

All'udienza collegiale tenutasi in videoconferenza il 15.01.2021 la causa è stata riservata per la decisione, sulle conclusioni rassegnate dai procuratori delle parti nelle note autorizzate in atti, da intendersi qui per richiamate e trascritte, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

La [REDACTED] Banca [REDACTED], in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, chiedeva ed otteneva in data 24.07.2009 dal Tribunale di Foggia il decreto ingiuntivo [REDACTED]/09, con il quale veniva ingiunto alla [REDACTED] soc. coop. a r.l., in qualità di debitrice principale, nonché ai suoi fideiussori [REDACTED], [REDACTED] ed [REDACTED] S.r.l., in solido tra loro, il pagamento della somma di 276.208,55, oltre interessi e spese della procedura monitoria, a titolo di corrispettivo per le obbligazioni contratte con la ex Banca [REDACTED] (la quale successivamente aveva cambiato denominazione in [REDACTED] s.p.a.) per il c/c n. [REDACTED]/96, c/c n. [REDACTED], contratto di finanziamento agrario n. [REDACTED], e di ulteriori € 186.442,10, oltre interessi e spese della procedura, a titolo di corrispettivo per le obbligazioni contratte con la [REDACTED] s.p.a. e conferite ad [REDACTED] S.p.a. (la quale successivamente aveva assunto la denominazione di [REDACTED] Banca [REDACTED] S.p.a.) per il c/c n. [REDACTED] c/c n. [REDACTED] e per i finanziamenti agrari n. [REDACTED] e n. [REDACTED].

Avverso tale decreto proponevano opposizione, con atto di citazione notificato il 23.10.2009, gli ingiunti la [REDACTED] soc. coop. a r.l., [REDACTED], [REDACTED] e la [REDACTED] S.r.l., eccependo: l'indeterminatezza della documentazione prodotta dalla opposta in sede monitoria, non essendo individuate con sufficiente precisione le obbligazioni delle società oppo- nenti; la nullità della clausola di garanzia in quanto attributiva di diritti meramente potestativi in favore della banca, nonché per indeterminatezza della somma garantita; il mancato perfezionamento delle fideiussioni in quanto mai accettate dalla Banca e perché i relativi moduli sarebbero stati oggetto di riempimento successivo; l'usurarietà dei tassi passivi applicati al conto anticipi ed a quello ordinario.

Chiedevano, pertanto, la revoca del decreto ingiuntivo e la condanna della banca al pagamento delle spese di processuali.

Con comparsa depositata il 22.01.2010 si costituiva in giudizio la [REDACTED] Banca [REDACTED] S.p.a., che contestava la fondatezza dei motivi di opponente e ne chiedeva il rigetto, con vittoria di spese processuali.

In sede di memoria *ex art.183*, comma 6, n. 1, c.p.c. gli opposenti lamentavano altresì l'ille- gittima capitalizzazione trimestrale degli interessi e l'arbitraria applicazione e capitalizzazione della commissione di massimo scoperto.



All'esito della fase istruttoria (con espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio) all'udienza del 14.07.2015 veniva dichiarata l'interruzione del giudizio per intervenuto fallimento della ██████████ ██████████ soc. coop. a r.l.

Riassunto il giudizio dai fideiussori, con sentenza n. ██████████/2018 emessa in data 30.05.2018 l'adito Tribunale di Foggia, Seconda Sezione Civile, in composizione monocratica, così disponeva:

- “- dichiara l'estinzione del giudizio nei confronti del Fallimento della ██████████ ██████████ soc. coop. a r.l.;*
- rigetta l'opposizione proposta da ██████████ ██████████ ██████████ e dalla ██████████ ██████████ s.r.l.;*
- conferma il decreto ingiuntivo n. ██████████/09 emesso da questo Ufficio il 24.07.2009 e depositato il 28.07.2009 e lo dichiara definitivamente esecutivo;*
- condanna ██████████ ██████████ ██████████ e la ██████████ ██████████ s.r.l. alla rifusione in solido, delle spese di lite in favore della ██████████ S.p.a. e per essa, quale mandataria, della ██████████ ██████████ Bank s.p.a., che si liquidano in euro 16.168,00 per compensi professionali, oltre rimborso forf. delle spese generali, nella misura del 15% c.p.a. ed iva se dovuta come per legge;*
- pone definitivamente a carico di ██████████ ██████████ ██████████ e della ██████████ ██████████ s.r.l. le spese di c.t.u., ferma restando la solidarietà esterna di tutte le parti del giudizio nei confronti del nominato Consulente;*
- spese del giudizio di opposizione irripetibili tra il Fallimento e le ulteriori parti processuali”.*

Avverso tale sentenza hanno proposto appello innanzi a questa Corte, con atto di citazione notificato il 28.12.2018, ██████████ ██████████ ██████████ e la ██████████ ██████████ S.r.l. chiedendo, per i motivi di seguito indicati ed in totale riforma della sentenza appellata, previa sospensione della sua esecutività provvisoria, l'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo spiegata in prime cure, con conseguente revoca del decreto stesso e condanna della banca alla rifusione delle spese e competenze legali e tecniche del doppio grado di giudizio.

Si è costituita in giudizio la ██████████ ██████████ S.r.l., e per essa la ██████████ ██████████ S.p.a. (nuova denominazione assunta da ██████████ ██████████ Bank S.p.a.), nella qualità di mandataria/procuratrice, contestando la fondatezza dell'impugnazione e chiedendone il rigetto, con la conferma integrale della sentenza impugnata ed il rimborso delle spese del secondo grado di giudizio.

Con ordinanza in data 31.05.2019 (depositata il 22.06.2019) la Corte ha sospeso l'esecutività e/o l'esecuzione della gravata sentenza ex art. 283 c.p.c., per l'importo eccedente il 50% delle somme oggetto del decreto ingiuntivo n. ██████████/2009.



Con i motivi di impugnazione gli appellanti hanno dedotto l'erroneità della gravata decisione per non aver dato rilevanza alla commissione di massimo scoperto ai fini del calcolo del TEG per il periodo antecedente al 01.01.2010; per non aver rilevato la nullità della c.m.s. e la illegittima capitalizzazione degli interessi; per non aver dichiarato la nullità ed inefficacia *ab origine* delle fideiussioni *omnibus* da essi rilasciate per indeterminatezza dell'oggetto.

Riservata la causa in decisione gli appellanti con la comparsa conclusionale hanno sollevato la questione (per vero rilevabile d'ufficio) della legittimità delle fideiussioni da essi prestate a garanzia delle esposizioni debitorie della ██████████ soc. coop. a r.l., in violazione dell'articolo 2 della legge c.d. "antitrust" (n. 287 del 1990), eccependo sotto questo profilo la nullità delle fideiussioni stesse.

Tale eccezione, che la Corte fa propria essendo rilevabile d'ufficio, assume carattere assorbente rispetto ai motivi di merito, sicché va deliberata con assoluta priorità (secondo il criterio della ragione più liquida) senza necessità di rimettere la causa sul ruolo *ex art.* 101, comma 2, c.p.c., avendo la banca appellata adeguatamente controdedotto sul punto con la sua memoria di replica.

L'eccezione è fondata.

Invero le lettere di fideiussione rilasciate rispettivamente dalla ██████████ S.r.l. il 3.08.2004, da ██████████ e da ██████████ il 9.05.2007 contengono nelle condizioni contrattuali, agli articoli contrassegnati con i numeri 2), 6) e 8), le seguenti clausole:

"2) il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare all'azienda di credito le somme che dall'azienda stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite in seguito ad annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo.

6) I diritti derivanti all'azienda di credito 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 termini previsti dall'articolo 1957 cod.civ., che si intende derogato.

8) Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate".

L'art. 1421 c.c. è chiaro nel sancire che la nullità - oltre a poter essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse - può essere rilevata d'ufficio dal giudice; sul tema, poi, le Sezioni Unite sono intervenute, a più riprese, chiarendo che la rilevabilità da parte del giudice della nullità del contratto non conosce né consente limitazioni, essendo, quindi, possibile che ciò avvenga anche per la prima volta in appello (cfr. Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243; n.27516/16).



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

Il dato di partenza è, perciò, costituito dall'avere la fideiussione recepito disposizioni dello schema contrattuale predisposto dall'associazione bancaria per la stipula delle cd. fideiussioni *omnibus* (segnatamente, artt. 2,6,8) che, "nella misura in cui venivano applicate in modo uniforme" dalle proprie associate, sono state giudicate in contrasto con l'art. 2, 2° comma, lett. a), l. n. 287 del 1990 dalla Banca d'Italia, nella qualità di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, la quale, nel suddetto provvedimento (n. 55 del 2 maggio 2005), ha altresì stabilito che l'ABI emendasse le proprie circolari dalle disposizioni vietate.

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 possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sia quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono"*, come efficacemente sottolineato in una recente pronuncia dell'ABF di Milano del 4 luglio 2019, secondo cui la diversa soluzione, che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasci sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell'intesa stessa, *"appare sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust"*.

Tanto premesso in linea teorica, occorre a questo punto verificare se ricorra, nel caso di specie, la condizione per l'applicazione dei sin qui richiamati principi di diritto, ovvero la corrispondenza tra l'oggetto dell'intesa riconosciuta come illecita ed il contenuto del contratto stipulato a valle.



La risposta al quesito è agevolmente affermativa.

Ed invero, costituisce dato pacifico, oltre che documentato (v. contratti di fideiussione del 12.08.2005, all. fasc. appellata), che la banca abbia sottoposto agli odierni appellanti un modulo negoziale includente disposizioni (clausole sub artt. 2, 6 e 8) identiche a quelle sub nn. 2,6,8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI giudicate contrarie all'art.2, co. 2, lett. a, l. 287/90, perché oggetto di un'intesa restrittiva della concorrenza, secondo quanto accertato dalla Banca d'Italia, nel su richiamato provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, le cui risultanze sono pienamente utilizzabili nel presente giudizio, anzi non possono mettersi in discussione, in considerazione del ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico (sul punto, cfr. Cass. 13846/19, cit.).

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

Deve, quindi, darsi per assodato che la fideiussione in oggetto, riproducendo le disposizioni di cui agli artt. 2, 6, 8 dello schema ABI, abbia dato attuazione ad un'intesa anticoncorrenziale illecita, in quanto vietata ai sensi dell'art. 2 l n. 287 del 1990, senza che vi sia alcuna ragione per accertare in questa sede se le disposizioni di cui allo schema ABI abbiano o meno trovato uniforme applicazione, trattandosi di aspetto (anche questo) già vagliato dalla Banca d'Italia nel citato provvedimento del 2.5.05, che ne dà atto al par. 93 (*“Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI”*), ed ancora al par. 60 (*“L'esame della contrattualistica relativa alla fideiussione omnibus, pertanto, ha posto in evidenza come i testi negoziali in uso nella prassi bancaria disciplinano in maniera sostanzialmente uniforme le principali clausole oggetto di istruttoria”*).

Resta, invece, da stabilire in quali termini l'illecito anticoncorrenziale travolga il contratto cd. a valle, e segnatamente se ne derivi la nullità dell'intero contratto o delle sole clausole in questione.

Questa corte ritiene, pur nella consapevolezza di una giurisprudenza che sul punto appare fortemente divisa, di dar continuità all'orientamento già espresso con diversi arresti (cfr. sent. n. 526 del 21 marzo 2018, sent. n. 45 del 15 gennaio 2020, sent. n. 522 del 4 marzo 2020) - favorevole alla nullità totale del contratto (nello stesso senso, cfr. anche App. Firenze, 18 luglio 2018; App. Roma, 26 luglio 2018; T. Salerno, 23 agosto 2018; T. Fermo, 24 settembre 2018; T. Bolzano, 19 dicembre



2018; T. Belluno, 31 gennaio 2019; T. Pesaro, 21 marzo 2019; T. Siena, 14 maggio 2019; T. Taranto, 8 agosto 2019), per le ragioni che si vengono ad esporre.

Innanzitutto, bisogna muovere dalla considerazione che l'indagine sulla presumibile volontà dei contraenti ha senso solo se calata nel contesto *“che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità e, quindi, su un mercato non falsato dalla presenza dell'intesa”*: *“la domanda che, nel caso di specie, occorre porsi è se in un mercato ragionevolmente concorrenziale (non falsato dalla presenza dell'intesa nulla) i contraenti avrebbero raggiunto ugualmente l'accordo sul contenuto del contratto pur mutilato delle clausole in questione”* (in termini, provv. ABF Milano del 4.7.19, cit.).

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”*.

Secondo detta Autorità di vigilanza, infatti, non necessariamente la standardizzazione contrattuale produce effetti anticoncorrenziali: ciò avviene solo quando gli schemi uniformi *“ostacolano la possibilità di diversificazione del prodotto offerto, anche attraverso la diffusione di clausole che, fissando condizioni contrattuali incidenti su aspetti significativi del rapporto negoziale, impediscano un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti”* (v. parr. 94 ss. del provvedimento citato).

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. (art. 6) 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 (artt. 2 e 8), alterano significativamente l'assetto equilibrato degli interessi alla base della disciplina civilistica della fideiussione.

Peraltro, dell'essenzialità di tali clausole non fa mistero neppure la stessa ABI, che, nel difendere il mantenimento della clausola c.d. “di reviviscenza” sub art. 2, sostiene si tratti di disposizione senza la quale non potrebbe attuarsi la peculiare funzione della fideiussione omnibus, ovvero quella di *“garantire alla banca l'effetto solutorio definitivo”*, che *“non potrebbe dirsi compiutamente realizzato qualora il pagamento del debitore fosse annullato, dichiarato inefficace o revocato”* (v. par. 31 provv. Banca d'Italia n. 55/05).



Allo stesso modo, sempre secondo l'ABI, *“la funzione indennitaria della fideiussione omnibus giustifica anche la previsione dello schema che sancisce la sopravvivenza della garanzia a fronte dell'invalidità dell'obbligazione principale. Il fideiussore, infatti, anche quando il vincolo del debitore fosse dichiarato invalido, dovrebbe garantire l'obbligo di restituzione delle somme erogate dalla banca, in modo da evitare un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni della stessa”* (v. argomentazioni ABI, sub par. 32 cit. provv. B.I.).

Ritiene, perciò, questa corte che lo schema di fideiussione omnibus oggetto dell'intesa vietata assolve ad una *“funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile”*, funzione che *“verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema”* (v. par. 36 cit. provv. B.I.).

In definitiva, senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione *“indennitaria”* e di garanzia del cd. *“effetto solutorio definitivo”* sarebbe inevitabilmente venuta meno, facendo così perdere alla banca l'interesse al rilascio della garanzia.

D'altronde, se così non fosse, non si spiegherebbe la ragione per cui le banche, nonostante le prescrizioni emanate dalla Banca d'Italia, abbiano continuato a richiedere il rilascio di fideiussioni mediante i moduli contrattuali contenenti le clausole nulle.

Né può, in senso contrario, semplicisticamente affermarsi che la banca avrebbe preferito comunque stipulare il contratto, pur emendato dalle clausole incriminate, piuttosto che non farsi rilasciare alcuna garanzia.

Ed infatti, come significativamente messo in evidenza dall'ABF nella citata pronuncia del 2019, *“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 (ma ciò ai fini dell'applicazione dell'art. 1419 cod. civ. è palesemente irrilevante). Non è invece vero ex ante, quando la banca avrebbe dovuto fare i conti con la concorrenza e con la possibilità di ristrutturare le condizioni a cui offriva il credito, prima ancora che le garanzie (del resto, mantenendo il ragionamento al livello più banale possibile, è ben difficile immaginare che le imprese si diano tanta pena e corrano tanti rischi per fare intese su condizioni contrattuali in fondo marginali di cui potrebbero fare tranquillamente a meno senza rilevanti conseguenze)”*. Pertanto, *“dal punto di vista della Banca, l'impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente avrebbe richiesto una complessiva ristrutturazione della sua attività e anche della sua politica contrattuale, non solo con riferimento alla garanzia, ma anche con riferimento all'erogazione del credito (in un mercato concorrenziale le banche dovrebbero competere anche sul piano della riduzione dei costi, che non possono più scaricare sulle*



controparti, e sul piano della ricerca delle migliori combinazioni tra rischi del credito, costi del medesimo e coperture realizzabili attraverso garanzie)”.

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. (sul punto, v. Cass. 24044/19).

In conclusione, deve essere accolto l’appello proposto dai fideiussori [REDACTED], [REDACTED] ed [REDACTED] S.r.l. per effetto della nullità delle fideiussioni dagli stessi rilasciate, con conseguente revoca nei loro confronti del decreto ingiuntivo n. [REDACTED]/09 e rigetto della domanda proposta da [REDACTED] Banca [REDACTED] S.p.a. nei loro confronti con il ricorso monitorio depositato il 2.07.2009.

L’esito finale del giudizio giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali di entrambi i gradi del processo, attesa la novità - rispetto alla data di instaurazione della lite - della questione controversa (sollevata in questo grado d’appello), peraltro tuttora oggetto di non sopito contrasto in giurisprudenza.

P.Q.M.

La Corte d’Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull’appello proposto da [REDACTED], [REDACTED] ed [REDACTED] S.r.l. avverso la sentenza n. [REDACTED]/2018 emessa in data 30.05.2018 dal Tribunale di Foggia, Seconda Sezione Civile, in composizione monocratica, tra il Fallimento della [REDACTED] soc. coop. a r.l., gli appellanti e la [REDACTED] S.p.a., e per essa [REDACTED] Bank S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, l’accoglie e, in parziale riforma della sentenza di primo grado, così provvede:

1°) dichiara la nullità dei contratti di fideiussione sottoscritti dalla [REDACTED] S.r.l. il 3.08.2004 e da [REDACTED] nonché [REDACTED] il 9.05.2007;

2°) per l’effetto, revoca nei confronti degli appellanti il decreto ingiuntivo n. [REDACTED]/09 e rigetta la domanda proposta da [REDACTED] Banca [REDACTED] S.p.a. nei loro confronti con il ricorso monitorio depositato il 2.07.2009;

3°) dichiara interamente compensate tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

Così decisa il 14 aprile 2021 nella camera di consiglio in videoconferenza della Seconda Sezione Civile

Il Consigliere est.
(dr. Luciano Guaglione)

Il Presidente
(dott. Filippo Labellarte)

