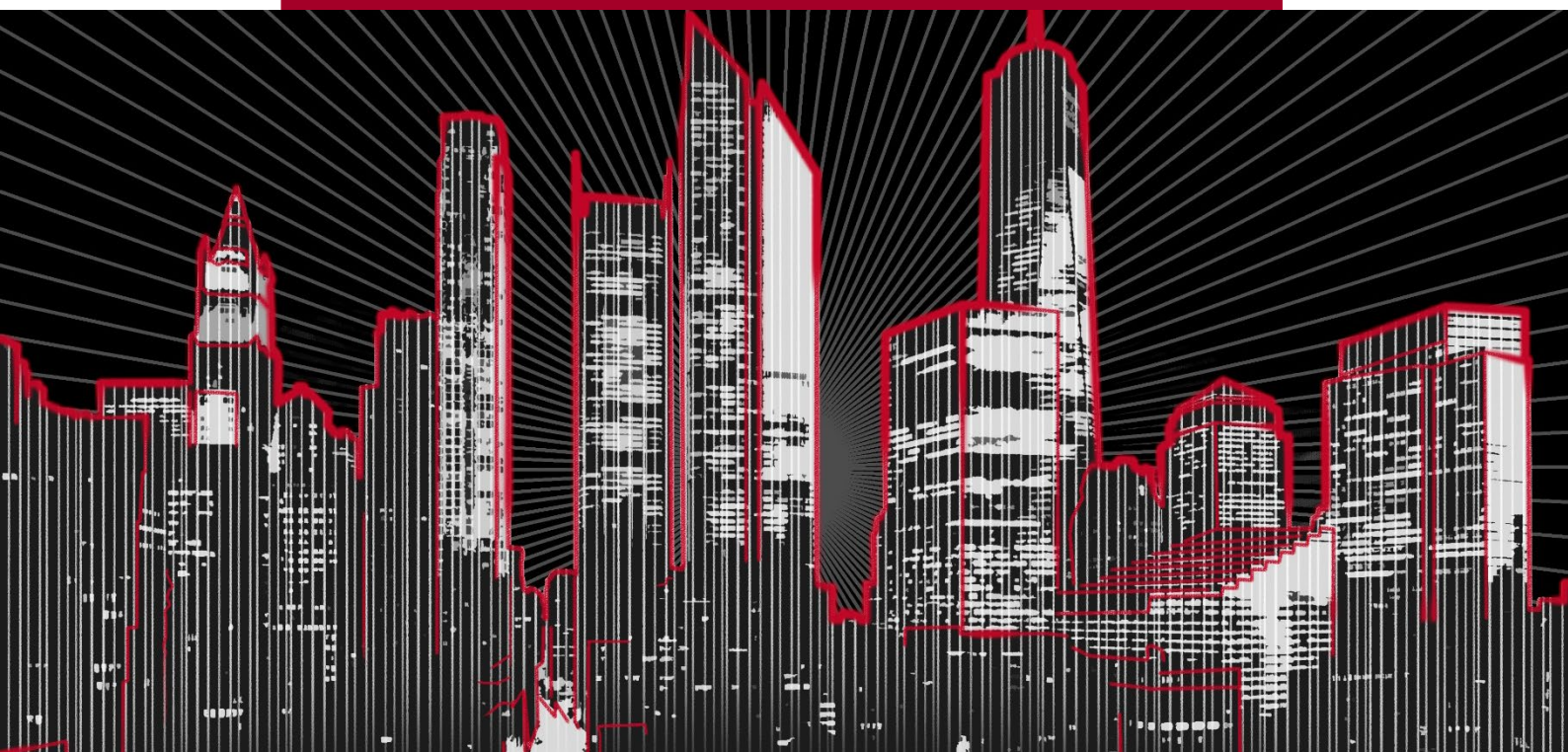




IusTrend
il verso del diritto

**Le problematiche connesse al tema delle
fideiussioni bancarie
alla luce della sentenza 41994/2021 delle SS.UU.**

MARZO 2022



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

SOMMARIO

IusTrend n.4/2022

Introduzione.....	3
Competenza funzionale del Tribunale delle Imprese.....	5
La nullità parziale e il principio di conservazione del contratto.....	10
La prova dell'intesa anticoncorrenziale: il provvedimento della Banca d'Italia.....	14
L'applicabilità del principio di diritto delle SS.UU. alle fideiussioni specifiche.....	18
Atti interruttivi della decadenza ex art. 1957 c.c.....	20

Le problematiche connesse al tema delle fideiussioni bancarie alla luce della sentenza 41994/2021 delle SS.UU.

Questioni rilevanti e ripartizione dell'onere della prova nei giudizi di nullità

Nel panorama del contenzioso bancario, una delle questioni che più ha tenuto acceso il dibattito in giurisprudenza e dottrina negli scorsi anni è quella relativa alle sorti delle fideiussioni bancarie conformi allo schema ABI che, per determinati articoli (2, 6 e 8), la Banca d'Italia ha censurato per violazione della normativa anticoncorrenziale.

Il caso nasce nell'ottobre 2002 quando l'ABI ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che - prima della diffusione tra gli istituti di credito - fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito.

Circa un anno dopo, nel novembre 2003, la Banca d'Italia avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità dello schema contrattuale di "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza.

Previo interpello dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale già evidenziò, in via consultiva, che lo schema presentava delle clausole idonee a restringere la concorrenza, la Banca d'Italia emise il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

Il provvedimento dispose, in conclusione, che *“a) gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a); b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza”*.

Le clausole censurate disponevano che:

- Art. 2: *«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»;*
- Art. 6: *«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»;*
- Art. 8: *«qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».*

Dopo un lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinale, la svolta è stata ora segnata in materia dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2021 (sentenza n. 41994/2021), che si sono espresse in favore della nullità parziale del contratto di fideiussione che riproduca le previsioni ritenute contrarie alla disciplina in materia di concorrenza.

La decisione in parola, peraltro, seppure risolutiva della questione principale relativa alle conseguenze dell'illecito anticoncorrenziale posto in essere dall'ABI, porta ancora con sé alcuni nodi da sciogliere e si rivela come un'occasione per ripercorrere alcune delle questioni che più si ripropongono in questa materia, di cui passeremo in rassegna le principali.

1. Competenza funzionale del Tribunale delle Imprese

Una delle problematiche rilevanti sottese ai giudizi rivolti ad ottenere la declaratoria di nullità di clausole della fideiussione per condotta anticoncorrenziale dell'istituto di credito, in violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. A), riguarda la competenza del giudice adito.

Come noto, l'art. 33 della legge del 10 ottobre 1990, n. 287¹ prevede in linea generale che la competenza funzionale per le azioni dirette a far valere la nullità del contratto per violazione della normativa *antitrust* spetta al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa, richiamando espressamente l'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni².

La specifica competenza funzionale nella materia che ci occupa è però determinata più precisamente dagli artt. 3, comma 1, e 4, comma 1-ter, dello stesso decreto legislativo n. 168 del 2003³ che devono essere letti in combinato disposto ed alla luce delle modifiche introdotte con il decreto legislativo n. 3 del 2017.

In particolare, l'art. 18 del D. Lgs. n. 3 del 2017, nell'attuare la direttiva 2014/104-UE emanata al fine di garantire l'uniformità del quadro normativo in materia, ha aggiunto il comma 1-ter all'art. 4 del d. lgs. 168/2003 ed ha eletto le sezioni di Milano, Roma e Napoli, attribuendo loro competenza funzionale per tutte le controversie per le quali sarebbe

¹ **Art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, Competenza giurisdizionale:** "Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni".

² **Art. 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, Istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa:** "Sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia sezioni specializzate in materia di impresa, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato ne' incrementi di dotazioni organiche.

1-bis. Sono altresì istituite sezioni specializzate in materia di impresa presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni regione, ove non esistenti nelle città di cui al comma 1. Per il territorio compreso nella regione Valle d'Aosta/Valle d'Aoste sono competenti le sezioni specializzate presso il tribunale e la corte d'appello di Torino. E' altresì istituita la sezione specializzata in materia di impresa presso il tribunale e la corte d'appello di Brescia. (È altresì istituita la sezione specializzata in materia di impresa del tribunale e della Corte di appello (sezione distaccata) di Bolzano). L'istituzione delle sezioni specializzate non comporta incrementi di dotazioni organiche".

³ **Art. 3, comma 1, del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, Competenza per materia delle sezioni specializzate:** "Le sezioni specializzate sono competenti in materia di: (...)

c) controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

d) controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea (...)".

Art. 4, comma 1-ter, del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, Competenza territoriale delle sezioni: "Per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) (controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287); e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1-bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti:

a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata);

b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata);

c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria".

territorialmente competente - rispettivamente - una Sezione specializzata in materia d'impresa del Nord, del Centro e del Sud Italia.

Tale modifica legislativa intervenuta nel 2017 costituisce la conclusione di un percorso di specializzazione dell'organo giudicante intrapreso con il d.lgs. 168/2003 e proseguito con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

Si tratta di una previsione adottata sul presupposto della particolare complessità delle controversie legate alla materia *antitrust*, che raggiunge anche gli obiettivi, perseguiti dalla direttiva europea, di maggiore prevedibilità ed uniformità delle decisioni e di effettiva specializzazione dei giudici.

La questione della competenza funzionale delle sezioni specializzate per violazioni della normativa *antitrust* è stata affrontata anche dalla Corte di Cassazione, nell'ambito di un regolamento di competenza, con sentenza del 10 marzo 2021, n. 6523.

Nel caso trattato dalla Suprema Corte, la sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale di Catanzaro, con il ricorso n. 9333/2020, aveva richiesto d'ufficio il regolamento di competenza, assumendo che, in materia di violazioni della normativa *antitrust*, sarebbe stata competente la sezione specializzata del Tribunale di Napoli in virtù dell'applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 4 del D. Lgs. n. 168 del 2003.

Il giudizio in questione aveva ad oggetto proprio l'accertamento e la dichiarazione di nullità della fideiussione riprodotte lo schema contrattuale predisposto dall'Abi e censurato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 e la conseguente domanda di risarcimento danni.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso e rimesso le parti davanti alla sezione specializzata in materia di impresa del tribunale di Napoli, enunciando il principio di diritto secondo cui *“l'azione di risarcimento danni proposta dal consumatore per violazione del diritto di scelta effettiva tra prodotti potenzialmente concorrenti, derivante da una intesa restrittiva della libertà di concorrenza, implica l'accertamento della nullità dell'intesa stessa ai sensi dell'articolo 33 della legge n. 287 del 1990 (ancorché il consumatore finale non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli altri autori della collusione) e la relativa cognizione è rimessa alla competenza esclusiva della Sezione specializzata in materia di impresa, da individuarsi ai sensi dell'articolo 4, comma 1-ter, del Dlgs n. 168 del 2003”*.

Il principio di diritto sopra enunciato è stato applicato dalla giurisprudenza di merito che, di recente, ha respinto l'eccezione di incompetenza territoriale in favore del Tribunale del luogo in cui l'obbligazione era sorta e doveva essere eseguita, rilevando la propria competenza nei termini indicati da Cass. n. 6523/21 ⁴.

Tanto premesso, occorre considerare che il panorama del contenzioso bancario è caratterizzato sia da cause di accertamento della nullità della fideiussione collegate a domande di ripetizione dell'indebitato o di risarcimento del danno, sia da opposizioni a decreto ingiuntivo che affrontano questo tema in via incidentale e, dunque, occorre

⁴ Tribunale di Milano, sentenza del 19 gennaio 2022.

chiedersi in quali situazione la competenza spetti effettivamente alle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.

a) Nessuna questione si pone, naturalmente, quando il debitore propone un'autonoma azione di nullità del contratto fideiussorio per violazione della L. n. 287/1990. In questa ipotesi, come detto, per espressa previsione di legge l'azione deve essere promossa davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di *antitrust*, individuato secondo i criteri previsti dall'art. 4, comma 1-ter del D. Lgs. 26 giugno 2003, n. 168.

b) Anche quando il debitore propone opposizione a decreto ingiuntivo e formula apposita domanda riconvenzionale volta a far dichiarare la nullità della fideiussione per violazione della normativa anticoncorrenziale, parrebbe di potersi concludere che la competenza funzionale spetti alle sezioni specializzate, trattandosi di autonoma azione di nullità.

In tale ipotesi, occorre chiedersi, però, cosa accade una volta che il Giudice dell'opposizione ritenga di dichiarare la propria incompetenza in favore di una delle sezioni specializzate in materia di impresa competenti.

(i) In primo luogo, va osservato che la suddetta competenza specializzata attiene unicamente alla domanda di nullità, mentre il potere di decidere la causa di opposizione a decreto ingiuntivo resta funzionalmente attribuito all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha emesso il decreto ai sensi dell'art. 645 c.p.c.

Il giudice dell'opposizione dovrebbe dunque disporre la separazione della causa di opposizione a decreto ingiuntivo dalla domanda di nullità della fideiussione per contrarietà alla normativa *antitrust*, dichiarando la propria incompetenza in favore della sezione specializzata del Tribunale competente per territorio.

La Corte di Cassazione, a tal proposito, ha sempre ribadito che *“la causa di opposizione a decreto ingiuntivo appartiene alla competenza funzionale ed inderogabile dell'ufficio giudiziario che lo ha emesso, non modificabile neppure per ragioni di connessione”* (cfr. Cass. Civ. sez. VI, sentenza dell'8 agosto 2017, n. 19738⁵).

La Suprema Corte ha anche chiarito che *“il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, dinanzi alla proposizione della domanda riconvenzionale di competenza della Sezione specializzata delle imprese di altro Tribunale, avrebbe dovuto separare le cause, rimettere quella relativa alla predetta domanda riconvenzionale al predetto Tribunale (delle imprese)⁶, ferma restando nel prosieguo la possibilità di fare eventuale applicazione delle disposizioni concernenti la sospensione dei processi”*.

⁵ Conformi; Cass. 16454/2015; Cass. 10384/2008; Cass. 18824/2004.

⁶ Si noti che, nel caso di specie, ai sensi dell'art. 5 c.p.c., la Corte ha applicato la normativa vigente al momento della proposizione della domanda, ritenendo competente la sezione specializzata in materia di impresa presso il Tribunale di Bologna. Non ha trovato dunque applicazione, nell'ipotesi, l'art. 4 comma 1-ter del D. Lgs. 168/2003, aggiunto con la riforma del 2017.

(ii) In secondo luogo, il giudice dell'opposizione dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità la sospensione necessaria del processo ex art. 295 c.p.c. opera nell'ipotesi di giudizio promosso per il riconoscimento di diritti derivanti da un determinato titolo, allorquando in un diverso giudizio tra le stesse parti sia in discussione l'inesistenza o la nullità assoluta del titolo stesso. Ciò in quanto *“al giudicato di accertamento della nullità, la quale impedisce all'atto di produrre ab origine qualunque effetto, sia pure interinale, si potrebbe contrapporre un distinto giudicato, d'accoglimento della pretesa basata su quel medesimo titolo, contrastante con il primo in quanto presupponente un antecedente logico-giuridico opposto”*⁷.

Con recentissima decisione, anche la giurisprudenza di merito ha fatto applicazione di tale insegnamento, così pronunciandosi:

“- dispone la separazione dalla presente causa di opposizione a decreto ingiuntivo della domanda di nullità per contrarietà alla normativa antitrust della fideiussione, dichiarando per quest'ultima l'incompetenza del Tribunale di Brescia in favore del Tribunale di Milano - Sezione Specializzata in materia di Impresa e assegnando a parte attrice termine di tre mesi per la riassunzione della causa dinanzi al giudice competente;

- respinge l'istanza di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo proposta dall'opponente;

*- visto l'art. 295 c.p.c., dichiara la sospensione del presente procedimento in attesa della definizione della causa pregiudiziale da riassumersi dinanzi al Tribunale di Milano”*⁸.

(iii) In terzo luogo, è opportuno che il giudice dell'opposizione, prima di pronunciarsi sull'eccezione di incompetenza, si pronunci su tutte le questioni preliminari, compresa la richiesta di concessione o di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto, operando in via incidentale una valutazione prognostica sul *fumus boni iuris* delle contestazioni sollevate dal debitore.

c) Diversa dai casi sopra enunciati è l'ipotesi in cui l'opponente eccepisca in via incidentale la nullità della fideiussione per violazione della normativa *antitrust*. La qualifica della difesa dell'opponente in termini di “eccezione” trova conferma nella tradizionale distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 21472/2016).

In particolare, ciò che distingue l'eccezione dalla domanda sono le conseguenze giuridiche che il deducente intende trarre dal fatto nuovo allegato, e cioè, dal provvedimento che

⁷ Così Cass. Civ. SS. UU. n. 4421/2007. Conformi; Cass. Civ. 5.12.02 n. 17317; Cass. Civ. 25.1.00 n. 787; Cass. Civ. 4.4.01, n. 4977; Cass. Civ. 12.5.99 n. 4730; Cass. Civ. 30.3.99 n. 3059; Cass. Civ. 9.8.97 n. 7451.

⁸ Così Tribunale di Brescia, Sentenza 20.01.2022.

viene chiesto al giudice in base a tale fatto⁹. Dunque, l'eccezione c.d. riconvenzionale dell'opponente è qualificabile come tale allorquando è volta a paralizzare la richiesta di condanna svolta dall'istituto di credito e richiede, perciò, una pronuncia da rendersi *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato.

Secondo l'interpretazione maggioritaria¹⁰, in questi casi è competente a decidere in via incidentale l'eccezione di nullità il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

In particolare, è stato di recente sottolineato in giurisprudenza che *“nel caso in esame la nullità è stata fatta valere come eccezione, con la conseguenza che deve ritenersi la competenza del giudice adito e non quella delle sezioni specializzate, sia perché l'art. 33 (della Legge a Tutela della concorrenza e del mercato) fa riferimento alle sole azioni (e non anche alle eccezioni), sia perché l'art. 34 c.p.c. regola le ipotesi in cui il giudice debba pronunciare in via incidentale sulla nullità dell'accordo anticoncorrenziale”*¹¹.

Con la conseguenza che, nel caso in cui l'opponente proponga solo un'eccezione riconvenzionale, la causa di opposizione dovrebbe appartenere alla competenza funzionale e inderogabile dell'ufficio giudiziario che ha emesso il decreto.

⁹ Con le parole della Corte, *“La distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, ma dal relativo oggetto, vale a dire dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore; di conseguenza, non sussistono limiti al possibile ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, purché vengano allegati, a loro fondamento, fatti o rapporti giuridici prospettati come idonei a determinare l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, ed in base ai quali si chiede la reiezione delle domande da questo proposte e non una pronuncia di accoglimento di ulteriori e diverse domande”* (cfr. Cassazione civile sez. III, 25/10/2016, n.21472; conf. Cass. Civ., sez. 03, del 13/06/2013, n. 14852)

¹⁰ Tribunale Reggio Emilia sez. II, 17/11/2021, n.1336; Corte appello Perugia sez. I, 28/10/2021, n.598; Tribunale Rimini sez. I, 04/12/2020, n.847; Tribunale Sassari, 17/02/2021, n.159; Tribunale di Verona 1.10.2018, Tribunale Verona 23 gennaio 2020, Tribunale di Padova 29.1.2019.

¹¹ Tribunale di Sassari, sentenza del 17 febbraio 2021, n. 159.

2. La nullità parziale e il principio di conservazione del contratto

Avendo già esaminato il quadro normativo di riferimento, occorre ora passare brevemente in rassegna i diversi orientamenti giurisprudenziali e le distinte tesi elaborate dalla dottrina prima dell'arresto delle Sezioni Unite del 2021 in merito alle conseguenze della accertata applicazione di clausole conformi al modello ABI censurato dalla Banca d'Italia.

In un primo momento, la giurisprudenza di legittimità aveva affrontato la questione della legittimazione, in capo ai privati (e non solo agli imprenditori), a far valere la nullità dell'intesa ai sensi dell'art. 2 della Legge a tutela della concorrenza del mercato e a proporre, per l'effetto, l'azione di risarcimento prevista dall'art. 33.

L'orientamento giurisprudenziale risalente ai primi anni 2000 (sentenza del 9 dicembre 2002, n. 17475) aveva negato in radice che il consumatore finale potesse accedere agli specifici strumenti di tutela previsti dalla L. n. 287/1990 poiché strettamente connessi ad una tipologia di danni legati all'impresa e alla sua presenza nel mercato¹².

L'anno successivo (sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384), un orientamento di senso opposto aveva riconosciuto al privato la facoltà di proporre azione di nullità di un'intesa tra imprese e la conseguente azione di risarcimento del danno¹³.

Le Sezioni Unite, intervenute a dirimere questo primo contrasto nel 2005 (sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207), avevano riconosciuto al fideiussore non imprenditore che aveva subito un danno dalla stipula di un contratto che non ammette alternative per effetto dell'intesa anticoncorrenziale illecita, la possibilità di accedere all'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della L. n. 287/1990 soggetta alla competenza funzionale prevista dalla norma *ratione temporis* (che prevedeva la competenza esclusiva della Corte d'Appello in un unico grado di giudizio di merito)¹⁴.

Ora, occorre distinguere il caso affrontato dalle Sezioni Unite nel 2005, relativo ad un contratto stipulato da un'assicurazione che aveva partecipato all'intesa vietata, da quello oggetto anche dell'esame delle Sezioni Unite del 2021, in cui l'impresa bancaria che ha stipulato il contratto a valle con il fideiussore non ha partecipato direttamente all'intesa a monte dichiarata nulla ma il contratto recepisce il contenuto di clausole dell'ABI ritenute espressione di un'intesa vietata.

¹² Veniva dunque riservata al consumatore la sola tutela risarcitoria ordinaria ogni qualvolta, a valle dell'intesa vietata, vi fosse anche un comportamento antigiuridico atto a violare lo specifico diritto del consumatore che vi entrava in contatto nelle forme tipiche di accesso al mercato.

¹³ La Cassazione aveva invece escluso qualsiasi accesso alla tutela reale, sulla base del fatto che dall'invalidità accertata a monte, non potesse discendere automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, in mancanza di una previsione espressa in tal senso.

¹⁴ In motivazione, seppur non affrontando la questione in maniera specifica, la Suprema Corte ha trattato la questione degli effetti della nullità dell'intesa sul contratto stipulato a valle; *"nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale"*. Difatti, secondo il collegio, la normativa antitrust si rivolge a tutti i soggetti del mercato (non solo agli imprenditori): anche il consumatore vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e il contratto concluso tra questo e la singola impresa costituisce inevitabilmente lo sbocco dell'intesa vietata, poiché è essenziale a realizzarne ed attuarne gli effetti *"(...) la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anti-competitiva a monte – ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare l'atto consequenziale"* (cfr. Corte di Cassazione, sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384).

Con riferimento a quest'ultimo specifico caso, si sono sviluppati due diversi orientamenti;

a) secondo un primo orientamento, la fideiussione stipulata a valle dell'intesa illecita era considerata totalmente nulla (Cass., 12/12/2017, n. 29810; conf. Cass., 10/03/2021, n. 6523).

La soluzione è basata su un'interpretazione giurisprudenziale risalente delle "intese" tra imprese di cui all'art. 2 della L. n. 287/1990; queste non si riferiscono solamente ai contratti in senso tecnico, ma anche ai comportamenti non contrattuali o non negoziali¹⁵.

Secondo questa tesi, quando la norma stabilisce la nullità dell'intesa dà rilevanza, dunque, alla complessiva situazione, anche successiva al negozio giuridico originario, che realizza un ostacolo alla concorrenza.

La nullità complessiva e totale dell'intesa anticoncorrenziale coinvolge dunque anche la successiva fideiussione a valle che è, a sua volta, nulla.

b) Un secondo orientamento riteneva che la fideiussione stipulata a valle dell'intesa illecita fosse solo parzialmente nulla (cfr. Cass. 26/09/2019, n. 24044; conf. Cass., 13/02/2020, n. 3556). Secondo tale interpretazione, la nullità investe esclusivamente le clausole contrattuali riprodotte dello schema ABI censurato dalla Banca d'Italia, relativamente peraltro alle sole clausole (2, 6 e 8) dichiarate da quest'ultima illegittime in quanto lesive della concorrenza.

La nullità del contratto, cioè, non è assoluta per il solo fatto della nullità dell'intesa ma va valutata secondo gli ordinari criteri di cui agli artt. 1418 e 1419 c.c.

In dottrina sono state sostenute tre diverse soluzioni:

a) la fideiussione riprodotte lo schema ABI è totalmente nulla in base alla teoria della "nullità derivata"¹⁶, della nullità per illiceità della causa¹⁷, illiceità dell'oggetto¹⁸ e contrarietà a norme imperative anticoncorrenziali.

b) la fideiussione è parzialmente nulla in virtù del principio di conservazione del contratto: il contratto è totalmente nullo solo ove risulti che le parti non avrebbero avuto interesse a concluderlo senza le clausole censurate.

c) la fideiussione è valida ma il contraente in mala fede risponde dei danni ex art. 1440 c.c.

¹⁵ "Va chiarito che la legge n. 287 non stabilisce che solo le intese cosiddette verticali possono dare luogo a distorsione della concorrenza. Né è vero che una intesa orizzontale non può dare luogo a comportamento sanzionabile senza essersi tradotta nell'abuso di cui all'art. 3. Ciò che rileva ai fini della posizione in parola è che tutti i comportamenti, ancorché si traducano in liberi accordi tra soggetti che operano allo stesso livello di mercato, se incidono sulla libertà economica delle imprese del settore danno luogo ad un cartello. Pertanto, la circostanza che un accordo tra imprese non abbia presupposto coercizione e non comporti effetti vincolanti nel senso che si attribuisce ai contratti quali fonti di obbligazioni, come avviene nei casi dei c.d. "gentlemen agreements", non è sufficiente a sottrarlo alla qualifica di intesa" (cfr. Cassazione civile sez. I, 01/02/1999, n.827).

¹⁶ Secondo questa teoria, che fa applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, l'intesa a monte e la garanzia a valle sono collegate funzionalmente e negozialmente, talché la fideiussione è affetta da nullità assoluta derivata dalla dichiarazione della nullità da parte dell'Autorità garante.

¹⁷ Secondo un'altra impostazione, il contratto sarebbe nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1418, comma secondo, c.c. in quanto avente una funzione illecita, ponendosi in contrasto con la L. n. 287/1990.

¹⁸ Altri autori ritengono che l'oggetto del contratto sia volto a perseguire un risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità della fideiussione ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, e 1346 c.c.

La Sezioni Unite, con la sentenza n. 41994/2021, hanno aderito alla tesi della nullità parziale in virtù dei seguenti argomenti:

- la *ratio* della legge *antitrust* è quella di tutelare la libertà della concorrenza tra i soggetti del mercato (non solo tra gli imprenditori¹⁹);
- l'interpretazione letterale dell'art. 2 della L. n. 287/1990 ("*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*"); la norma richiama il principio generale *Quod nullum est, nullum producit effectum* secondo cui ciò che è nullo non produce alcun effetto;
- gli scopi perseguiti dalla legge *antitrust*: il riconoscimento della tutela reale, oltreché di quella risarcitoria, si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele per i soggetti del mercato;
- l'applicazione del principio della conservazione del contratto: l'art. 1419, primo comma, c.c. esprime, difatti, il generale favore dell'ordinamento per la conservazione, in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, anche atipici.

Le Sezioni Unite, sul punto, hanno precisato che è onere della parte che ha interesse a far valere la nullità integrale della fideiussione "*fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto*"²⁰.

Qualora invece permanga l'utilità del contratto in relazione agli interessi in concreto perseguiti dalle parti, la fideiussione è valida ed epurata esclusivamente delle clausole nulle.

Nel caso specifico, la Suprema Corte ha osservato che:

- il fideiussore - nel caso di specie socio della società debitrice principale - avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancari;
- l'istituto bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

La Corte di Cassazione aveva già affrontato il tema, ritenendo che dal punto di vista del fideiussore, l'espunzione delle clausole dal contratto costituisse un evidente miglioramento della sua posizione contrattuale, e, dal punto di vista dell'istituto di credito,

¹⁹ Si veda, Sezioni Unite n. 2207/2005; in questo senso il contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata a monte.

²⁰ "(...) per il principio utile per inutile non viziatur (n.d.r. Ciò che è valido non è viziato da ciò che è invalido) la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento della clausola e, dunque, in funzione dell'interesse concreto dalle stesse perseguito (Cass., 10/11/2014, n. 23950). La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass., 05/02/2016, n. 2314).

Agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige, infatti, la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto accertato dal giudice. Per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (Cass. 21/05/2007, n. 11673)" (cfr. Cassazione civile sez. un., 30/12/2021, n.41994).

l'esistenza di una garanzia risultasse comunque migliore dell'assenza di qualsivoglia garanzia²¹.

Una simile valutazione è stata di recente operata anche dalla giurisprudenza di merito, assumendo che *“anche in assenza delle clausole in questione, l'odierno opponente avrebbe avuto comunque interesse a rilasciare la garanzia, onde permettere alla correntista di ottenere, peraltro a condizioni più favorevoli per il garante, la concessione di credito dalla banca e che per quest'ultima il rilascio della fideiussione, sia pure a condizioni diverse, avrebbe avuto un'utilità maggiore che non la sua assenza totale”*²².

²¹ *“Tornando al caso in esame, va quindi osservato che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.*

Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione.

Va osservato in proposito che la decisione della Corte di appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidavano sulla struttura e sulla causa del contratto, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale” (cfr. Cassazione civile sez. I, 26/09/2019, n.24044).

²² Tra le più recenti, così Tribunale di Milano, sentenza del 4 marzo 2021.

3. La prova dell'intesa anticoncorrenziale: il provvedimento della Banca d'Italia

Le Sezioni Unite si sono soffermate molto sulle conseguenze dell'intesa illecita a monte sui contratti di fideiussione a valle, decretando come detto la nullità parziale delle clausole che ricalchino il modello ABI, ma ben poco si sono soffermate sul tema dell'onere della prova.

La Suprema Corte si è limitata in proposito a richiamare il principio di diritto già affermato dalla sentenza del 22/05/2019, n. 13846, secondo cui: *“In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 L. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, 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”*.

Null'altro chiarendo sul punto le SS.UU., è opportuno ripercorrere brevemente l'insegnamento della giurisprudenza in argomento.

La definizione di “prova privilegiata” risale, invero, ad una pronuncia del 2009 (Cass. 13 febbraio 2009 n. 3640) ove la Suprema Corte, con riferimento a tutti i giudizi instaurati ai sensi dell'art. 33 della L. n. 287/1990 per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, aveva affermato che le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscono una prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso²³.

L'orientamento giurisprudenziale successivo si è sviluppato attorno allo specifico tema della prova dell'intesa anticoncorrenziale attraverso una serie di pronunce rese con riferimento al giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza tra compagnie assicuratrici.

²³ “(..) anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie” (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640).

È stato sostenuto, in quei casi, che il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale ²⁴.

Con riferimento al giudizio promosso per l'accertamento della nullità delle fideiussioni in quanto contrarie alla normativa *antitrust*, è intervenuta la decisione dell'8 marzo 2018 (sentenza n. 30818/2018), con cui la Corte di Cassazione ha chiarito che il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata è elemento costitutivo del diritto vantato e deve essere provato dall'attore secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Venezia aveva evidenziato, in particolare, che il provvedimento della Banca d'Italia "*avesse vietato l'uso uniforme – non già occasionale – di quello schema negoziale, presupposto la cui sussistenza nella specie era contestata dalla banca convenuta e non era stata provata dall'attore*".

Nel motivare il rigetto del ricorso, la Suprema Corte, dopo aver richiamato le regole generali in materia di prova, ha specificato che, nell'ipotesi, il ricorrente non poteva limitarsi ad invocare a sostegno della propria tesi l'orientamento giurisprudenziale - innanzi citato - in materia di presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa²⁵.

Quando viene contestata dalla Banca la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale – sostiene la Corte - gli elementi della fattispecie (ed in particolare, il carattere uniforme dell'applicazione delle clausole da parte degli Istituti di credito) devono essere dimostrati da chi ha interesse a far valere la nullità della fideiussione, in quanto, "*il provvedimento della Banca d'Italia non ha accertato [l'applicazione uniforme delle clausole], ma ha indicato in termini soltanto ipotetici*".

La Corte di Cassazione con la citata sentenza del 22/05/2019, n. 13846, ha dato seguito ai precedenti orientamenti interpretativi nell'affrontare il caso di un contratto di fideiussione concluso nel dicembre 2005 che si assumeva affetto da nullità per violazione della normativa *antitrust*. In particolare, in quell'occasione Essa ha chiarito che:

(i) a prescindere dal contenuto prescrittivo del provvedimento, ciò che rileva è l'accertamento dell'intesa restrittiva da parte della Banca d'Italia: gli accertamenti conseguiti nel procedimento amministrativo che ha preceduto l'emanazione del provvedimento dell'Autorità Garante possono essere utilizzati anche dall'utente finale, al fine di garantire a quest'ultimo l'effettività della tutela giurisdizionale²⁶;

²⁴ Così Cass. 28 maggio 2014, n. 11904; cfr. pure, in tema, ad es.: Cass. 23 aprile 2014, n. 9116; Cass. 22 maggio 2013, n. 12551; Cass. 9 maggio 2012, n. 7039; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486.

²⁵ Vengono espressamente richiamate le pronunce della Corte di Cassazione nn. 11904/2014 e 7039/2012.

²⁶ *Infatti - anche a voler prescindere dal rilievo per cui il provvedimento in questione presentava un contenuto prescrittivo, essendosi in esso stabilito che l'ABI emendasse le proprie circolari con riguardo alle disposizioni di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale da diffondere presso il sistema bancario, trasmettendo preventivamente gli atti così corretti alla Banca d'Italia -, ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'autorità competente "deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate*

- (ii) gli accertamenti compiuti in quella sede non sono più controvertibili “*se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede*”;
- (iii) va apprezzato il contenuto sostanziale e complessivo del provvedimento; la portata dell’espressione secondo cui gli artt. 2,6 e 8 “*contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. A)*” va giudicata facendo riferimento a quei passaggi del provvedimento che prendono posizione sulla diffusione, presso gli istituti di credito, dei testi negoziali comprendenti le citate clausole;
- (iv) il giudice di merito ha il compito di valutare la coincidenza delle condizioni contrattuali convenute con la fideiussione con il testo dello schema ABI ritenuto espressivo dell’intesa restrittiva vietata;
- (v) non rileva invece che, a seguito dell’emanazione del provvedimento della Banca d’Italia, l’ABI abbia comunque diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione contenente le clausole che costituiscono oggetto dell’intesa restrittiva.

Con riferimento alla portata applicativa del suddetto principio, occorre in primo luogo chiarire che quanto affermato dalla Suprema Corte comporta certamente l’onere di allegare e provare il provvedimento della Banca d’Italia in capo alla parte che deduce la nullità della fideiussione.

La natura di atto amministrativo del provvedimento n. 55/2005 rende, difatti, ad esso inapplicabile il principio *iura novit curia* sancito dall’art. 113, primo comma, c.p.c.²⁷ che deve necessariamente coordinarsi, sul piano ermeneutico, con l’art. 1 delle preleggi²⁸.

In secondo luogo, va tenuto presente che una parte rilevante della giurisprudenza di merito ha interpretato il principio affermato dalla Cassazione in tema di onere della prova, chiarendone la portata in senso restrittivo.

condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte”; in tal senso il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico “impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486).

“(.) teorizzare 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, significa negare l’intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale (4 è posta a tutela non solo dell’imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato)” (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305). E tale rilievo si coniuga con una duplice considerazione: per un verso, nel sistema della L. n. 287 del 1990, come del resto nella disciplina comunitaria, private e public enforcement, e cioè tutela civilistica e tutela pubblicistica, sono tra loro complementari; per altro verso, il principio di effettività e di unitarietà dell’ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento amministrativo nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell’ambito dello stesso testo normativo e nell’ambito di un’unitaria finalità: tanto più in considerazione dell’“evidente asimmetria informativa tra l’impresa partecipe dell’intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell’impossibilità di fornire la prova tanto dell’intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità” (Cass. 28 maggio 2014, n. 11904 cit.)” (Cfr. Cassazione civile sez. I, 22/05/2019, n.13846).

²⁷ **Art. 113, comma primo, c.p.c.:** “Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme di diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità”.

²⁸ **Art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, Indicazione delle fonti:**

“Sono fonti del diritto:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) le norme corporative (abrogato);
- 4) gli usi”

Con la recentissima, già menzionata, decisione del 19 gennaio 2022, ad esempio, il Tribunale delle Imprese di Milano si è espresso nel senso di limitare l'idoneità del provvedimento della Banca d'Italia a formare prova dell'intesa anticoncorrenziale, rapportandolo al momento di stipula della fideiussione. E' stato, infatti, osservato che qualora il contratto sia stato stipulato dopo anni di distanza rispetto all'emanazione del provvedimento amministrativo (e all'accertamento istruttorio compiuto in quella sede), il provvedimento non può costituire prova privilegiata e la parte che ha sollevato la domanda o l'eccezione è onerata dell'allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio (compresa la diffusione delle clausole censurate presso gli istituti di credito)²⁹.

Nella specie, la fideiussione risultava stipulata nel 2010, ben oltre cinque anni dall'emanazione del provvedimento³⁰ e dall'istruttoria compiuta ai fini della sua emanazione, che ha coperto un arco temporale tra il 2002 e il 2005.

In quell'occasione, l'attore non aveva fornito prova dei fatti posti a fondamento della sua domanda, *“non avendo depositato documenti, né articolato mezzi di prova volti a dimostrare che nel 2010 un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avrebbe coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussioni per operazioni specifiche in modo da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza”*.

Conclusioni, queste, a nostro avviso condivisibili, non potendosi ritenersi fornita la prova della intesa anticoncorrenziale nella mera riproduzione, a distanza di anni, dall'accertamento operato dalla Banca d'Italia con istruttoria del 2004.

²⁹ Il principio era già stato affermato dal Tribunale di Milano in precedenza: *“Quand'anche le clausole siano presenti nella garanzia rilasciata dagli ingiunti, ciò dimostra solo che la banca creditrice non ha ancora dato seguito al provvedimento di Banca d'Italia, ma nulla prova circa la condotta delle altre banche e soprattutto in ordine alla esistenza di un'applicazione uniforme di quello schema, la cui prova sarebbe necessaria ai fini della eccepita nullità.”* (cfr. sentenza del 30 settembre 2021).

³⁰ *“Occorre sottolineare che la fideiussione omnibus per cui è lite risulta stipulata in data 21.12.2010, cioè a distanza di oltre cinque anni dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia, che costituisce prova privilegiata solo in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso; per contro, il provvedimento anzidetto non costituisce prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall'autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha - com'è noto - coperto un arco temporale compreso tra il 2002 e il maggio 2005”* (cfr. sentenza del Tribunale di Milano del 19 gennaio 2022).

4. L'applicabilità del principio di diritto delle SS.UU. alle fideiussioni specifiche

Un'altra delle problematiche rimaste aperte è se anche le fideiussioni specifiche eventualmente conformi allo schema ABI siano parzialmente nulle alla luce della pronuncia a Sezioni Unite di dicembre 2021 che nulla dice al riguardo.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario le fideiussioni specifiche contenenti le clausole censurate dalla Banca d'Italia sono valide, salvo prova contraria, sull'assunto che il provvedimento n. 55/2005 non può costituire prova della condotta anticoncorrenziale a monte poiché si riferisce esclusivamente alle fideiussioni *omnibus*³¹.

Una parte della giurisprudenza non ha escluso che anche tali tipi di garanzie possano essere dichiarate nulle per violazione della normativa *antitrust*, ma ha precisato che l'eccezione e/o la domanda di nullità è più gravosa sotto il profilo dell'onere della prova, poiché la parte interessata non può avvalersi del Provvedimento della Banca d'Italia per dimostrare l'intesa illecita a monte.

In proposito, si è osservato che in caso di fideiussione specifica *“sia effettivamente ravvisabile una sorta di limitazione della legittimazione sotto il profilo oggettivo (rilevante invero non sotto il profilo teorico della legittimazione all'esercizio dell'azione, ma impingente il merito, comportando la necessità del rigetto della domanda), nel senso che, anche ad ammettere l'esperibilità da parte di chiunque vi abbia interesse di un'azione di nullità avente ad oggetto l'accertamento dell'intesa concorrenziale sulla base della giurisprudenza di legittimità che l'ha riconosciuta in materia di fideiussioni bancarie (con motivazioni ritenute dal giudice rimettente del 2021 un po' tralasciate..), non può essere obliterato come tutte le pronunzie avessero fatto riferimento ad ipotesi di fideiussioni c.d. omnibus: il provvedimento della Banca d'Italia del 2.5.2005 di censura di alcune disposizioni dello schema contrattuale predisposto dall'ABI si riferisce infatti unicamente alla fideiussione omnibus, ossia quella particolare garanzia personale di natura obbligatoria, in uso nei rapporti bancari, che per effetto della c.d. clausola estensiva impone al fideiussore il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto entro un limite massimo predeterminato, non la fideiussione specifica che acceda ad un dato finanziamento, come quella di specie. Solo con riferimento alla fideiussione omnibus, oggetto degli accertamenti della giurisprudenza di legittimità, chi agisce in giudizio può avvalersi della natura di prova privilegiata del provvedimento accertativo delle nullità definitorio di quella istruttoria; nel caso di deduzione della nullità di una fideiussione specifica occorre che l'attore introduca in allegazione in giudizio un'autonoma fattispecie con autonomi fatti, volti a censurare l'esistenza di prassi contrattuale diffusa presso gli istituti di credito violatrice per le modalità di applicazione uniforme dell'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/1990. Tanto non è avvenuto,*

³¹ Il Provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia dispone, in conclusione, che *“a) gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a); b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza”*.

*per cui, in difetto di sufficiente allegazione di fatto, non è possibile neppure procedere ad eventuali interventi officiosi, nei limiti in cui ciò è consentito*³².

Nello stesso senso si è ulteriormente argomentato che nel caso delle fideiussioni specifiche, *“gli oppositori non possono giovare della valenza probatoria derivante dalla corrispondenza delle clausole in esse contenute allo schema ABI, che ebbe ad oggetto solo il modello di «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, che disciplina la prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca” (cfr. pagina 2 del provvedimento della Banca d'Italia). La convenuta ha infatti contestato la sussistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza posta dagli oppositori a fondamento della dedotta nullità delle due fideiussioni specifiche, per cui difetta la prova che i relativi contratti siano l'esito di uno schema corrispondente a una pratica uniforme, frutto anch'essa - come per le fideiussioni omnibus - di intese anticoncorrenziali raggiunte dagli istituti di credito con riferimento alle fideiussioni specifiche rilasciate a garanzia della restituzione di mutui»*³³.

Altra e anche recentissima giurisprudenza sembra invece escludere *tout court* la riferibilità dei principi in esame alla fideiussione specifica, rilevando che:

*“Un'ipotesi di fideiussione specifica, non rientra nell'ambito di applicazione del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, che ha dichiarato la contrarietà alla L. n. 287/1990 degli artt. 2, 6, 8 dello schema ABI del 2002, riferito esclusivamente alle fideiussioni omnibus perfezionate sulla scorta di tale modello contrattuale. Il provvedimento della Banca d'Italia valuta ruolo, funzioni e condizioni contrattuali riferibili alla fideiussione omnibus, definita come l'operazione con cui «il fideiussore garantisce il debitore di una banca per tutte le obbligazioni da questo assunte, comprensive non solo dei debiti esistenti nel momento in cui la garanzia fideiussoria viene prestata, ma anche di quelli che deriveranno in futuro da operazioni di qualunque natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale». Esso evidenzia che la fideiussione omnibus presenta una funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile, volta a garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica agli operatori economici. È con riguardo a tale fattispecie contrattuale che la Banca d'Italia ha valutato come le clausole dello schema ABI (riguardante la fideiussione omnibus), di per sé lecite se inserite in fideiussioni specifiche, possono determinare effetti anticoncorrenziali, in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela”*³⁴.

Riteniamo di poter aderire a quest'ultima tesi e di poter, quindi, escludere le fideiussioni specifiche dal novero di quelle sanzionabili per violazione della normativa anticoncorrenziale in conseguenza del Provvedimento della banca d'Italia n. 55 del 2005.

³² Così Tribunale Perugia sez. III, 11/10/2021, n. 1337; in senso conforme cfr. Trib. Napoli, 16.6.2020;

³³ Così Tribunale di Rovigo sez. I, 3/5/2021, n. 305; conf. Tribunale di Prato, sentenza n. 28/2021.

³⁴ Così Trib. Bologna sentenza n. 64 del 13 gennaio 2022. In senso conforme, tra le altre, Trib. Milano, Sez. Imprese, 19 gennaio 2022; Tribunale di Pisa, ordinanza del 6 novembre 2019.

5. Atti interruttivi della decadenza ex art. 1957 c.c.

La ricaduta più pregnante nella pratica della sentenza delle Sezioni Unite del 31 dicembre 2021, riguarda certamente la reviviscenza dell'art. 1957 c.c. per l'effetto della eventuale dichiarazione di nullità della clausola n. 6 della fideiussione, che espressamente vi deroghi.

Come noto, l'art. 1957, primo comma, c.c. prevede espressamente che *“il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate”*.

È pertanto necessario interrogarsi, da un lato, sul *dies a quo* da cui decorre il termine semestrale previsto dalla norma, e dall'altro, su quali atti possano venire identificati come “istanza” idonea ad interrompere il decorso del termine semestrale di decadenza.

a) la scadenza dell'obbligazione principale

Con riferimento al primo interrogativo, si ritiene generalmente che il termine semestrale previsto dalla norma decorra dalla scadenza dell'obbligazione garantita, essendo ininfluenza sia la messa in mora del debitore³⁵ che la formazione di un titolo esecutivo³⁶.

Giurisprudenza e dottrina sono, poi, concordi nel ritenere che, qualora il debito sia ripartito in scadenze periodiche, ciascuna delle quali dotata di un grado di autonomia tale da potersi considerare esigibili anche prima ed indipendentemente dalla prestazione complessiva, il «dies a quo», agli effetti dell'art. 1957, va individuato in quello di scadenza delle singole prestazioni e non già dell'intero rapporto, in quanto scopo del termine di decadenza è quello di evitare che il fideiussore si trovi esposto all'aumento indiscriminato degli oneri inerenti alla sua garanzia, per non essersi il creditore tempestivamente attivato al primo manifestarsi dell'inadempimento, magari proprio contando sulla responsabilità solidale del fideiussore ³⁷.

Con riferimento al rapporto di conto corrente, in applicazione del principio innanzi enunciato, in giurisprudenza si è affermato che *“Il termine decorre dalla scadenza dell'obbligazione garantita e, se l'obbligazione è a prestazioni periodiche o ripetute, dalla scadenza del debito delle singole prestazioni. Nell'apertura di credito o nel conto corrente inizierà dalla chiusura del conto”* ³⁸.

Con riferimento all'apertura di credito si è precisato che *“nella fattispecie in esame l'obbligazione di pagare la somma, di cui al saldo del conto corrente, è divenuta esigibile nei confronti del debitore principale e quindi nei confronti dei fideiussori, quando la banca ha comunicato, sia pure implicitamente, il suo recesso dal rapporto”* ³⁹ (di affidamento).

³⁵ Cfr. Cass. I, n. 3835/1975.

³⁶ Cfr. Cass. lav., n. 6547/1986.

³⁷ Cass. 19160/2018; conf. Cass. III, n. 15902/2014; Cass. III, n. 2301/2004.

³⁸ Così Tribunale di Lecce sentenza del 20 gennaio 2022 n. 156.

³⁹ Così Corte d'Appello di Milano sentenza del 18 marzo 2021 n. 890.

Diversamente, se l'obbligazione è unica e la divisione in rate costituisce solo una modalità di agevolare una delle parti, come nel caso del mutuo, il debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata ⁴⁰.

Sempre in applicazione del suddetto principio di diritto, è stato affermato che *“nel caso del contratto di mutuo, (..) il debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata, con la conseguenza che il termine di cui al citato art. 1957 c.c. decorre non già dalla scadenza delle singole rate, ma dalla scadenza dell'ultima di esse”* ⁴¹.

b) le istanze contro il debitore principale

Il secondo problema è invece quello relativo alle istanze che il creditore deve proporre avverso il debitore al fine di interrompere il termine di decadenza⁴² semestrale di cui all'art. 1957 c.c.

In linea generale, la giurisprudenza ritiene che il termine «istanza» vada riferito a tutti i vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro concreta idoneità a sortire il risultato sperato, poiché la *ratio* dell'art. 1957 c.c. è quella di imporre al creditore l'avvio di sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito (cfr. Cass. II, n. 1724/2016).

In virtù dell'applicazione di questo principio:

- sono stati ritenuti idonei a interrompere la decadenza l'atto introduttivo di un giudizio introdotto dal creditore contro il debitore garantito volto ad ottenerne la condanna, l'istanza di ammissione al passivo del fallimento o il ricorso per sequestro conservativo sui beni di quest'ultimo;
- sono stati ritenuti inadatti ad interrompere il termine semestrale, invece, l'atto introduttivo di un giudizio volto ad ottenere una pronuncia di mero accertamento, il ricorso per accertamento tecnico preventivo, il precetto non seguito da esecuzione⁴³ o i semplici atti stragiudiziali (quali, ad esempio, la lettera di messa in mora o le trattative per comporre bonariamente una vertenza⁴⁴), fatto salvo quanto riferito al successivo par. c) in tema di derogabilità del 1957 c.c.
- Un caso particolare riguarda le fideiussioni che prevedono una clausola di pagamento immediato a semplice richiesta scritta. In tal caso il contratto viene qualificato come “garanzia a prima richiesta” e, dunque, la fideiussione non si estingue quando il

⁴⁰ Cfr. Cass. 24296/2017; Cass. 2301/2004; Cass. 11759/2002; Cass. 11 ottobre 1978 n. 4546; cfr. anche Cass. 23 maggio 1990, n. 3411.

⁴¹ Cfr. Tribunale di Savona sentenza del 2 luglio 2020, n. 314.

⁴² Il termine semestrale previsto dall'art. 1957 viene qualificato come termine di decadenza e non di prescrizione (Fragali, in Comm. S. B., 1957, 496).

⁴³ Cfr. Cass. III, n. 6823/2001.

⁴⁴ Anche le trattative per comporre bonariamente la vertenza, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria e non rappresentando riconoscimento del diritto altrui, non valgono, di per sé, ad impedire la decadenza ex art. 1957 (Cass. I, n. 10120/2006).

creditore, entro sei mesi dalla scadenza di cui all'art. 1957 c.c., avanza una semplice richiesta stragiudiziale di pagamento.

La clausola in parola dispone ad esempio che *“il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio”* ovvero *“a semplice richiesta scritta e senza eccezioni”*.

E così autorevole giurisprudenza ha ritenuto non necessaria, nel caso di specie, la proposizione di una domanda giudiziale, e sufficiente la richiesta di pagamento stragiudiziale trasmessa dall'Istituto di credito *“purché questa sia poi effettivamente proposta entro un termine ragionevole”*⁴⁵.

Tali conclusioni richiamano il principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione secondo cui *“la decadenza prevista in tema di fideiussione dell'art. 1957 c.c. per l'ipotesi che il creditore non coltivi entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione la propria pretesa nei confronti del debitore principale, così come può essere pattiziamente esclusa nei contratti di fideiussione tipici, allo stesso modo può essere volontariamente estesa ad un contratto autonomo di garanzia, il quale preveda una clausola di pagamento “a prima richiesta”. In questo caso, però, la suddetta decadenza può essere evitata dal creditore non solo iniziando l'azione giudiziaria nei confronti del debitore principale ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di pagamento”*⁴⁶.

La nozione di istanza, con riferimento alle garanzie fideiussorie, si lega anche inevitabilmente alla questione della derogabilità dell'art. 1957 c.c.

⁴⁵ Così Corte d'Appello di Milano sentenza n. 890 del 18.03.2021; conf. App. Milano, sentenza n. 2110 del 5 luglio 2021.

In questo senso si è espresso anche il Tribunale di Brescia osservando che *“ove - come nel caso di specie (cfr. art. 7 della fideiussione) - le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire “a prima richiesta”, l'operatività della decadenza di cui all'art. 1957, comma 1, c.c. (nella specie fatta valere per effetto della dedotta nullità della clausola pattizia derogativa della norma) deve intendersi riferita esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due disposizioni, non potendosi considerare “a prima richiesta” l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio (Cass. n. 22346/2017; in senso analogo, Cass. n. 13078/2008, secondo cui laddove il contratto preveda una clausola di pagamento “a prima richiesta” e al tempo stesso operi l'art. 1957 c.c., la relativa decadenza può essere evitata dal creditore non solo iniziando l'azione giudiziaria nei confronti del debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento; v. anche Corte d'Appello di Milano, 18 marzo 2021, n. 890)”* (cfr. verbale del 20.01.2022 Tribunale di Brescia).

Sul tema si è pronunciato, recentissimamente, anche il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con sentenza del 19.02.2022, secondo cui *“l'espunzione della clausola n. 6 con cui espressamente si deroga all'art 1957 c.c., determina l'applicabilità, nel rapporto inter partes della disposizione richiamata. Sul punto, mette conto evidenziare che il contratto stipulato tra le parti non prevede il beneficium excussionis, cioè non prevede che il creditore fosse tenuto preventivamente a sottoporre ad esecuzione i beni del debitore principale, prevedendo, al contrario, espressamente che “il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio” (clausola n. 7 contratto di fideiussione). In queste ipotesi, peraltro, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza prevista dall'art 1957 c.c. la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare “a prima richiesta” l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio”*.

⁴⁶ Cfr. Cass. n. 13078/2008; si veda anche Cass. n. 22346/2017.

c) la derogabilità dell'art. 1957 c.c.

Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, la decadenza del creditore dal diritto di pretendere l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, sancita dall'art. 1957 per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, può essere preventivamente rinunciata dal fideiussore, trattandosi di pattuizione rimessa alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, per il garante, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore ⁴⁷.

La giurisprudenza è altresì concorde nel ritenere che la clausola di deroga di cui all'art. 1957 c.c. non rientra tra quelle particolarmente onerose per le quali l'art. 1341, comma secondo, c.c. esige la specifica approvazione per iscritto ⁴⁸.

La possibilità di derogare a tale previsione (esplicitamente o implicitamente) viene, del resto, riconosciuta dalla stessa sentenza delle Sezioni Unite in commento, posto che la nullità parziale dei contratti di fideiussione contenenti le clausole illecite viene affermata «salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

Alle parti è quindi data facoltà di derogare alle previsioni dell'art. 1957 c.c., sia fissando un diverso termine per l'escussione, sia accordando la possibilità per il fideiussore di garantire comunque, senza limiti di durata, l'adempimento dell'obbligazione principale (Cass. 9455/2012) ⁴⁹.

Su tutti questi temi appare decisivo il ruolo che assumerà la giurisprudenza nel delineare un insegnamento possibilmente conforme, trattandosi di problematiche sì accessorie a quella della nullità parziale di clausole contrattuali, ma parimenti decisive ai fini del decidere.

⁴⁷ Cass. VI, n. 28943/2017; Cass. VI, n. 21867/2013.

⁴⁸ Cass. 21645/2010; Cass. n. 9245/2007.

⁴⁹ In merito a ciò, Trib. Lucca, sentenza 7 maggio 2021, ha confermato che «*In tema di contratti di finanziamento con garanzia di terzo, la pretesa applicabilità dell'art. 1957 c.c. non può essere operante laddove contratti di garanzia siano correlati non tanto alla scadenza dell'obbligazione principale, quanto al suo integrale adempimento, costituendo ciò una deroga espressa alla disciplina del suddetto articolo, il quale non è pertanto applicabile alla fattispecie ora in esame*». Ovviamente, eventuali accordi che il creditore dovesse intrattenere con il debitore principale, in linea di principio, rimangono improduttivi di effetti nei confronti del fideiussore. Per esempio, per un verso non sarebbe opponibile al fideiussore l'accordo, intercorso tra il creditore e il debitore garantito successivamente al negozio che ha regolato l'obbligazione principale, che, dilazionando invece il termine di pagamento per il debitore, deroghi alla disciplina di cui all'art. 1957, comma 1, c.c., spostando ad libitum il termine di decadenza (Cass. 12901/1993). Per altro verso, come ha osservato più di recente la Cassazione, «*Nell'ambito del termine ex art. 1957 c.c., il creditore può consentire al debitore le proroghe che ritiene opportune, assumendosi, tuttavia, il rischio di quelle che non gli consentono di agire entro i termini di legge; ne consegue che, ove per questo motivo non possa agire contro il debitore ovvero, pur avendone la possibilità, non agisca contro quest'ultimo per propria inerzia, così inottemperando al dovere impostogli, il creditore non potrà più fare valere, nei confronti del garante, l'obbligazione fideiussoria*» (Cass. 40829/2021).

Autori: Antonio Ferraguto – a.ferraguto@lascalaw.com
Camilla Capaldo – c.capaldo@lascalaw.com

Contatti: redazione@iusletter.com

Supplemento a IusLetter del 1/03/2022



Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

LaScala
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona