

VALIDITÀ DEI CONTRATTI BANCARI: È LA VOLTA DELLA FIDEIUSSIONE OMNIBUS

di **GABRIELLA CAZZETTA**

Articolo del 02 settembre 2019

ISSN 2420-9651

Tema caldo nell'ambito del contenzioso bancario si rivela, in questi ultimi mesi, quello della validità del contratto di fideiussione contenente clausole in deroga alla disciplina legale della garanzia personale conformate sul modello Abi del lontano 2003.

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Le sentenze della Cassazione 12 dicembre 2017, n. 29810 e 22 maggio 2019, n. 13846 e i loro limiti argomentativi. - 3. Le soluzioni della giurisprudenza di merito. - 4. La prova del nesso di causalità e del danno. - 5. Riferimenti bibliografici.

1. La questione.

Tema caldo nell'ambito del contenzioso bancario si rivela, in questi ultimi mesi, quello della validità del contratto di fideiussione contenente clausole in deroga alla disciplina legale della garanzia personale conformate sul modello Abi del lontano 2003.

La questione giunge agli onori della cronaca con la sentenza della [Corte di Cassazione 12 dicembre 2017, n. 29810](#), la quale per prima ha affrontato il tema della incidenza dell'accertamento da parte della Banca d'Italia della natura anticoncorrenziale delle clausole contenute nel modello Abi sui singoli contratti tra banca e fideiussore. La Cassazione ha applicato al contratto di fideiussione le stesse argomentazioni giurisprudenziali adoperate per altre similari vicende di collegamento contenutistico del contratto c.d. “a valle” tra impresa e cliente e l'intesa anticoncorrenziale “a monte”. Ed invero, secondo la sentenza, le clausole c.dd. di “reviviscenza”, di “deroga all'[art. 1957 c.c.](#)” e di “sopravvivenza” riportate nei contratti di fideiussione costituirebbero, in quanto meramente riproduttive delle condizioni contrattuali tipizzate dal modello Abi (rispettivamente artt. 2, 6 e 8), l'attuazione immediata e diretta dello scopo anticoncorrenziale rintracciato nello stesso modello dalla Banca d'Italia con provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55. Dette clausole, infatti, verrebbero tralaticciamente riprodotte dalla banca predisponente il contratto per essere imposte al cliente, il quale vedrebbe così negata la possibilità di accedere ad una trattativa personalizzata e ottenere migliori condizioni contrattuali da parte di altri soggetti finanziatori.

Con tutta evidenza, non si tratta dell'ennesima pronuncia sulla *vexata quaestio* della ammissibilità di deroghe contrattuali alla disciplina legale della fideiussione, ma del diverso punto di vista che guarda alla genesi delle condizioni contrattuali giudicandone l'ammissibilità a seconda che esse siano il frutto della trattativa individuale tra creditore e garante, oppure il risultato di un automatico appiattimento dei modelli contrattuali predisposti dalle banche sul prototipo Abi. Solo quest'ultimo *modus operandi* della singola banca renderebbe il contratto un'intesa attuativa del fine anticoncorrenziale preordinato dall'associazione di categoria, giacché la pedissequa riproduzione delle clausole Abi avrebbe l'effetto di uniformare la condotta delle banche in danno alla necessaria concorrenzialità del mercato del credito.

La Corte del 2017 precisa che il giudizio di validità delle clausole fideiussorie per contrasto con la normativa *Antitrust* non è condizionato dalla data dell'accertamento

formale dell'illecito da parte della Banca d'Italia, la quale non svolge in quest'ambito alcuna funzione prescrittiva della condotta delle banche. Dunque, non rileva la circostanza che la fideiussione «a valle» risalga ad epoca antecedente il provvedimento Abi del 2005, bensì soltanto che essa sia successiva all'intesa anticoncorrenziale «a monte».

Si profila così un nuovo motivo di doglianza da aggiungersi al già lungo elenco di contestazioni in diritto proposte dal cliente/garante nei confronti dell'ente finanziatore, anche questo - non meno dei suoi predecessori - destinato a tenere impegnati a lungo giudici e avvocati secondo l'ormai invalso sofferto destino delle controversie bancarie.

2. Le sentenze della Cassazione 12 dicembre 2017, n. 29810 e 22 maggio 2019, n. 13846 e i loro limiti argomentativi.

Se nell'argomentare a proposito dell'«anticoncorrenzialità derivata» della fideiussione coniata sul modello Abi la Cassazione 2017 riproduce le affermazioni di dottrina e giurisprudenza sul tema più generale del collegamento funzionale tra intesa anticoncorrenziale «a monte» e singolo contratto «a valle», non risulta del pari esaustiva la trattazione del punto, pragmaticamente più rilevante, relativo al tipo di rimedio contrattuale esperibile da parte del fideiussore. La sentenza in commento, dopo avere ricordato l'arresto delle sezioni unite 4 febbraio 2005, n. 2207, secondo il quale la tutela *antitrust* ([l. 10 ottobre 1990, n. 287](#)) ha come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato «al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio», non utilizza argomenti altrettanto chiari in merito al tipo di azione esperibile da parte del fideiussore: se l'azione di nullità dell'intero contratto, se quella delle singole clausole contestate, ovvero soltanto la domanda di risarcimento del danno, fatta salva la validità della fideiussione. Il seguito della motivazione della sentenza è, infatti, composto da una serie di assunti, ricavati anch'essi da stralci di sue pronunce precedenti, che tuttavia mal si conciliano l'uno con l'altro, prestandosi alle più diverse utilizzazioni dell'interprete.

Basta ripercorrere il confuso *iter* della sentenza per accorgersene. Al punto 9.2 si legge che «il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, **l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno** di cui alla [L. n. 287 del 1990, art. 33](#)». Più avanti (punto 11.1), il richiamo è a

[Cassazione 1° febbraio 1999, n. 827](#) sull'interpretazione del termine “intese” di cui all'art. 2 della legge *Antitrust*. La sentenza del '99 forniva l'interpretazione tuttora privilegiata del concetto di intesa anticoncorrenziale, secondo la quale essa può consistere non solo in un «contratto in senso tecnico», ma anche in comportamenti «non contrattuali o non negoziali... **purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese**, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a **schemi giuridici meramente “unilaterali”**». Da tale premessa la Corte del '99 faceva quindi discendere che la sanzione della nullità prevista dalla medesima norma si estenda dal «negozio giuridico originario» con il quale le imprese abbiano programmato la tenuta della condotta anticoncorrenziale a tutta la successiva «sequenza comportamentale» che concorra a realizzare l'effetto di distorsione della concorrenza.

Ebbene, il richiamo testuale di più precedenti non basta a garantire linearità al discorso della Cassazione 2017 ed, anzi, rende opportuna una rilettura critica del suo ragionamento. Il riportare l'esatta esegesi delle norme dell'art. 2 e 33 della legge *Antitrust* non è sufficiente a garantire l'esattezza delle conclusioni raggiunte dalla Corte che, a ben vedere, contraddicono la premessa interpretativa. Da un canto, infatti, si richiama l'interpretazione “in senso lato” del concetto di intesa anticoncorrenziale della Cassazione 1999, dall'altro – sebbene incidentalmente e in poche righe – si vuole aderire alla soluzione della nullità della fideiussione alla stregua delle sezioni unite del 2005, per giunta senza distinguere tra nullità totale o parziale.

A ben vedere, però, l'intendere in “senso lato” il concetto di intesa, non consente di ignorare il disposto dell'art. 2 in questione, il quale mantiene ancorata l'intesa stessa al **presupposto soggettivo** che si tratti di condotte realizzate da “imprese” o da “consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili”. In altri termini, se è certamente vero che la sanzione della nullità non può conoscere un ambito di applicazione limitato ai soli contratti in senso stretto lesivi della concorrenza, ragionevole rimane che tale radicale rimedio tocchi soltanto gli atti o i comportamenti che abbiano come **causa o oggetto esclusivo la condotta anticoncorrenziale**, per quanto poi essi possano declinarsi nella forma di una lunga sequenza procedimentale: in questo senso, quindi, si tratterà sempre e solo di atti che hanno **come autori una o più imprese**. Di contro, la sanzione della nullità non dovrebbe applicarsi agli atti che, per quanto condizionati dall'intesa anticoncorrenziale, abbiano **causa ed oggetti autonomi**, tanto da coinvolgere

soggetti terzi sicuramente estranei al fine illecito (*id est* il contratto tra l'impresa eventualmente partecipante all'intesa e un terzo). Questi ultimi atti non sono parte della sequenza procedimentale che dà forma allo scopo anticoncorrenziale, ma ne costituiscono un mero corollario: si potrebbe dire che essi non si collocano nell'area della fattispecie (in questo caso illecita per contrarietà alle norme *Antitrust*), bensì in quella dei suoi effetti. L'attuazione concreta dell'effetto anticoncorrenziale legata alla stipulazione dei singoli contratti di mercato passa, evidentemente, per il tramite di una nuova e diversa fattispecie (il contratto tra impresa e terzo) nella quale il fine anticoncorrenziale non è né causa né oggetto, **ma costituisce al più l'antefatto, il motivo**, di una delle parti del contratto non rilevante fuori dai margini dell'[art. 1345 c.c.](#) Tradotto nel contesto della fideiussione bancaria, tanto significa che il contratto tra banca e garante ha una propria ragione economica condivisa dalle parti che lo distingue dall'intesa Abi "a monte", a tal punto da non potersi affermare che esso sia parte della sequenza procedimentale a scopo anticoncorrenziale, e quindi nullo per contrarietà a norme imperative. Ciò che, invece, può ammettersi è che la ragione individuale della banca di perpetrare al contempo il fine anticoncorrenziale riveli la sua mala fede nel negare migliori condizioni contrattuali al cliente e, quindi, rilevi in termini di responsabilità contrattuale. In questo senso, merita nota l'opinione di chi reputa possa essere chiamato in causa l'[art. 1440 c.c.](#) sul dolo incidente, il quale appunto prevede che se i raggiunti non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse, «ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

Quanto sopra è ben spiegato proprio dalle sezioni unite 2005 richiamate a stralci dalla Cassazione 2017, a detta delle quali la funzione dei comportamenti anticompetitivi è quella di «sostituire all'esercizio individuale e per ciò stesso libero del potere di impresa, **un potere esercitato collettivamente**, estraneo alle forme societarie nelle quali si esercita l'impresa collettiva ed esente dai controlli che la legge in proposito prevede». Né può confondere il passaggio della sentenza del '99 nel quale si estende la definizione di intesa anticoncorrenziale anche alle condotte unilaterali, erroneamente utilizzato dalla Cassazione del 2017 per sostenere la nullità derivata del contratto di fideiussione predisposto *ex uno latere* dalle banche. Per comprendere bene i termini della questione, occorre individuare esattamente, in questa fattispecie, il momento nel quale si perfeziona l'intesa anticoncorrenziale, in modo da distinguere ciò che fa parte

della sequenza procedimentale nulla *ex art. 2* da ciò che ne rimane fuori.

Il riferimento alla unilateralità è certamente meritevole, nella misura in cui impedisce che rimangano immuni alla sanzione della nullità le condotte delle imprese configurantesi secondo forme diverse da quella del contratto (v. le deliberazioni o le pratiche concordate consistenti in una pluralità di dichiarazioni unilaterali di più imprese). Ciò detto però, pare chiaro che l'unilateralità si riferisce appunto alla condotta soggettivamente limitata alla singola banca la quale, a mezzo del suo ufficio legale, si adoperi per stilare proposte contrattuali da sottoporre alla clientela esattamente conformi alle direttive Abi: proposta contrattuale appunto, non ancora contratto, e cioè atto unilaterale non negoziale della stessa impresa da includersi nella fattispecie dell'art. 2 della legge *Antitrust*, in quanto atto indispensabile a comporre la sequenza procedimentale avviata con l'emanazione del modello Abi. Evidentemente distinta da tale condotta è la successiva stipulazione del contratto di fideiussione tra banca e cliente che, pur predisposto per il tramite del modulo unilaterale della banca, si perfeziona con il consenso del garante nelle forme di un negozio bilaterale. Dunque delle due l'una: o in questo caso l'intesa è un contratto, e allora non rientra in quella sanzionata dall'art. 2 perché non è tra imprenditori, o è un atto unilaterale della sola banca, vale a dire una mera proposta contrattuale predisposta per moduli e formulari. La seconda e non la prima fa parte della sequenza procedimentale anticoncorrenziale soggetta a nullità. Il momento nel quale quella proposta viene condivisa dal cliente segna definitivamente il perfezionamento di un atto nuovo rispetto al quale il fine anticoncorrenziale non può essere considerato elemento causale esclusivo e pregnante tale da esaurire ogni altro interesse alla contrattazione delle parti, ossia la funzione economica tipica della fideiussione.

Sono ancora le sezioni unite del 2005 a confermare questa ricostruzione. Esse, dopo aver riferito del **carattere collettivo e imprenditoriale** dell'intesa anticoncorrenziale, aggiungono più avanti che tale qualificazione soggettiva non esclude la plurioffensività del comportamento vietato il quale, ben oltre la lesione dell'interesse del piccolo imprenditore estraneo all'intesa, si caratterizza proprio per l'intenzione di condizionare l'intero mercato attraverso la direzione dei modelli contrattuali da proporre alla clientela. Dunque è il profilo della **plurioffensività** e non quello della **illiceità/nullità** a coinvolgere il singolo contratto tra impresa e cliente. E, ancora, più avanti, le sezioni unite ricordano che anche la giurisprudenza europea ([Corte di Giustizia 20 settembre](#)

[2001, causa C-453/99](#)), nell'ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa della concorrenza, «valorizza proprio **le azioni risarcitorie**, quali mezzi capaci di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato». Sono chiarissime, infine, le conclusioni della Suprema corte in merito alla esatta declinazione dei rapporti tra le due azioni previste dall'art. 33 legge *Antitrust*: una è l'azione di **nullità dell'intesa**, l'altra quella di **risarcimento del danno** derivante dal **contratto conforme all'intesa**. Ad entrambe è legittimato il singolo contraente, ma mentre la legittimazione alla seconda azione discende dall'effetto pregiudizievole conseguente all'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale mediante il contratto stipulato con l'impresa, all'azione di nullità dell'intesa in sé egli è legittimato in quanto presupposto logico per l'accertamento del nesso causale e del danno necessario all'azione di responsabilità: «è la richiesta di accertamento di una intesa e quindi di dichiararla nulla, **presupposto** della domanda di eliminarne gli **effetti** anche attraverso l'eliminazione del sovrapprezzo» (così testualmente la Corte).

Tornando ora al secondo richiamo operato dalla Corte, quello alla più risalente Cassazione del 1999, si rivela anche qui dirimente la lettura integrale del testo della pronuncia là dove emerge, fin dalle prime battute sulla descrizione in fatto della vicenda, che trattavasi di convenzione (ossia accordo bilaterale) anticoncorrenziale tra imprese, e che il giusto argomentare della Corte a proposito della necessità di interpretare estensivamente la nozione di “intesa” serviva a ricomprendervi appunto un accordo tra imprese successivo all'entrata in vigore della legge *Antitrust*, benché l'atto precedente con il quale le due società erano entrate a far parte dello stesso gruppo fosse anteriore a tale data: niente insomma che riguardi gli atti unilaterali direttamente, né tanto meno fattispecie nelle quali siano coinvolti terzi non imprenditori.

Anche a volere interpretare la decisione della Cassazione 2017 come favorevole alla sola nullità parziale della fideiussione, che colpisca cioè esclusivamente le clausole anticoncorrenziali, le argomentazioni contrarie appena esposte si mantengono valide. Anche la singola clausola, infatti, come l'intero contratto tra banca e cliente, vive di vita propria rispetto all'intesa anticoncorrenziale, perché supportata dalla volontà di un soggetto terzo (il garante) estraneo all'intesa stessa, di cui è addirittura all'oscuro. Vi è poi che non sia neppure pacifico l'interesse del garante ad una caducazione parziale della fideiussione là dove si pensi, ad esempio, che la deroga all'[art. 1957 c.c.](#) non realizza soltanto la convenienza per la banca di sentirsi svincolata dallo stretto termine

legale di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale per la promozione delle sue istanze contro il debitore, ma anche a quella dello stesso garante che può approfittare di un intervallo di tempo all'occorrenza più ampio per tentare una composizione stragiudiziale della vicenda. Non solo, non è neppure trascurabile l'interesse generale esprimibile dalla deroga, giacché la tendenza ad ovviare, procrastinandole, le iniziative giudiziali della banca per consentire una diversa composizione degli interessi in gioco risulta ormai tipizzata dalla previsione, su più fronti, dell'obbligo del finanziatore che percepisca lo stato di difficoltà del debitore di concorrere alla individuazione delle misure più adeguate ad evitare l'aggressione giudiziale del suo patrimonio(v. riforma [legge fall.](#) sulla emersione anticipata dello stato di crisi finalizzata alla ricerca di soluzioni alternative alla liquidazione; v. anche § 8, sez.VI-*bis* del provv. BI 29 luglio 2009 sulle misure a favore del consumatore inadempiente).

Un avallo alla soluzione qui sostenuta di escludere la nullità del contratto di fideiussione si trova in un più risalente precedente della stessa Cassazione in materia di contratti di somministrazione (sentenza 11 giugno 2003, n. 9384), nonché nell'esperienza coltivata, più di recente, in altri ambiti di rilevanza del collegamento tra intesa anticoncorrenziale “a monte” e singolo contratto “a valle”. Si pensi al più noto e recente caso dei contratti di assicurazione condizionati “a monte” dall'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale finalizzata all'aumento generalizzato del premio delle polizze ([Cass., 28 maggio 2014, n. 11904](#)), ovvero a quello dei contratti di mutuo e *leasing* caratterizzati dalla “manipolazione” dell'indice Euribor ([Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9708](#)) La prassi giurisprudenziale dimostra in questi settori che il tipo di tutela riservata al cliente è appunto il risarcimento del danno e non certo l'estensione al contratto “a valle” della nullità dell'intesa.

L'incertezza interpretativa lasciata dalla Cassazione del 2017 non è stata colta immediatamente, forse giustamente soprafatta dall'entusiasmo verso una decisione che finalmente coglieva, anche in questa materia, la stretta connessione tra interesse pubblico e interessi privati sottesa alla disciplina *Antitrust* (come a quella bancaria), secondo quell'interpretazione che non si limita a collegarla al solo primo comma dell'[art. 41 cost.](#), e quindi all'esclusivo fine della tutela della libertà economica, ma anche al secondo comma della norma costituzionale, nella parte nella quale il principio della libera iniziativa economica è sottoposto al filtro dell'utilità sociale. Il dubbio è

emerso però giocoforza dalla prassi applicativa dei giudici di merito che, inondati, dal nuovo motivo di impugnazione della fideiussione bancaria hanno in buona parte colto la non pacificità della soluzione della nullità, tanto più totale, del contratto di garanzia.

Perde oggi l'occasione di fare maggiore chiarezza una recentissima pronuncia della [Corte di Cassazione 22 maggio 2019, n.13846](#). La sentenza, mentre nella sua prima parte si occupa della sola azione di responsabilità del fideiussore, affermando il valore di presunzione forte assolto dall'accertamento amministrativo dell'anticoncorrenzialità dell'impresa rispetto al collegamento causale tra intesa stessa e danno patito dal fideiussore, verso la fine del suo argomentare discorre di «inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2,6, e 8». Questo solo inciso della Corte non può che lasciare insoddisfatto l'interprete giacché, per l'ennesima volta, si risolve in una affermazione laconica inidonea a sciogliere i numerosi dubbi emersi dalla giurisprudenza di merito per i quali sarebbe stato opportuno un maggiore sforzo argomentativo da parte degli ermellini.

3. Le soluzioni della giurisprudenza di merito.

L'atteggiamento della giurisprudenza di merito si divide secondo i tre già individuati filoni della nullità totale del contratto, della nullità parziale delle sole clausole “anticoncorrenziali”, e della sola legittimazione del garante all'azione di risarcimento del danno.

Apprezzabile tra i diversi orientamenti è poi lo sforzo di quei giudici che, nell'ipotizzare la nullità, subordinano l'applicazione del rimedio alla verifica preliminare della attuazione concreta nei rapporti tra le parti della deroga illecita, e quindi della sua necessaria rilevanza in fatto. Si è così reputato «superfluo», entrare nel merito della domanda se le circostanze presupposte dalle clausole ritenute in contrasto con la normativa *Antitrust* non si sono di fatto mai avverate. Ed invero, perché non si sfoci in un abuso di tutela del garante (giacché come detto non è in discussione l'ammissibilità giuridica delle deroghe alla disciplina legale della fideiussione), occorre quantomeno che in sede di giudizio si riscontri una o più di queste situazioni: che la banca abbia richiesto il rimborso di somme poi da restituire a seguito dell'annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi; che il debitore abbia ricevuto richieste di pagamento dopo sei mesi rispetto alla scadenza dell'obbligazione e che non abbia potuto sollevare eccezioni di ritardo in violazione dell'[art. 1957 c.c.](#); che l'obbligazione garantita sia stata

dichiarata invalida ([Trib. Milano, 17 gennaio 2019, n. 423](#); [App. Torino, 12 dicembre 2018, n. 2096](#); [Trib. Rimini, 12 novembre 2018](#) e [Trib. Torino, 2 novembre 2018](#)).

Se non ch , decisamente pi  coraggiose e dirompenti rispetto ai precedenti di legittimit  del 2017 e 2019 sono le decisioni di merito nelle quali si respinge recisamente la stessa soluzione della nullit  del contratto di fideiussione ([Trib. Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623](#); Trib. Napoli, 1  marzo 2018, n. 2338; [Trib. Spoleto 14 marzo 2019, n. 197](#)). Con argomentazioni tecniche si smentisce il presupposto della nullit  derivata, ossia l'esistenza di un rapporto di «dipendenza funzionale» o, quantomeno, di un «collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile» tra l'intesa Abi e le singole fideiussioni. In linea con l'interpretazione in questa sede privilegiata, si sostiene che il momento della contrattazione individuale tra banca e cliente non   collegato n  per legge (come invece per le fattispecie di subcontratto o di nullit  derivata della delegazione [ex art. 1271, comma 1, c.c.](#)), n  per volont  delle parti (ove manchi una espressa previsione nel contratto in tal senso, ovvero un richiamo testuale al prototipo Abi) con "l'intesa a monte" la quale, quindi, non rappresenta affatto una condizione di esistenza, n  di validit  od efficacia del contratto di fideiussione. Ma soprattutto - e qui l'argomentare giuridico dei giudici di merito fa scuola a quello dei giudici di legittimit  - non pu  configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico perch , nella fattispecie in esame, manca sia il requisito oggettivo del «nesso teleologico tra negozi» finalizzati ad un «assetto economico globale ed unitario», sia quello soggettivo del «comune intento pratico delle parti» di volere oltre all'effetto tipico di ciascun negozio, anche il loro coordinamento per la realizzazione di un «fine ulteriore» che assuma una propria autonomia «anche dal punto di vista causale». Questo secondo profilo, spiegano i giudici, postula, alternativamente, o «l'identit  soggettiva tra le parti dell'uno e dell'altro accordo», oppure «la consapevole e fattiva adesione del contraente del contratto dipendente all'accordo (rispetto al quale egli   terzo) che lo pregiudicherebbe». Quest'ultima circostanza sarebbe, peraltro, bisognosa di apposita prova, non potendosi ricavare l'esistenza per presunzioni (Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 119429). Evidentemente, n  l'una nell'altra delle condizioni suddette si riscontrano nella sequenza intesa Abi – contratto di fideiussione.

A scanso di ogni equivoco, le sentenze di merito tengono a precisare che non sarebbe neppure ipotizzabile una nullit  endogena della fideiussione per motivo illecito comune alle parti, ovvero per contrasto diretto della stessa con norme imperative. Se non ch ,

mentre si è già dato per certo che l'eventuale fine anticoncorrenziale della banca non è partecipato dal garante, il quale conclude il negozio mosso da un interesse proprio assorbito nel fine tipico del contratto stipulato; viceversa delude il secondo dei rilievi svolti, secondo il quale la nullità della fideiussione “a valle” per violazione di norma imperativa, sarebbe esclusa dalla circostanza che la sanzione dell'[art. 1418, comma 1, c.c.](#) opera soltanto in presenza di norme prescrittive degli elementi intrinseci alla fattispecie negoziale o delle condizioni di liceità della stipulazione (autorizzazioni amministrative e iscrizioni in appositi albi o registri). Quest'ultima affermazione, sebbene supportata dal rinvio alle sezioni unite 19 settembre 2007, n. 26724, non tiene conto delle illuminate riflessioni di quella dottrina la quale ha saputo cogliere il legame tra regole di validità e di comportamento, ritenendo possibile la nullità quale conseguenza anche della violazione delle seconde. Del pari, discutibile la successiva affermazione dei giudici a proposito della difficoltà di configurare una nullità relativa a legittimazione esclusiva del solo fideiussore in una ipotesi di violazione dell'[art. 1418, comma 1, c.c.](#) il quale, riferendosi al contrasto con norme imperative tutelerebbe interessi generali dell'ordinamento. L'erroneità di tale affermazione emerge dal confronto con l'interpretazione prevalente della legge *Antitrust* quale presidio alla conservazione della concorrenzialità del mercato sia nell'interesse generale del sistema economico che in quello particolare del singolo imprenditore o utente. Essa emerge poi, ancora più forte, dalla consapevolezza della dottrina, e poi di legislatore e giurisprudenza, che il rimedio della nullità relativa sfugge alla rigida dicotomia pubblico/privato.

Sempre la giurisprudenza di merito rintraccia un elemento a favore della esclusione della legittimazione del fideiussore all'azione di nullità, limitandone la tutela al solo risarcimento del danno, nell'interpretazione coordinata degli artt. 2 e 33 legge *Antitrust* e dell'[art. 140-bis cod. cons.](#) Si reputa, cioè, che il solo riferimento alla tutela risarcitoria da parte della norma sull'azione collettiva dei consumatori contro pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali sia significativo della volontà del legislatore di escludere una tutela anche reale (Trib. Treviso, cit.; Trib. Napoli cit., [Trib. Verona, 1° ottobre 2018](#)).

4. La prova del nesso di causalità e del danno.

La soluzione che fa accedere il fideiussore al solo risarcimento del danno non è scevra anch'essa da dubbi interpretativi; risulta quindi opportuno entrare nel merito di questa azione per valutarne i presupposti e la possibile portata.

Ancora una volta, bisogna prendere le mosse dagli ultimi arresti della Suprema corte, la quale non ha mancato di introdurre argomenti discutibili pure sotto il profilo della prova del nesso di causalità tra esistenza dell'intesa Abi e danno risentito dal singolo fideiussore. Il fulcro del ragionamento della Corte ruota intorno al valore di “presunzione privilegiata” attribuito dalla precedente giurisprudenza all'intesa anticoncorrenziale “a monte”. Il senso della formula di nuovo conio “presunzione privilegiata” starebbe nella «elevata attitudine» dell'intesa anticoncorrenziale a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto la sua astratta idoneità a procurare un danno al contraente, il tutto senza violare il principio processuale *praesumptum de praesumpto non admittitur* ([Cass. 28 maggio 2014, n. 11904](#)). L'espressione, sebbene atecnica, è invero convincente perché rende l'idea del supponibile effetto condizionante che l'intesa esercita sulla definizione del contenuto dei contratti di fideiussione, ritenendo di tal guisa giustificata l'inversione dell'onere probatorio a carico della banca una volta accertata la concreta coincidenza tra le clausole Abi e quelle riportate nel singolo contratto di garanzia.

Presunzione “privilegiata” non è, tuttavia, sinonimo di “assoluta”, sicché la stessa Corte ammette la prova contraria nel senso della interruzione del nesso di causalità tra intesa e danno (Sezioni Unite n. 2207 del 2005, cit.; [Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640](#); [Cass. civ. n. 11904 del 2014](#) cit.), ossia, nel caso di specie, nel senso della dimostrazione che quel singolo contratto non è esattamente coincidente con il modello Abi, oppure che l'intesa non ha prodotto un adeguamento uniforme delle singole imprese bancarie, tale da escludere la possibilità per il cliente di reperire offerte migliori sul mercato del credito.

Se non ché, la disponibilità della prova contraria per l'istituto di credito potrebbe operare addirittura su un livello preordinato rispetto a quello della verifica di conformità del contratto al modello Abi e della diffusione uniforme di quest'ultimo, mirando a mettere in discussione la stessa nullità dell'intesa “a monte” in quanto non idonea ad alterare la concorrenza. Attenta dottrina richiama sul punto l'orientamento della Corte di Giustizia europea, la quale ha spiegato che mentre alcune condotte, come la fissazione orizzontale dei prezzi, agiscono direttamente sul carattere concorrenziale del mercato,

altre non risultano così immediatamente capaci di procurare un danno alla concorrenzialità, per cui esso va dimostrato in concreto ([Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, causa C-67/13 P](#)). Ebbene, il prototipo Abi parebbe rientrare in questa seconda categoria di intese, essendo privo di un contenuto immediatamente prescrittivo per le banche che le obblighi ad adottare le deroghe contrattuali alla fideiussione ivi tipizzate. Questo secondo angolo visuale consentirebbe di riconoscere in capo alla banca il diritto di impugnare il provvedimento della Banca d'Italia del 2005, facendo cadere a cascata tutte le argomentazioni sulla nullità derivata della garanzia fideiussoria. D'altronde, già in passato la Cassazione, sulla scorta della Corte di Giustizia, ha escluso che le norme bancarie uniformi (n.b.u.) costituissero intese nulle, ai sensi dell'art. 85 del Trattato CE, perché non idonee a procurare un'effettiva alterazione della competitività del mercato del credito.

In termini di onere probatorio, tuttavia, la diversa prospettiva non pare alterare di molto i termini della questione. A ben vedere, provare l'anticoncorrenzialità in concreto dell'impresa richiede di dimostrarne l'effetto di condizionamento della condotta delle banche uniformatesi ad essa, un *thema probandum* quindi nella sostanza non diverso da quello cui già può accedere la banca a detta della Cassazione per negare il collegamento tra intesa nulla e contratto “a valle”.

La giurisprudenza di merito ha sviluppato anche il tema dell'onere probatorio a carico del fideiussore il quale, attualmente, sembra doversi declinare come segue: egli, intanto, dovrebbe produrre in giudizio il Provvedimento reso dalla Banca d'Italia ([Trib. Trapani 22 gennaio 2019, n. 77](#); [Trib. Siena 22 gennaio 2019](#)) e il parere conforme dell'AGCM, trattandosi di provvedimenti amministrativi «sottratti al principio *iura novit curia*» ([Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623](#); Trib. Napoli 1 marzo 2018, n. 2338). In secondo luogo, l'onere probatorio del garante comprende quello della produzione del contratto di fideiussione e, secondo l'opinione di alcuni giudici, di altri contratti similari praticati da altre banche, in modo da far emergere l'uniformazione del mercato di riferimento al modello Abi ([Trib. Roma 9 gennaio 2019, n. 569](#) ha ritenuto non assolto l'onere da parte del fideiussore che non fornisce la prova specifica della diffusione uniforme del modello di contratto di garanzia contestato; conf. [Trib. Cosenza 22 febbraio 2019, n. 376](#), [Trib. Milano, 23 giugno 2016, n. 7796](#) e [17 luglio 2016, n. 8893](#)).

Se è questo lo stato dell'arte, pare utile a questo punto sviluppare un altro aspetto in grado di incidere sul nesso di causalità, ancora poco valorizzato dalla giurisprudenza. Si

tratta del *fattore tempo*, ossia del lasso temporale intercorrente tra il provvedimento della Banca d'Italia del 2005 e il contratto di fideiussione, nell'ipotesi evidentemente nella quale quest'ultimo sia successivo al primo. Ove, infatti, sia trascorso un periodo di tempo apprezzabile tra i due momenti pare il caso almeno di dubitare che quest'ultimo sia stato condizionato dall'intesa “a monte”, tenuto conto del carattere sicuramente deterrente per le banche del provvedimento amministrativo e dell'espresso invito in esso contenuto affinché l'Abi provvedesse ad eliminare le clausole controverse. D'altronde, il provvedimento della Banca d'Italia è soggetto a pubblicità tanto quanto l'intesa Abi, di modo che è pensabile che i due atti si inseriscano nell'ambito di una sequenza informativa rivolta alle banche in grado di annientare l'efficacia uniformante della seconda. Lo si legge in una pronuncia di merito, ove si esclude che il fideiussore abbia offerto elementi validi in base ai quali ritenere che l'adozione del contratto di garanzia fosse riconducibile «a così lunga distanza di tempo» dal provvedimento Abi all'applicazione uniforme dell'originario schema contrattuale ([Trib. Roma, 17 gennaio 2019, n. 1207](#)). Evidentemente, un'interpretazione diversa attribuirebbe all'intesa Abi una incredibile longevità, riconoscendole una capacità persuasiva per le banche senza limiti di tempo e impermeabile alle ulteriori circostanze che emergano dal contesto economico e regolamentare di riferimento.

Sempre sotto il profilo temporale, occorre infine chiedersi se il nesso di causalità suddetto possa estendersi a tal punto da durare anche dopo il sopraggiungere di altro provvedimento Abi di recepimento delle prescrizioni *Antitrust*. Si pone tale domanda alla luce della Cassazione 2019 la quale pare, in chiusura, sostenere proprio la tesi della permanenza dell'illecito concorrenziale anche nell'eventualità nella quale l'Abi diffondesse un nuovo modello fideiussorio conforme alla normativa *Antitrust*, ma le banche proseguissero nel reiterare le clausole di quello del 2003. Il ragionamento della Corte è davvero oscuro, oltre che contrario all'argomento centrale del collegamento causale tra intesa “a monte” e contratti “a valle”. Esso vorrebbe svilire il ruolo stesso di associazione di categoria dell'Abi negando rilevanza al succedersi dei suoi provvedimenti nel tempo, e al contempo sottovalutare ingiustamente l'autonomia negoziale delle banche, le quali parrebbero avere sempre bisogno di un prototipo contrattuale da seguire. A ben vedere, invece, è piuttosto verosimile che le deroghe alla disciplina legale della fideiussione, tipizzate dall'Abi nel 2003, verrebbero proposte con ogni probabilità dalle banche di là dalla presenza di un'intesa di categoria. Il problema

della loro anticoncorrenzialità, infatti, ne lascia intatta l'astratta ammissibilità quali clausole liberamente scelte dalle parti. D'altra parte, anche constatare che le banche tendano ad appiattirsi sui modelli Abi non è una prassi riprovevole in sé, giacché è conforme all'esigenza dell'attività bancaria di ricorrere alla contrattazione per moduli e formulari: in altre parole, anche se la singola banca non seguisse il modello Abi e creasse da sé un proprio modello, lo confezionerebbe probabilmente con quelle deroghe alla disciplina della fideiussione e lo riproporrebbe pedissequamente alla sua clientela, riservando all'adempimento degli obblighi di informazione (oggi potenziati dalla legge: v. BI 9 luglio 2009 par. 5.2.2 sull'obbligo del finanziatore di fornire al consumatore le informazioni personalizzate necessarie per confrontare le diverse offerte di credito sul mercato, valutarne gli effetti e prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto) e al potere contrattuale del singolo cliente la possibilità di modificare le clausole proposte. Ne segue che per la banca la prova dell'interruzione del nesso causale non può ridursi soltanto a quella della diversità delle clausole del contratto da quelle del modello Abi, perché ciò vorrebbe dire negare la possibilità che le parti le abbiano volute senza il condizionamento dell'intesa. La prova contraria può consistere allora anche nella dimostrazione che al cliente è stata fatta presente la natura delle clausole e questi le ha volute sottoscrivere ugualmente. Dall'esame a campione di alcuni testi contrattuali emerge infatti invalsa la prassi di far seguire in calce al testo della fideiussione l'approvazione specifica ai sensi dell'[art. 1341 c.c.](#) delle condizioni generali di contratto predisposte dalla banca, tra le quali appunto le contestate clausole "in deroga". Ebbene, dovrebbe forse riflettersi maggiormente sul fatto che la specifica approvazione delle clausole mediante l'espedito della c.d. doppia firma è modalità prescelta dall'ordinamento per provare l'esistenza della trattativa. Ragioni di coerenza vorrebbero, quindi, che lo stesso espedito non possa non rilevare anche in sede di prova della legittima volontà delle parti di derogare alla disciplina legale della fideiussione, a prescindere dalla circostanza che quelle stesse deroghe siano poi suggerite dal modello contrattuale dell'associazione di categoria. D'altra parte, lo stesso provvedimento della Banca d'Italia del 2005, nel mentre segnalava il rischio di una diffusione sistemica e, quindi, anticoncorrenziale delle clausole oggetto di disputa, al punto 94, si riservava di precisare che la standardizzazione contrattuale «non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali». Essa può risultare «compatibile» con le regole di concorrenza «a condizione che gli schemi uniformi non ostacolino 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».

Ma vi è di più. Non pare neppure completamente vero che ad oggi non vi sia stato ancora un atto Abi in grado di sostituirsi al precedente del 2003. Proprio in seguito alla segnalazione della Banca d'Italia, infatti, risulta pubblicata una comunicazione del 14 maggio 2005 nella quale, sebbene sia solo annunciata la futura diffusione di un nuovo modello Abi, la stessa autorità prende le distanze dalle clausole ritenute anticoncorrenziali garantendone l'espunzione dal nuovo schema contrattuale. Difficile credere che questo comunicato non sia stato conosciuto dalle banche e non abbia avuto esso stesso efficacia dissuasiva nel senso di esortarle a non adeguarsi più asetticamente al vecchio modello contrattuale. Come preannunciato l'intervento correttivo dell'Abi è poi proseguito, tant'è che con circolare dell' 8 luglio 2005, essa ha sottoposto a Banca d'Italia il testo di un nuovo modello di fideiussione, privo delle clausole incriminate, da diffondere tra le associate sebbene sempre con valore non vincolante. Alla luce di questo nuovo provvedimento, molte banche hanno messo mano al contenuto delle loro fideiussioni. Da un apposito studio emerge che la clausola di reviviscenza è stata spesso depennata e che il testo delle fideiussioni è stato corretto con la previsione di termini diversi per l'azione della banca. Più in generale poi si è assistito alla revisione dell'intero contratto ai fini di una maggiore chiarezza e trasparenza per il cliente ed alla riformulazione di altre clausole che, seppur estranee all'accusa di anticoncorrenzialità (v. clausola recesso), concorrono comunque a testimoniare la mancanza di un appiattimento passivo del testo contrattuale al modello Abi.

Da ultimo, va affrontato il tema della prova del danno concretamente subito dal fideiussore che pure condiziona l'accoglimento della domanda risarcitoria. A carico del garante grava l'onere di «precisare» le conseguenze che l'intesa anticoncorrenziale ha prodotto sul suo patrimonio in termini di esclusione del «diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di prodotti concorrenti» ([Trib. Verona 1 ottobre 2018](#), cit.); il che equivale a dire, ancora una volta, che davvero all'epoca del contratto non gli sarebbe stato possibile reperire alcuna proposta diversa anche da parte di una sola banca soltanto, e che in effetti una diversa determinazione del contenuto contrattuale gli avrebbe arrecato un vantaggio economico non marginale ma significativo. Va da sé poi

che la complessità dell'operazione di quantificazione del danno renda opportuno procedere in ogni caso in via equitativa.

5. Riferimenti bibliografici.

Sulla questione preliminare della ammissibilità di deroghe contrattuali alla disciplina legale della fideiussione sia consentito il richiamo a N. Cipriani-G. Cazzetta, *Le clausole "in deroga" nella fideiussione*, in *Riv. dir. banc.*, 7, 2018. In dottrina, la tesi dell'ammissibilità del solo rimedio risarcitorio si trova nell'autorevole e risalente pensiero di G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 100, e da ultimo in G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 517 ss. Sostengono la nullità derivata del contratto a valle di un'intesa anticoncorrenziale: G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, A. AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato*, Torino, 2004, 133 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, 1165 ss.; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2004, I, 175 ss.; R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, 469 ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009, 21 ss. Nella giurisprudenza la tesi della nullità derivata del contratto a valle non risulta sostenuta espressamente ma viene liberamente rintracciata tra le righe di sentenze aventi ad oggetto la domanda di risarcimento del danno e che in motivazione adottano l'interpretazione ampia di intesa anticoncorrenziale: v. *ex multis* [Cass. civ., 1° febbraio 1999, n. 827](#), in *Giur. it.*, 2000, 939 ss.; [Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475](#), in *Riv. dir. comm.*, 2003, 325; [Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640](#), in *Riv. dir. ind.*, 2009, 6, II, p. 587 ss.; [Cass. 20 giugno 2011, n. 13486](#), in [www.dirittoegiustizia.it](#), 24 giugno 2011; [Cass. civ., 28 maggio 2014, n. 11904](#), in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1219 ss. Merita piuttosto menzione la decisione della Commissione Cee, 23 dicembre 1992, 93/50/CEE, secondo la quale i contratti “a valle” di un'intesa vietata «non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 85.1 unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi». Sulla soluzione della nullità parziale delle singole clausole anticoncorrenziali, v. S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: annozero*, in *Danno resp.*, 2004, 395; P. CECCHINATO, *Sulla validità delle fideiussioni rilasciate*

in conformità al modulo predisposto dall'ABI, in *Dir. banc.*, 2018, 5 ss.; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2018, 12 s., ove si sottolinea la necessità di un rimedio commisurato alla effettiva esigenza di tutela del contraente debole. In giurisprudenza v. App. Napoli, 20 giugno 2018, n. 3045, inedita; [Trib. Rovigo, 9 settembre 2018](#), in [www.ilcaso.it](#); *contra* per la nullità totale v. [Trib. Salerno, 23 agosto 2018](#), *ivi*. Sull'applicabilità dell'[art. 1440 c.c.](#), v. M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 193 ss. Per la giurisprudenza in materia di n.b.u., v. [Cass. civ., 4 marzo 1999, n. 1811](#) e [Cass. civ., 13 aprile 2000, n. 4801](#), entrambe in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 431 ss. e la precedente decisione della [Corte di Giustizia 21 gennaio 1999, sez. VI, nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96](#). Sulla concorrenza come «bene giuridico tutelato» dalla Costituzione, v. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; v. anche P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *ID.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 255; U. VIOLANTE, *Illecito antitrust e azione risarcitoria*, in *Danno resp.*, 2005, 15. Sulla fallacità della rigida distinzione tra regole di validità e di comportamento v. G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013. Sulla natura degli interessi pubblici e privati sottesi alle ipotesi di nullità relativa v. P. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, 2001, 32; *ID.*, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, 9 ss.; *ID.*, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2009, 1019 ss. I risultati dell'indagine sul testo delle fideiussioni utilizzato dalle banche dopo l'ammonimento della Banca d'Italia del 2005 si trovano in E. SPARANO-G. SCOLERI, *La fideiussione bancaria omnibus stesa su schema Abi e la normativa antitrust*, in *tidona.com*, 28 ottobre 2018, 4.

