dalla S.C. nelle sentenze sui mutui bancari con clausole di indicizzazione all'Euribor.

Si deve notare che, in questo caso, la fattispecie è peculiare: non c'è stata un'intesa a monte avente ad oggetto la manipolazione dei tassi sui mutui, bensì un'intesa volta ad ottenere certi effetti favorevoli alle banche nel mercato dei derivati. Tuttavia, è accertato, da parte della Commissione UE, che c'è stato, in quest'ambito, un accordo di manipolazione dei tassi Euribor e che, indirettamente, il dato manipolato si è riflesso sul livello dei tassi applicati a certi mutui.

Di fronte a questa complessa fattispecie, abbiamo avuto tre pronunce della Cassazione, assai diverse l'una dall'altra:

1) la sentenza di Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889, che dichiara nullo integralmente il contratto di mutuo indicizzato all'Euribor, così aderendo precipitosamente ad una tesi estrema e ignorando, sorprendentemente, la sentenza delle SS.UU. del 2021 e la relativa tesi della nullità parziale;

2) la sentenza di Cass. civ., sez. III, 3 maggio 2024, n. 12007, pronunciata nell'interesse della legge, che smentisce la sentenza precedente (della stessa sezione) ed espone una tesi originale (anche rispetto al panorama dottrinale), interpretando la clausola di indicizzazione all'Euribor come una sorta di clausola di giusto prezzo e ritenendo che l'avvenuta manipolazione (che, rispetto al contraente “a valle” è, in realtà, un fatto di ignoranza soggettiva, e non sempre...) renderebbe indeterminabile l'oggetto e perciò nulla la clausola²⁷;

²⁷ La tesi dell'indeterminatezza del tasso è nettamente respinta da Trib. Palermo, 11 marzo 2025, n. 1096, in *Diritto del risparmio*, 20 luglio 2025, con nota adesiva di S. Mascellaro.

La soluzione è invece condivisa da N. DI PRIMA, *Euribor manipolato e contratti di mutuo: l'uscita dal labirinto è davvero vicina?*, in *La Magistratura*, 12 marzo 2025, il quale aggiunge che, quando il fideiussore può qualificarsi come consumatore, la mancanza di trasparenza e chiarezza della clausola comporta l'applicabilità della tutela contro le clausole vessatorie.

3) l'ordinanza di Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2024, n. 19900, che rimette la questione alle SS.UU. con una precisa critica alle due sentenze precedenti e con la richiesta di pronunciarsi puntualmente sulla fattispecie, proponendo altresì una “lettura restrittiva” della sentenza delle SS.UU. sulle fidejussioni *omnibus* e una riproposizione del rimedio, a volte prospettato nel dibattito dottrinale, dell'annullabilità per vizio del consenso²⁸;

4) L'ordinanza delle SS.UU. (Cass. civ., ss. uu., 15 marzo 2025, n. 6943), che rinvia *sine die* la decisione, in attesa di una pronuncia della Corte di Giustizia in materia, attesa in conseguenza di un rinvio operato dalla Corte d'appello di Cagliari²⁹.

La giurisprudenza di merito non ha dunque trovato, nelle pronunce della Corte suprema, un orientamento chiaro e plausibile e continua ad oscillare tra la tesi della nullità e quella del risarcimento³⁰.

Come si vede, la questione dei rimedi applicabili ai contratti “a valle” rimane apertissima: la giurisprudenza nazionale non ha dato una buona prova complessiva, ed oggi finisce per rimettersi

In dottrina v. anche U. SALANITRO, *Contratti attuativi di intese anticoncorrenziali e tecniche rimediali: la peculiarità della vicenda Euribor*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2024, I, 776, che ritiene applicabile la norma sulla impossibilità, originaria o sopravvenuta, della prestazione. Anche in questa prospettiva un'erronea conoscenza della realtà, da parte dei contraenti (o di uno di essi, e sempre ammesso che tale ignoranza vi sia), viene arbitrariamente costruita come un vizio oggettivo del rapporto.

²⁸ Questa soluzione è condivisa da E. CAMILLERI, *Intesa sugli EIRD e finanziamenti indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024, 1074.

Sulla elevata difficoltà probatoria dell'ipotizzata azione di annullamento per dolo v. N. DI PRIMA (n. 27).

²⁹ App. Cagliari, 24 gennaio 2025, in *DB non solo diritto bancario*, 27 gennaio 2025.

³⁰ V., da ultimo, Trib. Bergamo, 17 novembre 2025, ne *il caso.it*, che rigetta una domanda di nullità della clausola Euribor e presta adesione alle conclusioni di Cass. 19900/2024 (ammissibilità di un'eventuale azione di annullamento per dolo e comunque risarcimento dei danni).

alle indicazioni – vedremo quanto chiarificatrici – della Corte di Giustizia UE.

9. Le incertezze dottrinali sul tema.

I commenti dottrinali alle sentenze Euribor sono stati anche loro, per qualche aspetto, disorientanti. Spesso si è ragionato come se i contratti a valle rientrassero, per definizione, nella fattispecie degli accordi dichiarati nulli da un'autorità antitrust (ragionamento che porta diritto a negare la nullità dei contratti di mutuo indicizzati all'Euribor e, per alcuni, alla negazione di qualsiasi altro rimedio)³¹. Ci sono però, nel panorama giurisprudenziale, anche decisioni che ammettono la sola tutela risarcitoria³².

La soluzione più corretta (Guizzi)³³ è – a mio avviso – quella che riconosce che l'accordo manipolativo del tasso c'è comunque stato ed era illecito e che ciò è sufficiente per fondare il diritto al risarcimento del danno a carico dei cartellisti e a favore di tutti i mutuatari che hanno pagato tassi più alti di quelli che sarebbero loro spettati in mancanza del cartello; non si sono invece i presupposti per dichiarare la nullità, totale o parziale, del contratto di mutuo.

10. Conclusioni sulla disciplina dei contratti “a valle” di intese anticoncorrenziali.

In conclusione, la problematica dovrebbe essere ricondotta ai suoi punti essenziali, che, a mio avviso, possono sintetizzarsi nei termini seguenti.

³¹ A. MONTANARI, *Manipolazione dell'EURIBOR nei derivati: brevi note a partire dalla Corte d'Appello di Roma n. 6582/2023*, in *Accademia*, 2024, 577 ss. Per la negazione dell'invalidità del contratto anche App. Firenze, 15 aprile 2024, n. 720, citata da M. LEMBO, in *I Contratti*, 2024, 305.

³² Trib. Torino, 28 aprile 2023, n. 1810, in *One Legale*.

³³ G. GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità dei contratti di finanziamento a tasso variabile: “ci risiamo”!*, in *Rivista di diritto bancario*, 2024, 29 ss., a p. 44 ss. Conf., sul punto del risarcimento, U. SALANITRO (nt. 26), 773-4.

Anzitutto, un punto fermo è che il contraente a valle ha diritto al risarcimento pieno dei danni patrimoniali subiti per effetto dell'attuazione del cartello da parte dei soggetti che a questo hanno partecipato o anche di operatori che si sono aggregati volontariamente (e opportunisticamente) alle pratiche di cartello (c.d. *umbrella effect*³⁴).

Su questa base, deve anche ammettersi che il soggetto danneggiato possa richiedere, in linea di principio, la riparazione del danno in forma specifica³⁵, che potrebbe consistere in un *facere* o in un *non facere* o, più spesso, nella correzione del contratto mediante l'inserimento o la soppressione di determinate clausole. Questa prospettiva di riparazione specifica del danno mediante correzione del contratto a valle non è stata oggetto di approfondimenti dottrinali o giurisprudenziali, perché la valutazione di insufficienza del risarcimento per equivalente (a sua volta, spesso, indebitamente generalizzata, come sopra si è notato) ha immediatamente portato a suggerire, come unica alternativa, la soluzione della nullità, totale o parziale, del contratto a valle.

In realtà, la tesi della nullità dei contratti a valle merita, come già detto, di essere ridimensionata. Intanto, questi contratti non sono affetti da nullità testuale, perché le norme antitrust sulla nullità si riferiscono esclusivamente alle intese “a monte” [fa eccezione, in diritto italiano, il caso in cui l'illecito antitrust sia costituito da un abuso di dipendenza economica, perché in tal caso la nullità (da ritenere relativa, di protezione) è sancita testualmente dall'art. 9.3, l. 192/1998].

Inoltre, i contratti a valle – salvo il caso in cui vi sia una vera e propria complicità del contraente a valle, come per esempio in

³⁴ Quest'ultimo tema è stato trattato soprattutto con riferimento alla responsabilità solidale dei cartellisti anche nei confronti dei clienti di imprese estranee al cartello, che però si sono allineate consapevolmente al “prezzo guida” (Corte Giust. UE, 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone AG*). Il punto richiederebbe interessanti approfondimenti, che dobbiamo rinviare ad altra sede.

³⁵ Il punto non è specificato, nella direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust perché, com'è noto, esistono tradizioni diverse, fra gli Stati membri, in ordine alla riparazione del danno in forma specifica.

un boicottaggio a catena - non sono affetti, *per se*, da nullità civilistiche per illiceità dell'oggetto o della causa; il fatto che la condotta negoziale di uno dei contraenti sia illecita per violazione di norme antitrust non significa che l'intero contratto sia illecito e nullo³⁶.

L'inefficacia, totale o parziale, del contratto "a valle" può dunque essere riconosciuta solo ove si accerti che tale soluzione costituisca l'unico rimedio adeguato, con riferimento a certe concotte attuative di accordi di cartello.

È vero, infatti, che il risarcimento per equivalente può, in certi casi, non essere sufficiente a garantire la piena riparazione del danno subito da un terzo estraneo all'illecito antitrust o a realizzare una sufficiente efficacia dissuasiva. Non è vero, invece, che in tali casi l'unica alternativa sia costituita dalla nullità del contratto a valle.

Si deve piuttosto accettare l'idea che l'ordinamento appresta rimedi specifici, tendenzialmente consistenti nella correzione del contratto in maniera tale da tutelare la libertà di scelta del terzo contraente³⁷.

La via maestra per giungere a tale risultato, nell'ordinamento italiano, è data – a mio avviso - da un'interpretazione estensiva dell'art. 2058 c.c. sulla riparazione del danno in forma specifica.

³⁶ Si rinvia a quanto già esposto nel § 4.

La tesi contraria, secondo cui *"la nullità dei contratti 'a valle' trascende i profili soggettivi dei contraenti e rimane tale anche là dove essi vengano conclusi tra soggetti ignari della loro illiceità"* è ribadita, di recente, da A. MONTANARI (nt. 31), 582.

A mio avviso, questo genere di opinioni è mosso da una valutazione di particolare riprovevolezza morale delle condotte monopolistiche, che – almeno per la maggior parte delle intese anticoncorrenziali - non ha ragione di esistere nei complessi mercati contemporanei. Per altro verso, queste opinioni sono attratte dal "magnetismo della nullità" cioè dal considerare la "nullità come rimedio quasi salvifico", come scrive E. CAMILLERI (nt. 28), 1073.

³⁷ Cfr. G. DE FALCO, *Manipolazione del tasso euribor: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *DB Non solo diritto bancario*, 20 luglio 2024, il quale auspica *"l'esplorazione di soluzioni sul piano della riconduzione ad equità del contratto o della rinegoziazione"*, senza però individuare una precisa base normativa della auspicata soluzione.

Altre proposte dottrinali, se si vuole, sono quella di Perlingieri, che afferma in termini generali il diritto ad un “giusto rimedio” ex art. 24 Cost., o, ancora, quella (Guizzi) che propone l’esperibilità di un rimedio inibitorio atipico, sempre ricavato dall’art. 24 Cost.³⁸.

La proposta interpretativa dell’applicazione estensiva dell’art. 2058 si fa preferire, a mio avviso, non solo perché in grado di offrire – malgrado la tradizione dottrinale contraria – un plausibile fondamento testuale alle pretese inibitorie atipiche³⁹, ma anche perché, nello stabilire il limite dell’eccessiva onerosità della pretesa, indica la via⁴⁰ per una valutazione comparativa, da

³⁸ G. GUIZZI, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine della sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità dei contratti “a valle”*, in *Europa e diritto privato*, 2024, 188.

³⁹ Questo punto è contrastato dall’orientamento corrente nella dottrina civilistica (v., per tutti, A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 2018, 298 ss. e *passim*, ove ampia disamina della problematica), che riconduce il risarcimento alla riparazione di un’ingiusta alterazione fattuale di uno stato di fatto e l’inibitoria alla tutela assoluta di un diritto soggettivo, secondo il modello romanistico dell’*actio negatoria servitutis*. Non si ammette, in altri termini, che l’inibitoria possa essere un rimedio fattuale idoneo a riparare un pregiudizio derivante da un’attività in corso (o operante a danno di un’attività in corso).

L’interpretazione estensiva dell’art. 2058 trova però, da tempo, diversi riscontri in giurisprudenza: v. ancora A. GNANI (sopra cit.), 304 ss. Sull’affermazione contenuta nel testo si esprime in senso conforme la più recente giurisprudenza. V. Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2024, n. 10720: “*L’azione inibitoria è concepita, invero, nell’ordinamento, come strumento di reintegrazione in natura, atto a ripristinare le condizioni di fatto che consentono il normale svolgimento di un’attività o il normale godimento di un bene; essa appare dunque rimedio rivolto ad eliminare un danno attuale e duraturo, rimedio a sua volta riconducibile alla reintegrazione in forma specifica dell’art. 2058 c.c., intendendo questo come figura generale e normale di reazione di fronte ai danni, cioè alle lesioni di interessi giuridicamente rilevanti (cfr. Cass. 28-04-1986, n. 2035)*”. V. anche Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 2019, n. 26882.

Si noti anche che, nella giurisprudenza amministrativa, ricorre l’affermazione per cui l’annullamento di un atto e il conseguente rinnovo conforme a legge costituiscono modalità di riparazione in forma specifica dell’interesse legittimo leso (cfr. TAR Campania – Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177; TAR Piemonte – Torino, sez. I, 18 gennaio 2024, n. 31).

⁴⁰ In dottrina, nel senso che il limite dell’eccessiva onerosità mette in relazione due sfere giuridiche contrapposte (del danneggiante e del danneggiato) e impone

parte del giudice, degli interessi in conflitto, al fine di giungere ad un rimedio proporzionato alla concreta ingiustizia del danno subito dall'attore.

L'andamento della discussione, che ormai dura da troppi anni, è stato condizionato dalla preferenza per la soluzione della nullità, in quanto rimedio generale previsto dall'ordinamento e non richiedente (in apparenza) apprezzamenti giudiziari discrezionali sui casi concreti⁴¹, e quindi concettualmente compatibile con i principi tradizionali in materia di libertà contrattuale. Viceversa, l'idea della correzione del contratto come rimedio adeguato ai fini della riparazione di un danno concorrenziale appare, sempre in questa prospettiva tradizionale, eterodossa e idonea ad allargare eccessivamente la discrezionalità giudiziale. Da ciò un'interpretazione forte, non sempre esplicitata, dell'art. 2908 c.c., sul principio di tassatività delle tutele costitutive, anche in forma di modificazione di rapporti giuridici in atto. Ostacolo superabile – a mio avviso – se, sul piano sistematico, le norme di legge sulla riparazione specifica del danno si considerano base legislativa sufficiente per rimedi correttivi del contratto⁴².

una valutazione comparativa degli interessi in contrasto, v. ancora A. GNANI (nt. 39), 119.

Per questa interpretazione estensiva del criterio dell'eccessiva onerosità dell'art. 2058, da intendere come espressione del principio di proporzionalità, tale da prevenire una "ingiustificata locupletazione" del danneggiato, v., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2023, n. 10686.

V. anche Cass. civ., sez. III, 17 agosto 2023, n. 24737, secondo cui non c'è ultrapetizione se il giudice, di fronte ad una domanda di riparazione del danno in forma specifica dispone una modalità di riparazione specifica diversa e meno invasiva di quella richiesta dall'attore.

⁴¹ In realtà, questo passaggio del ragionamento non tiene conto delle riflessioni dottrinali sulla "destrutturazione" della nullità come rimedio variamente modulabile in relazione ai concreti conflitti d'interessi (cfr., per tutti, oltre a C. SCOGNAMIGLIO [nt. 11], G. VULPIANI, *La nullità del contratto nel diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, 412 ss.).

⁴² A parte la possibilità di costruire una sostanziale correzione del contratto mediante una sentenza di condanna alla correzione stessa, accompagnata da adeguate *astreintes* (cfr. C. CONSOLO, *Principi e regole di diritto processuale nel*

Per giungere alla conclusione più adeguata alla trama degli interessi in gioco si deve dunque superare il tabù della intangibilità del contratto mediante l'adozione di rimedi risarcitori⁴³ proporzionati alle caratteristiche del danno ingiusto subito da uno dei contraenti⁴⁴.

codice civile, in *Rivista di diritto civile*, 2025, 774 ss., ove anche riflessioni sulle proposte di interpretazione restrittiva del principio di tassatività delle tutele costitutive).

⁴³ La centralità di questo profilo è ben segnalata, a conclusione della sua disamina, da C. SCOGNAMIGLIO (nt. 11), che sviluppa però un ragionamento sistematico diverso, secondo cui il fatto che il danno sia causato da un contratto induce ad orientare la soluzione del problema dei rimedi nei contratti "a valle" sul terreno della nullità parziale, intesa in modo funzionale, e a superare l'idea della centralità del rimedio risarcitorio.

⁴⁴ Per segnalare la poca chiarezza di idee in proposito, si richiama un recente caso: la corte d'appello di Venezia aveva ravvisato il danno subito da un fideiussore nella preclusione della possibilità di avvalersi del termine dell'art. 1957 a proprio beneficio, ed aveva corretto il contratto ripristinando la clausola derogata. Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2024, n. 7834, approva tale risultato osservando che "*la Corte d'Appello, pur non avendo espressamente dichiarato nulla la clausola, l'ha operativamente trattata come tale, perché l'ha espunta dal contratto ed ha ritenuto preclusa alla banca la facoltà di escutere tale fideiussione in deroga all'art. 1957 c.c.*".