

# **Sentenza del 12 marzo 2021 – Presidente: dott. Raffaele Del Porto – Giudice relatore: dott.ssa Angelica Castellani**

Il  
giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità  
integrale del contratto  
deve rilevarne d'ufficio la sua nullità solo parziale, e solo  
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 e alle  
loro determinazioni  
espresse nel processo (Cass. SS.UU. n. 26242/2014).

Le  
eccezioni in senso stretto si identificano solo in quelle per  
le quali la legge  
esplicitamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in  
quelle in cui il  
fatto integratore dell'eccezione corrisponda all'esercizio di  
un diritto  
potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e,  
quindi, per  
svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva o estintiva di  
un rapporto giuridico, supponga il  
tramite di una manifestazione di volontà della parte (*ex  
multis*, Cass. n. 20317/2019, conforme a Cass. SS.UU. n.  
1099/1998, Cass. n. 12353/2010 e Cass. n. 27045/2018).  
L'invocata sostituzione ex art. 1419 c.c. della clausola  
contrattuale derogativa dell'art. 1957 c.c. con la norma di

legge costituisce  
effetto consequenziale alla dedotta nullità, sicché la  
decadenza di cui alla  
citata norma, non integrando eccezione in senso stretto per il  
cui rilievo  
risulta indispensabile l'iniziativa di parte, può essere  
rilevata d'ufficio  
quale fatto estintivo risultante dal materiale allegatorio e  
probatorio  
acquisito in atti.

In tema di accertamento  
dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate  
dall'art. 2  
della l. n. 287 del 1990, con particolare riguardo alle  
clausole relative a  
contratti di fideiussione stipulati con le banche, il  
provvedimento della Banca  
d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle  
modifiche  
apportate dall'art. 19, c. 11, della l. n. 262 del 2005,  
possiede, al pari di  
quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del  
mercato, un'elevata  
attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale,  
indipendentemente dalle  
misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il  
giudice del merito è  
tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo,  
senza poter  
limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro  
verso, a valutare  
se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con  
le condizioni  
oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire  
rilievo decisivo  
all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel

menzionato provvedimento  
con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (Cass. n. 13846/2019).

La produzione in giudizio dei provvedimenti delle autorità indipendenti che espongono gli esiti dell'istruttoria *antitrust* unitamente all'ulteriore compendio probatorio atto a confermare la diffusività dello schema contrattuale nel settore di riferimento in un arco temporale che ricomprende il momento in cui è stata stipulata la fideiussione oggetto di causa integrano elementi di prova sufficienti a dimostrare l'esistenza del cartello anticoncorrenziale e la sua attitudine a spiegare effetti sulla negoziazione particolare.

Da un lato, la circostanza che una intesa 'a monte' sia nulla perché anticoncorrenziale non comporta automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa. Dall'altro lato, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento dell'illiceità ad alcune specifiche clausole, ciò non esclude, né è incompatibile con il fatto che in concreto la nullità del contratto 'a valle' debba essere valutata dal giudice adito e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., laddove l'assetto degli interessi

in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite (Cass. n. 24044/2019).

Pertanto, la nullità 'a valle' delle fideiussioni omnibus deve essere valutata alla stregua dell'art. 1418 ss. c.c. e può trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalla intesa illecita, posto che, in linea generale, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione (Cass. n. 4175/2020).

La valutazione concorrenziale dello schema contrattuale non si fonda sul mero confronto della singola clausola con la regola codicistica, quanto piuttosto sulla previsione uniforme di una disciplina di dettaglio idonea ad incidere sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria, impedendo l'efficace forma di concorrenza rappresentata dalla differenziazione della stessa e aggravando la posizione del fideiussore.

Devono ritenersi caratterizzate da oggetto illecito, e quindi nulle ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 e 1346 c.c., le clausole che traspongono nel contratto 'a valle' l'identico contenuto del prodotto dell'intesa 'a monte', la cui invalidità è testualmente sancita

dall'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, cui va riconosciuta natura di norma di ordine pubblico economico. Tali clausole, contenute in un contratto c.d. 'seriale', destinato all'utilizzazione sistematica e generalizzata, sono direttamente strumentali al risultato vietato dalla legge, veicolando l'identico contenuto di condizioni generali di cui è già stata accertata la nullità in quanto uniformemente applicate. L'oggetto del contratto è illecito anche quando la prestazione, pur in sé lecita, è funzionale al perseguimento di un risultato vietato dall'ordinamento. Nel caso di specie, attraverso tali clausole si realizza e si perpetua la violazione degli interessi generali sottesi alla legge *antitrust*.

Con riferimento al regime di nullità – totale o parziale – in mancanza della prova che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza le clausole colpite da nullità, il paradigma da adottare deve essere quello della nullità parziale ex art. 1419, c. 2, c.c.

Pertanto, salva la dimostrazione, da fornirsi a cura della parte che invochi la nullità dell'intero regolamento negoziale, che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità, deve ritenersi che il fideiussore avrebbe prestato la garanzia, atteso che la

sostituzione della  
disciplina codicistica alle pattuizioni nulle è a lui più  
favorevole.

Con riferimento  
all'eccezione ex art. 1955 c.c., il fatto del creditore  
rilevante ai  
fini della liberazione del fideiussore non può consistere  
nella mera inazione,  
ma deve costituire violazione di un dovere giuridico imposto  
dalla legge o  
nascente dal contratto e integrante un fatto quanto meno  
colposo, o comunque  
illecito, dal quale sia derivato un pregiudizio giuridico, non  
solo economico,  
che deve concretizzarsi nella perdita del diritto (di  
surrogazione ex  
art. 1949 c.c., o di regresso ex art. 1950 c.c.), e non già  
nella mera  
maggiore difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità  
satisfattive del  
patrimonio del debitore (in tal senso, da ultimo, Cass. n.  
4175/2020;  
precedenti conformi: Cass. n. 21833/2017, Cass. n. 9695/2011 e  
Cass. n.  
28838/2008).

Il principio in base al  
quale, nella fideiussione per obbligazione futura, sussiste  
l'onere del creditore,  
previsto dall'art. 1956 c.c., di richiedere l'autorizzazione  
del fideiussore  
prima di far credito al terzo, le cui condizioni patrimoniali  
siano peggiorate  
dopo la stipulazione del contratto di garanzia, assolvendo  
alla finalità di  
consentire al fideiussore di sottrarsi, negando

l'autorizzazione,  
all'adempimento di un'obbligazione divenuta, senza sua colpa,  
più gravosa, non  
risulta applicabile allorché nella stessa persona coesistono  
le qualità di  
fideiussore e di amministratore della società debitrice  
principale, poiché, in  
tale ipotesi, la richiesta di credito da parte della persona  
obbligata a  
garantirlo comporta di per sé la preventiva autorizzazione del  
fideiussore alla  
concessione del credito (*ex multis*, Cass. n. 31227/2019, Cass.  
n. 7444/2017  
e Cass. n. 3761/2006).

Inoltre, qualora il  
fideiussore sia anche socio della società debitrice  
principale, da una parte si  
deve presumere – salvo circostanze particolari da dedurre –  
che egli sia già  
pienamente informato delle peggiorate condizioni economiche  
della società, e  
dall'altra parte, si deve ritenere che la sua qualità di socio  
gli consenta di  
attivarsi per impedire che continui la negativa gestione  
(mediante la revoca  
dell'amministratore) o per non aggravare ulteriormente i  
rischi assunti (mediante  
l'anticipata revoca della fideiussione); pertanto, anche in  
questa circostanza,  
non è consentito eccepire la liberazione ex art. 1956 c.c.  
(così, Cass.  
n. 2902/2016 e Cass. n. 11979/2013).

Al  
fine di poter efficacemente opporre al terzo contraente le  
limitazioni dei

poteri di rappresentanza dei propri organi sociali, la società deve dimostrare, ai sensi dell'art. 2384, c. 2, c.c., non già la mera conoscenza o conoscibilità dell'esistenza di tali limitazioni da parte del terzo, ma altresì la sussistenza di un accordo fraudolento o, quanto meno, la consapevolezza di una stipulazione potenzialmente generatrice di un danno per la società (*ex multis*, Cass. n. 7293/2009).

*Principi espressi in sede, inter alia, di accertamento della nullità parziale di un contratto di fideiussione omnibus contenente clausole riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI.*

[Sent. 12.03.2021Download](#)

(Massime  
a cura di Giorgio Peli)