



LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE PRESTATATA A GARANZIA DELLE OPERAZIONI BANCARIE PER VIOLAZIONE DELLA LEGGE ANTITRUST

Con il provvedimento n. 55 del 2005, Banca d'Italia, nella sua qualità di **Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi**, ha ritenuto di censurare il modello di contratto di fideiussione predisposto dall'ABI nel 2003 (in particolare tre disposizioni ivi contenute) in quanto integrante gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2, comma 2, lett. A) della L. 10 ottobre 1990 n. 287 (Legge Antitrust) che sanziona, appunto con la nullità, le intese adottate in violazione della normativa anticoncorrenziale.

L'Autorità ha sostenuto che l'applicazione uniforme del predetto schema contrattuale, da parte degli enti creditizi, desse luogo ad un'intesa restrittiva della concorrenza, attribuendo indebiti vantaggi alle Banche e sfavorendo gli utenti che, di contro, dovevano sottostare a pattuizioni vessatorie, in violazione della normativa antitrust

Le disposizioni contenute nel menzionato modello contrattuale avrebbero dunque prodotto una distorsione anticoncorrenziale nel sistema delle garanzie prestate a favore delle operazioni bancarie, per effetto della loro diffusione generalizzata, nella misura in cui hanno, di fatto, indotto una completa uniformità nel comportamento delle Banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela.

Sul tema è stata, pertanto, chiamata a pronunciarsi la Suprema Corte a Sezioni Unite che nel 2005 (Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207), ha sancito, in conformità rispetto al provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia, la nullità, per violazione dell'art. 2 della legge Antitrust, delle fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie conformi allo schema contrattuale predisposto dall'ABI che contengono le seguenti clausole:





- 1) **clausola di sopravvivenza:** *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate;*
- 2) **clausola di reviviscenza:** *“il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo”;*
- 3) **rinuncia ai termini ex art. 1957 cc:** *“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”.*

Le prime due clausole, in sostanza, prevedono la permanenza, a fronte delle vicende estintive e delle cause di invalidità che possono riguardare il pagamento del debitore o la stessa obbligazione principale garantita, dell’obbligazione fideiussoria. Tali disposizioni impegnano il garante a tenere indenne la Banca da vicende successive all’avvenuto adempimento (per ad es. annullamento, inefficacia, revoca dei pagamenti ricevuti) o relative all’eventuale invalidità del rapporto principale. La deroga al rispetto dei termini di cui all’art. 1957 c.c., che subordina la permanenza dell’obbligazione di garanzia del fideiussore, dopo la scadenza dell’obbligazione principale, alla circostanza che il creditore abbia proposto e diligentemente continuato le sue istanze nei confronti del debitore, disincentiva, di fatto, la diligenza della Banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilancia la posizione della Banca stessa a svantaggio del garante.

IL QUADRO GIURISPRUDENZIALE

La questione relativa alla sorte del contratto di fideiussione conforme al modello predisposto dall’ABI, contenente disposizioni lesive della concorrenza, sta animando la giurisprudenza, tanto di





merito quanto di legittimità. Ad oggi, infatti, non risulta chiarita la conseguenza dell'eventuale declaratoria di nullità delle dette clausole.

In merito è opportuno rilevare il contrasto interpretativo sorto tra quanti propendono per la tesi della nullità del contratto fideiussorio c.d. "a valle", e il diverso orientamento di chi ritiene che i contratti di fideiussione che riprendono il modello ABI siano affetti solo da nullità parziale ex art. 1419 c.c. rimanendo, pertanto, perfettamente validi ed efficaci tra le parti in quanto le clausole dichiarate nulle non inciderebbero né sulla struttura, né sulla causa del contratto medesimo (in tal senso, da ultimo, Cass. 2204/2019).

Da qui l'insorgere di un ampio contenzioso avente per oggetto proprio la possibilità che la nullità si estenda o meno all'intera garanzia fideiussoria a favore delle banche.

Le intervenute pronunce della Cassazione sul tema non sembrano invero aver risolto il contrasto, avendo affrontato spesso questioni attinenti ad altri problemi interpretativi derivati dal provvedimento della Banca d'Italia.

La pronuncia 12 dicembre 2017, n. 29810 affronta un tema di diritto intertemporale, sancendo la nullità delle disposizioni in oggetto anche se inserite in contratti sottoscritti in epoca antecedente all'intervento della Banca d'Italia, ma non entra nel merito della questione della nullità (che non costituiva, infatti, oggetto di un motivo specifico di ricorso).

La sentenza del 22 maggio 2019 n. 13846 ha per oggetto non la questione della legittimità delle disposizioni contrattuali, ma quella della rilevanza probatoria (non) attribuita in quel caso dal giudice del merito al provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005.

L'insegnamento della Suprema Corte sul punto consente di ritenere che non sia il garante a dover dimostrare la condotta anticoncorrenziale dell'Istituto di Credito, risultando per il medesimo sufficiente invocare (ed allegare) proprio il menzionato accertamento effettuato dalla Banca d'Italia, provvedimento al quale la giurisprudenza attribuisce *"elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno"* (come già Cass., 28 maggio 2014, n. 11904), con la conseguenza che spetta all'Istituto di Credito, stante il principio di *"vicinanza della prova"*, per come teorizzato fin da Cass. 13533/2001, dover dimostrare





che il contratto di fideiussione sottoposto alla firma del garante non abbia i requisiti censurati dal provvedimento n. 55 del 2005.

Tornando allo spinoso tema della sorte del contratto di fideiussione recante le clausole nulle, si osserva come il quadro giurisprudenziale, in estrema sintesi, sia il seguente:

- secondo un primo orientamento la nullità parziale coinvolgerebbe solo le sole “clausole anticoncorrenziali” (tra le altre, Cassazione civile, sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044; Trib. Ancona, sentenza n. 1993 del 17.12.2018; Trib. Roma, Sentenza n. 9354/2019;). In altre parole, secondo questo indirizzo interpretativo, la mera coincidenza del testo delle fideiussioni rispetto allo schema ABI non implica di per sé nullità delle stesse; non potendo subire il singolo contratto c.d. “a valle” effetti invalidanti in dipendenza dell’accertamento della nullità o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi, ovvero l’intesa violativa delle norme antitrust raggiunta “a monte” dagli Istituti di Credito (questa è anche l’attuale posizione del Tribunale di Roma).
- secondo altro orientamento la presenza delle clausole in questione determinerebbe la nullità totale della garanzia prestata (da ultimo favorevole a tale impostazione, Cassazione civile, sez. I, 22.05.2019 n. 13846).

Il primo filone interpretativo, rilevando la violazione di una norma che si inserisce nella fase che precede la conclusione del contratto, riconosce esclusivamente il diritto al risarcimento del danno in capo al garante, escludendo la possibilità di configurare una nullità c.d. “derivata” del “contratto a valle” e riportando la questione nell’alveo della responsabilità precontrattuale per cui a seguito della restrizione della libertà di scelta dei "prodotti disponibili", a causa dell'intesa illegittima tra gli istituti di credito, il consumatore sarebbe legittimato a chiedere il risarcimento del danno ingiusto sofferto.

La nullità parziale, com’è noto, potrebbe comportare la nullità dell’intero contratto, ex art. 1419, c. 1, c.c., solo qualora risulti che le parti, in assenza delle clausole colpite da nullità, non avrebbero concluso il contratto. L’orientamento che accoglie la tesi della nullità parziale sostiene che: il garante





avrebbe comunque concluso il contratto anche senza le clausole in questione, stante la garanzia meno gravosa di cui avrebbe goduto. La Banca, dal proprio canto, posta di fronte all'alternativa di avere una garanzia più svantaggiosa e non averla, avrebbe comunque accettato la garanzia sia pur priva delle clausole illegittime.

Tra gli altri, ha abbracciato tale tesi il Tribunale di Forlì nella recentissima sentenza n. 265 del 25 marzo 2019 che così motiva la propria decisione: *“Vero è che l’art. 1418 comma 1 c. c. sanziona con la nullità la violazione di norme imperative, e nessuno dubita che l’art. 2 legge n. 287/90 costituisca norma imperativa [...] Anche la regola della buona fede costituisce norma imperativa in quanto applicazione del principio di cui all’articolo 2 della Costituzione; eppure, la violazione di tale precetto, pur potendo condurre alla caducazione del negozio, non ne determina la radicale nullità. La ragione di ciò dipende dal fatto che deve distinguersi tra norme di comportamento e norme di validità del contratto: le prime non attengono alla struttura e al contenuto del negozio e perciò non incidono sulla valida genesi del titolo negoziale [...] le clausole di per sé (a prescindere cioè dalle illegittime intese a monte) non violano alcun requisito strutturale o di contenuto.*

Attraverso tale pronuncia il Tribunale dimostra di aderire alla tesi secondo cui l’inserimento delle disposizioni censurate costituirebbe violazione di una norma di comportamento e non di validità del contratto, con la conseguenza di dar luogo ad una mera nullità parziale.

Con la sentenza n. 9354 del 3 maggio 2019, il Tribunale di Roma, riprendendo una pronuncia emessa dal Tribunale di Treviso, ha così statuito: *“Un contratto che sia stato validamente perfezionato, in presenza dei requisiti strutturali di validità previsti dalla legge e che non persegua in sé una causa illecita o immeritevole per l’ordinamento giuridico, non può subire effetti invalidanti in dipendenza dell’accertamento della nullità o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi”* (l’intesa violativa delle norme antitrust raggiunte “a monte” dagli Istituti di Credito).

ooo

A fronte di tale opzione ermeneutica, si fa sempre più strada l’idea che vuole affetto da nullità l’intero contratto di fideiussione che ricalca il modello ABI.





Alcuni, per arrivare a dichiarare la nullità dei contratti a valle fanno riferimento a un meccanismo invalidante che presuppone un vizio “esogeno” che attiene all’illecito anticoncorrenziale a monte e che si trasmetterebbe all’accordo sottostante.

Altra ricostruzione, invece, fa riferimento ad un vizio “endogeno”, interno cioè al contratto a valle, che riguarda la causa o l’oggetto dello stesso. Da tale ottica visuale la nullità non sarebbe una patologia derivata dall’intesa a monte, ma un vizio dell’atto in sé.

Ad avviso della più attenta dottrina e giurisprudenza, il ragionamento secondo cui il contratto sarebbe stato concluso dalle parti anche se emendato delle disposizioni nulle, è da considerarsi fin troppo semplicistico, in quanto non necessariamente vero *ex ante* in una fase in cui la Banca si trova a fare i conti con una concorrenza non falsata dalla presenza di intese viziose e, l’utente, considerata la maggiore esposizione determinata dall’inserimento di dette clausole, avrebbe potuto reperire sul mercato opzioni più vantaggiose.

È, perciò, da ritenere, ad avviso di questa corrente interpretativa, che un contratto del tipo di quello che ci occupa, ma privo della parte colpita da nullità, da una parte probabilmente non sarebbe stato offerto, dall’altra non sarebbe stato accettato.

Sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha a più riprese affermato la nullità assoluta dei contratti di fideiussione contenenti le clausole in commento, valorizzando il disposto di cui al comma 3 dell’art. 2 della Legge Antitrust ai sensi del quale: *“Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”* evidenziando come possa legittimamente ritenersi che tra tali effetti sia da annoverare *in primis* proprio la conclusione del contratto a valle.

Si è sostenuto, inoltre, che la nullità in questione deriverebbe da violazione di norma imperativa, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1418, comma 1 c.c., in relazione all’art. 2, comma 2, lett. a) della Legge Antitrust, ritenuta norma di ordine pubblico.

Le stesse Sezioni Unite, hanno affermato che il contratto "a valle" costituisce, di fatto, lo sbocco dell’illegittima intesa restrittiva della libertà di concorrenza, essenziale per realizzarne gli effetti. Infatti, tale contratto, oltre ad estrinsecare l’intesa, la attua: la ratio dell’azione di nullità prevista dalla L. n. 287 del 1990, all’art. 33, è proprio quella "di togliere alla volontà





anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle" (Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207).

Anche con la sentenza n. 29810 del 2017, che si è occupata del risvolto di diritto intertemporale della questione, la Cassazione ha affermato che *"non sono esclusi dall'accertamento della nullità ai sensi dell'art. 2, co. 3, legge 287/1990 i contratti che costituiscono applicazione "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 2 legge 287/1990 per il solo fatto di essere stati stipulati anteriormente al riconoscimento dell'illiceità dell'intesa da parte dall'Autorità Garante"*, facendo dunque espresso riferimento all'accertamento della nullità dell'intero contratto di fideiussione, non menzionando affatto la eventuale nullità delle singole clausole.

In tal senso anche il Tribunale Salerno, con pronuncia datata 23 agosto 2018 secondo cui: *"la nullità dovuta alla violazione della normativa sulla libera concorrenza, attuata nelle fideiussioni con la generalizzata adozione delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e di rinuncia al termine decadenziale di cui all'art. 1957 c.c., si riverbera sull'intero contratto di fideiussione. La gravità delle violazioni in esame, - che incidono pesantemente sulla posizione del garante - ben giustifica che sia sanzionato l'intero agire dei responsabili di quelle violazioni; poiché qualsiasi forma di distorsione della competizione del mercato, in qualunque modo posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l'accertamento della violazione dell'art. 2 della normativa antitrust, è inevitabile concludere che l'intero portato, a valle di quella distorsione, debba essere assoggettato alla sanzione della nullità"*.

Ancor più decisa la posizione assunta dalla Corte d' Appello Bari, con la recente sentenza n. 45/2020 che afferma: *"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 [...] 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 [...] Si ritiene, pertanto, che l'obiettivo della più ampia eliminazione possibile 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 [...] Bisogna muovere dalla considerazione che l'indagine sulla presumibile volontà dei contraenti ha senso solo se calata nel contesto di un mercato non falsato dalla presenza di intese vietate [...] la domanda che, nel caso di specie, occorre porsi è se in un mercato ragionevolmente concorrenziale i contraenti avrebbero raggiunto ugualmente l'accordo sul contenuto del contratto pur mutilato delle clausole in questione. La risposta è inevitabilmente negativa, trattandosi di clausole che in tanto sono state giudicate dalla Banca d'Italia lesive della concorrenza in quanto incidono su aspetti essenziali del rapporto contrattuale, addossando 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 della stessa. [...] Se, quindi, la Banca d'Italia ha ritenuto di vietare le clausole in oggetto è perché queste, imponendo al garante (oneri diversi da quelli stabiliti dalle norme del Codice civile, quali: la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e la permanenza dell'obbligazione fideiussoria a fronte delle vicende estintive e delle cause di invalidità che possono riguardare il pagamento del debitore o la stessa obbligazione principale garantita, alterano significativamente l'assetto equilibrato degli interessi alla base della disciplina civilistica della fideiussione". Del resto, 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. [...] "il ragionamento del tipo meglio poco che niente" non tiene: esso può essere vero a posteriori nelle condizioni odierne, in cui si tratta di prendere o lasciare.

Escluso, quindi, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo delle clausole nulle, sarebbe stato proposto dalla banca, va dichiarata la nullità dei dedotti contratti di fideiussione ai sensi dell'art. 1419, 1° co., c.c."





PICOZZI & MORIGI
AVVOCATI

Si è di recente mostrata possibilista, rispetto alla eventuale nullità totale del contratto di fideiussione “a valle”, la Cassazione con Sentenza n. 13846 del 2019, secondo la quale nel sistema della L. n. 287 del 1990, come del resto nella disciplina anticoncorrenziale comunitaria, *private e public enforcement*, e cioè tutela civilistica e tutela pubblicistica, sono tra loro complementari e, pertanto, alla tutela contro l’intesa illegittima raggiunta “a monte” dagli istituti di Credito, deve necessariamente conseguire la tutela “a valle” dei singoli utenti rispetto alla possibili attuazione di quell’intesa, realizzata mediante la sottoscrizione di contratti che ne costituiscono il diretto portato.

La questione relativa alla validità o meno delle fideiussioni che contengano clausole conformi al modello ABI non risulta allo stato definita, il tema appare aperto ed è prevedibile che sarà ancora fonte di contenzioso.

Sul punto sarebbe auspicabile un intervento dirimente da parte delle Sezioni Unite

Dicembre 2020

Avvocato Valerio Crupi

Diritto Civile – Diritto del Lavoro – Commerciale - Civile – Picozzi & Morigi Avvocati



studio@picozzimorigi.it



www.picozzimorigi.com



+39.06.69941242



[#PicozziMorigi](https://www.linkedin.com/company/picozzi-morigi)