

Di *Monica Mandico* – Avvocato del foro di Napoli. Founder di *Mandico&Partners* –

Autrice di **“Fideiussioni bancarie nulle. Come difendere e liberare il garante dal debito”** – Edito da **“Gruppo Maggioli”**

**La fideiussione è totalmente nulla, non ci sono dubbi. A confermarlo anche la Corte d’Appello di Bari con Sentenza n. 730/2020 pubblicata il 19/05/2020**

La Corte d’Appello di Bari, con la decisione in commento, ha voluto dare continuità all’orientamento dell’ABF di Milano 4.7.19 (<http://www.avvocatomandico.it/nullita-fideiussioni-anche-labf-di-milano-invalida-lo-schema-abi/>) e dei seguenti arresti : 21 marzo 2018 (sent. n. 526), del 15 gennaio 2020 (sent. n. 45) e del 4 marzo 2020 (sent. n. 522) - favorevole alla nullità totale del contratto (nello stesso senso, cfr. anche App. Firenze, 18 luglio 2018; App. Roma, 26 luglio 2018; T. Salerno, 23 agosto 2018; T. Fermo, 24 settembre 2018; T. Bolzano, 19 dicembre 2018; T. Belluno, 31 gennaio 2019; T. Pesaro, 21 marzo 2019; T. Siena, 14 maggio 2019; T. Taranto, 8 agosto 2019.

Per il foro di Bari lo **“schema di fideiussione omnibus oggetto dell’intesa vietata assolve ad una “funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile”, funzione che “verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema” (v. par. 36 cit. provv. B.I.). In definitiva, senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione “indennitaria” e di garanzia del cd. “effetto solutorio definitivo” sarebbe inevitabilmente venuta meno, facendo così perdere alla banca l’interesse al rilascio della garanzia. D’altronde, se così non fosse, non si spiegherebbe la ragione per cui le banche, nonostante le prescrizioni emanate dalla Banca d’Italia, abbiano continuato a richiedere il rilascio di fideiussioni mediante i moduli contrattuali contenenti le clausole nulle.”**

Innanzitutto viene chiarito che l’obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l’intesa ha prodotto sul mercato sia quello decisamente più coerente con l’imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono”, in quanto la diversa soluzione, che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall’intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasci sopravvivere intatti tutti gli effetti che l’intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell’intesa stessa, diviene sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust.

➤ **Gli effetti dell’intesa anticoncorrenziale sui contratti “a valle”**

Già nel 2017, con ordinanza n. 29810 del 12 dicembre, la Corte di Cassazione ha affermato la nullità del patto fideiussorio concluso in conformità ad un’intesa restrittiva della concorrenza (relativa ad alcune norme bancarie uniformi Abi in materia di fideiussioni omnibus), a prescindere dalla anteriorità del patto rispetto all’accertamento dell’illiceità dell’intesa da parte dell’autorità preposta all’applicazione della disciplina antitrust (all’epoca, la Banca d’Italia), ritenendo rilevante solo che l’intesa a “monte” fosse antecedente rispetto alla negoziazione a “valle”, di modo che l’illecito anticoncorrenziale travolgesse il negozio concluso in conformità allo stesso.

Pertanto, seguendo il ragionamento della S.C., ogni qual volta il contratto di fideiussione costituisca l’applicazione del suddetto schema ABI, quel patto, ancorché anteriore al 2 maggio 2005, va dichiarato nullo. A tale conclusione si approda nell’arresto delle sezioni unite n. 2207 del 2005.<sup>1</sup> In definitiva, ritiene la S.C.

<sup>1</sup> Cassazione - Sezioni Unite n. 2207 del 2005, «la legge ‘antitrust’ 10 ottobre 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

che il giudice non possa escludere la nullità di un contratto di fideiussione per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'autorità indipendente.

Tali principi sono stati successivamente ribaditi con la più recente **sentenza n. 13846 del 22.5.19**, secondo cui **“ai fini dell'illecito concorrenziale di cui alla l. n. 287 del 1990, art. 2, rilevano tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato”**: ciò che conta è solo che gli "artt. 2, 6 e 8 [...] costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata", ovvero che, inserendo tali disposizioni nei contratti (a valle), si attuino gli effetti della condotta illecita.

Del resto, affermare la sopravvivenza nei contratti “a valle” di una clausola oggetto di un'intesa vietata significherebbe eludere la normativa a tutela della concorrenza, che, come già detto, non è diretta soltanto agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato, ovvero in generale a chiunque possa risentire di uno specifico pregiudizio in conseguenza del venir meno della competitività del mercato, consumatore o imprenditore che sia.

Non avrebbe, quindi, alcun senso affermare la nullità dell'intesa e, allo stesso tempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione.

#### ➤ **Sull'onere probatorio**

Una volta accertato, che la banca abbia sottoposto ai clienti un modulo negoziale includente disposizioni (clausole sub artt. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione del 5.7.042) identiche a quelle sub nn. 2,6,8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI giudicate contrarie all'art.2, co. 2, lett. a, l. 287/90, perché oggetto di un'intesa restrittiva della concorrenza, secondo quanto accertato dalla Banca d'Italia, nel su richiamato provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, non possono più rimettersi in discussione questi dati, in considerazione del ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico (sul punto, cfr. Cass. 13846/19, cit.).

Pensare diversamente, teorizzando “la profonda cesura tra contratto a monte e contratto a valle, per derivarne che, in via generale, la prova dell'uno non può mai costituire anche prova dell'altro”, equivarrebbe “vuol dire che si sta negando l'intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale è posta a tutela non solo dell'imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato” (Cass. 2305/07).

Orbene, sul punto, deve ormai definitivamente darsi per assodato che la fideiussione che riproduce le disposizioni di cui agli artt. 2, 6, 8 dello schema ABI, abbia dato attuazione ad un'intesa anticoncorrenziale illecita, in quanto vietata ai sensi dell'art. 2 l n. 287 del 1990, senza che vi sia alcuna ragione per accertare nelle sedi di opposizione a decreto ingiuntivo o in appello e Cassazione, se le disposizioni di cui allo schema ABI abbiano o meno trovato uniforme applicazione, trattandosi di aspetto (anche questo) già vagliato dalla Banca d'Italia nel citato provvedimento del 2.5.05, che ne dà atto al par. 93<sup>2</sup>.

Secondo la CdA di Bari, inoltre, non è rilevante provare l'uniformità di comportamento degli istituti di credito, in quanto non rappresenterebbe un elemento essenziale dell'illiceità dell'intesa, dal momento che l'art. 2,

---

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 c.d. contratto ‘a valle’ costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

<sup>2</sup> Par. 93 “Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI”, ed ancora al par. 60 (“L'esame della contrattualistica relativa alla fideiussione omnibus, pertanto, ha posto in evidenza come i testi negoziali in uso nella prassi bancaria disciplinano in maniera sostanzialmente uniforme le principali clausole oggetto di istruttoria”

comma 2, della legge 287/90 vieta e sanziona con la nullità le intese che abbiano una restrizione della concorrenza **anche solo per oggetto**, e non necessariamente anche per effetto, quindi – in linea astratta – anche quelle che nessuno dei cartellisti avesse ad applicare. Del resto, se così non fosse, il mancato accertamento della ricorrenza di tale elemento avrebbe dovuto imporre alla Banca d'Italia un provvedimento di assoluzione (per mancata completa prova dell'esistenza di un'intesa illecita), mentre così non è stato, avendo l'autorità garante della concorrenza incontrovertibilmente accertato il carattere illecito

➤ **Sulla Nullità assoluta del modulo fideiussorio**

In conclusione, la Corte d'Appello di Bari, chiarisce, in linea al citato ABF di Milano, che lo *“schema di fideiussione omnibus oggetto dell'intesa vietata assolve ad una **“funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile”, funzione che “verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema” (v. par. 36 cit. provv. B.I.).<sup>3</sup> In definitiva, senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione “indennitaria” e di garanzia del cd. “effetto solutorio definitivo” sarebbe inevitabilmente venuta meno, facendo così perdere alla banca l'interesse al rilascio della garanzia. D'altronde, se così non fosse, non si spiegherebbe la ragione per cui le banche, nonostante le prescrizioni emanate dalla Banca d'Italia, abbiano continuato a richiedere il rilascio di fideiussioni mediante i moduli contrattuali contenenti le clausole nulle. Né può, in senso contrario, semplicisticamente affermarsi che la banca avrebbe preferito comunque stipulare il contratto, pur emendato dalle clausole incriminate, piuttosto che non farsi rilasciare alcuna garanzia.”***

**La Corte ritiene, dunque, di escludere che un contratto identico a quello stipulato dalla dai fideiussori ( nel caso di specie), ma privo delle clausole nulle, sarebbe stato proposto dalla banca, per l'effetto va dichiarata la nullità dei dedotti contratti di fideiussione, ai sensi dell'art. 1419, 1° co., c.c. (sul punto, v. Cass. 24044/19).**

➤ **Il caso:**

Emesso, su ricorso di Banca xxx nei confronti della debitrice principale, e dei fideiussori, decreto ingiuntivo , per il pagamento delle somme di €1.552,18 quale saldo di conto corrente, €26.569,72 per cinque ricevute bancarie insolute e €69.576,40 per rate di mutuo non pagate, con citazione del 5.7.05 gli ingiunti hanno proposto opposizione al decreto, chiedendone la revoca.

Con sentenza n. 707/16 del 7.3.16, il Tribunale di Foggia dichiarava improcedibile la domanda di pagamento nei confronti della debitrice principale intanto fallita, revocando il decreto ingiuntivo rispetto alla Curatela del fallimento della debitrice., mentre ha, in parziale accoglimento dell'opposizione proposta dagli altri ingiunti, condannato costoro al pagamento in favore della opposta Banca xxxx della (minor) somma di €96.146,12, oltre interessi, ed ha infine disposto la compensazione delle spese giudiziali, per intero nei rapporti con la Curatela e per 1/3 nei rapporti con gli opposenti, condannati a rifondere all'opposta la restante parte .

---

<sup>3</sup> “36. Un'eventuale riproduzione delle principali clausole nei moduli utilizzati dalle banche, d'altro canto, può giustificarsi – secondo l'ABI – nella misura in cui si riconosca che la fideiussione omnibus ha una funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile; tale funzione verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema. Tra i contratti delle banche e lo schema formulato dall'ABI emergerebbero, in ogni caso, “differenze...che attengono al contenuto delle norme”, alcune delle quali “non di poco conto, sia in termini talvolta di alleggerimento della posizione del garante..., sia, in altri casi, di ulteriore aggravamento della sua condizione contrattuale”

Con comparsa del 13.12.19, ha spiegato intervento nel processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c. la xxxx s.p.a., quale procuratrice della Società per la Gestione di Attività – S.G.A. s.p.a., quest'ultima in qualità di cessionaria del credito per cui è causa, chiedendo l'estromissione di Banca xxxx., di cui ha fatto proprie richieste e conclusioni.

All'udienza del 20.12.19, invitate le parti alla precisazione delle conclusioni, la causa, svoltasi nella contumacia della Curatela del fallimento della debitrice principale., è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190 cpc, sospesi dal 9.3 all'11.5.2020 ai sensi degli artt. 83, co. 2, d.l. 18/2020 e 36, co. 1, d.l. 23/2020.

Con citazione del 29.4.16, hanno proposto appello avverso la sentenza i fideiussori chiedendo, in riforma della stessa, l'integrale accoglimento della loro opposizione, se del caso previa integrazione dell'istruttoria, con vittoria di spese di lite.

Costituendosi, Banca xxx, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha proposto appello incidentale per sentir condannare gli oppositori al pagamento dell'ulteriore somma (rispetto a quelle, già riconosciute in primo grado, di €26.569,72 e di €69.576,40) di €1.552,18 o, in subordine, di €535,71, quale saldo di conto corrente, oltre interessi, con vittoria di spese giudiziali.

**La Corte d'Appello di Bari accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza, accoglie l'opposizione proposta da dai fideiussori e, per l'effetto, revoca il decreto nei confronti di costoro.**

MANDICO & PARTNERS

AVVOCATI E COMMERCIALISTI

NAPOLI | ROMA | MILANO

