



## FIDEIUSSIONI OMNIBUS

### LE SEZIONI UNITE SI SONO PRONUNCIATE MA I PROBLEMI NON SONO DEL TUTTO RISOLTI

1. Abbiamo già avuto modo di parlare, nelle precedenti Newsletter (reperibili sul ns. sito), del variegato dibattito giuridico, che ha accompagnato le sorti delle fideiussioni omnibus (ossia a garanzia di tutte le operazioni bancarie di un soggetto) nell'ultimo ventennio.

In particolare, si è visto (e per chi avesse voglia di leggere il nostro articolo, lo trova qui: La nullità congenita delle fideiussioni) come nel 2002, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) avesse redatto uno schema negoziale per i contratti di fideiussione omnibus, contenente le condizioni contrattuali utilizzabili dagli istituti di credito nei rapporti con la clientela: sostanzialmente, attraverso un semplice "copia e incolla".

La conseguenza è che, negli ultimi vent'anni, sono state fatte sottoscrivere garanzie fideiussorie uniformi, proprio perché gli istituti di credito adottarono il suddetto modello. In altre parole, se si aveva bisogno di una fideiussione, rivolgersi a una banca, piuttosto che ad un'altra, non avrebbe modificato le condizioni contrattuali: non c'era possibilità di scelta.

Nel 2005, però, Banca d'Italia ha dichiarato contrarie alla disciplina antitrust, tre clausole del succitato schema ABI e, nello specifico: l'art. 2, relativo alla clausola di reviviscenza; l'art. 6, relativo alla clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.; l'art. 8, relativo alla clausola di sopravvivenza della fideiussione.

Quanto sopra ha dato origine ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti e le pronunce si sono espresse tra chi riconosceva la nullità totale del contratto, chi la nullità parziale (relativa alle sole clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte) e chi la sola tutela risarcitoria. Anche sotto l'aspetto probatorio, la giurisprudenza si è espressa in termini differenti.

Sul punto sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite, che con la tanto attesa sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, hanno ripercorso in maniera puntuale l'iter giuridico e dottrinale susseguitosi nel tempo, definendo l'annoso contrasto in materia di fideiussioni con contenuto negoziale conforme allo schema ABI, senza, per altro, aver dissipato alcuni persistenti dubbi.

**2.** Il principio di diritto enunciato è il seguente: “i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell’art. 2, comma 3, della Legge succitata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”.

Da tale principio possiamo desumere le seguenti considerazioni.

Le fideiussioni omnibus beneficiano sia della tutela reale, con l’eliminazione delle tre clausole richiamate, sia di quella risarcitoria, con la ripetizione dell’indebitto e il risarcimento dei danni, cumulabili tra loro. E’ esclusa la nullità dell’intero contratto, a meno che le parti dimostrino che non lo avrebbero stipulato senza le tre clausole; prova ardua per il garante, poiché le tre clausole sono a presidio degli interessi della banca e se vengono eliminate il garante non può che beneficiarne.

Eliminate le tre clausole, rivive la disciplina codicistica, con i limiti e le preclusioni per la Banca, prevista prima della deroga contrattuale. Il risultato è l’inesigibilità del credito della banca verso il garante, se si ricade nelle ipotesi considerate dagli artt. 1955 s.s. cod. civ..

Quanto alla prova, la sentenza non si dilunga in modo esplicito, ma ci fa capire che, dimostrata la “pedissequa applicazione” delle tre clausole contrattuali del modello ABI con il testo della fideiussione, la nullità dell’intesa a monte determina la “nullità derivata” del contratto di fideiussione a valle, in forza di un “collegamento funzionale” tra gli stessi, anche se non di natura “negoziale”. E’ stata configurata una “nullità speciale” a presidio dell’ordine pubblico economico.

La produzione in causa del provvedimento dell’Autorità Garante, quindi, costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale.

La nullità è, per altro, rilevabile d’ufficio dal giudice.

Riassumendo, nel caso in cui nel contratto di fideiussione (a valle) siano riprodotte le tre clausole “incriminate”, opera il principio di conservazione degli atti negoziali e dalla nullità parziale scaturiscono conseguenze quali: (I) imprescrittibilità dell’azione di nullità; (II) proponibilità della domanda di ripetizione dell’indebitto ex art. 2033 c.c., se ne ricorrono i presupposti; (III) proponibilità dell’azione di risarcimento dei danni.

**3.** La decisione delle Sezioni Unite condiziona - in termini di maggiore severità - le modalità di concessione e recupero del credito da parte delle banche.

I fideiussori chiamati in giudizio dalle banche potranno opporsi alle ingiunzioni di pagamento invocando la suddetta nullità parziale, eccependola anche in corso di causa e sarà finalmente possibile far sospendere l’eventuale provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, dovendosi ritenere sussistente il fumus

dell'opposizione spiegata (indirizzo ormai intrapreso dalla maggioranze delle pronunce di merito). Sarà possibile, inoltre, opporsi ad esecuzioni immobiliari ed esperire autonome azioni di accertamento di detta nullità per ottenere la repressione delle condotte antitrust o richiedere il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e quello derivante da illegittima segnalazione in Centrale Rischi presso la Banca d'Italia.

4. Quel che rimane irrisolto, è l'applicabilità dell'orientamento delle Sezioni Unite alle fideiussioni "specifiche". Ed infatti, quanto sopra vale con riferimento alle fideiussioni omnibus, ma cosa succede se la fideiussione è "specificata"? Cioè prestata a garanzia di una determinata operazione bancaria. La domanda sorge spontanea, ma la risposta non è scontata.

Sul punto gli Ermellini non si sono pronunciati e la giurisprudenza è tutt'oggi divisa.

Diverse pronunce di merito hanno espressamente escluso l'applicabilità della nullità parziale nell'ipotesi di fideiussione specifica - da ultimo, Tribunale di Bologna, sentenza 13 gennaio 2022, n. 64 - sulla base della diversità tra fideiussione omnibus e specifica. In particolare, secondo i giudici bolognesi, la fideiussione omnibus avrebbe una peculiare funzione di garanzia del credito bancario, potendo così determinare effetti anticoncorrenziali con conseguenze sfavorevoli verso la clientela; mentre la fideiussione specifica non tutelerebbe alcun interesse di ordine pubblico, bensì di natura privata, con la conseguenza che le parti sono libere di pattuire clausole quali quelle di reviviscenza, di rinuncia ai termini e di sopravvivenza. Così opinando (e in mancanza di prova di un'intesa anticoncorrenziale), parte della giurisprudenza di merito afferma la validità del contratto di fideiussione avente ad oggetto una specifica operazione bancaria, anche se contenente le clausole di cui agli artt. 2, 6, e 8 dello schema ABI.

Vi è, tuttavia, un orientamento contrario a quanto sopra, il quale sostiene che la tutela antitrust debba essere applicata anche alle fideiussioni specifiche contenenti le clausole "incriminate" di cui sopra, rilevando la scarsa importanza della distinzione tra le due fideiussioni (specificata e omnibus), entrambe poste a garanzia di operazioni bancarie.

Sull'avvallo della decisione delle Sezioni Unite, risulta ancor più difficile ravvisare il motivo per non applicare ad entrambe la legge sulle intese anticompetitive e le relative forme di tutela. Di converso, si concretizzerebbe un'elusione al precetto dell'Antitrust da parte delle banche, di fatto consentendo loro di dare esecuzione all'intesa vietata, anziché con un'unica fideiussione omnibus (redatta su schema ABI vietato), attraverso l'utilizzo di uno "spacchettamento" della garanzia attraverso la stipula di varie fideiussioni specifiche, sempre conformi allo schema vietato ABI, apparentemente lecite, ma sostanzialmente e giuridicamente elusive.

Studio WMR

Avv. Wolfgang M. Ruosi

Avv. Giulia Pianca