

Le fideiussioni bancarie omnibus dopo le Sezioni Unite: punti fermi e questioni irrisolte.



di Federica Ferreri

Giudice della Seconda Sezione civile
del Tribunale di Velletri

It

Il contributo ricostruisce il dibattito sorto sulla validità o invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus riprodotte dallo schema di garanzia fideiussoria predisposto dall'ABI, ritenuto in parte qua (artt. 2, 6 e 8) attuativo di un'intesa anticoncorrenziale dalla Banca d'Italia, con il noto provvedimento del 2 maggio 2005 n. 55. Dopo aver sintetizzato le tre tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza, lo scritto si sofferma sul recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994) e sulle motivazioni addotte a sostegno dell'accoglimento della tesi della nullità parziale di tali garanzie, cioè limitata alle clausole che riproducono il contenuto degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI. L'articolo si conclude proponendo una serie di brevi riflessioni su aspetti, sostanziali e processuali, intrinsecamente connessi alla questione della nullità parziale, non esaminati dalle Sezioni Unite e che, tuttavia, rivestono grande rilevanza pratica, ponendosi di frequente nell'ambito delle controversie bancarie.



fideiussioni bancarie, nullità totale, nullità parziale, risarcimento del danno, concorrenza, consumatore, Sezioni Unite, competenza, eccezione di decadenza

Eng

The contribution reconstructs the debate on the validity or invalidity of omnibus bank sureties reproducing the surety guarantee scheme prepared by the ABI, partially illicit because it implements of an anti-competitive agreement by the Bank of Italy, with the well-known provision of 2 May 2005 no. 55. After summarizing the three theses that have emerged in doctrine and jurisprudence, the paper dwells on the recent intervention of the Joined Sections of the Court of Cassation (with sentence no. 41994 of December 30, 2021) and on the reasons given in support of the acceptance of the thesis of the partial nullity of such guarantees, that is, limited to the clauses that reproduce the content of articles 2, 6 and 8 of the ABI scheme. The article concludes by proposing a series of brief reflections on aspects, both substantial and procedural, intrinsically connected to the question of partial nullity, not examined by the Joined Sections and which, however, are of great practical importance, as they frequently arise in banking disputes.



bank guarantees, compensation for damage, competition, consumer, competence

Sommario

1. Le fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema ABI: genesi del dibattito sulla validità o (in)validità; 2. Dalla nullità totale al risarcimento del danno: le tre tesi contrapposte; 3. La soluzione delle Sezioni Unite: in medio stat virtus; 4. Riflessioni “a prima lettura”: questioni irrisolte in tema di fideiussioni bancarie

1. Le fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema ABI: genesi del dibattito sulla (in)validità

La questione delle interferenze tra diritto e sanzioni *antitrust* e disciplina del contratto costituisce senza dubbio uno dei temi più controversi degli ultimi anni e ha assunto i contorni di una vera e propria *vexata quaestio* con riguardo all'individuazione delle conseguenze giuridiche che un'intesa restrittiva della concorrenza, raggiunta tra imprese e nulla ai sensi degli artt. 101 TFUE e 2, commi 2 e 3, L. 10 ottobre 1990 n. 287, può produrre sui contratti “attuativi” dell'accordo vietato, conclusi dalle imprese partecipanti all'intesa con soggetti, privati consumatori, ad essa estranei.

In particolare, nel silenzio serbato dal legislatore, in dottrina e giurisprudenza si è discusso delle modalità con le quali l'eventuale accertamento della nullità dell'intesa restrittiva si riflette sugli atti negoziali compiuti “a valle”.

Il problema si è posto con una frequenza sempre maggiore soprattutto a cagione dell'esponentiale aumento delle controversie bancarie relative alle fideiussioni *omnibus*, rilasciate dai privati in favore delle banche su moduli riprodottivi dello schema di garanzia predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana insieme con le principali associazioni dei consumatori.

Come noto, infatti, sin dal 7 marzo 2003 l'ABI aveva “immesso” nel sistema creditizio uno schema *standard* di garanzia fideiussoria, volto a rafforzare la posizione della banca creditrice nei confronti del fideiussore mediante l'inserimento, nel testo del contratto, di talune clausole derogatorie della disciplina prevista dal Codice civile e idonee, in ogni caso, ad assicurare all'istituto di credito il soddisfacimento della propria pretesa restitutoria.

Questo modello di fideiussione *omnibus* si era diffuso al punto da venire adoperato sostanzialmente da tutti gli intermediari bancari e assurgere a vero e proprio “prototipo” di contratto, ai sensi dell'art. 1341 c.c., che veniva pertanto proposto dalle banche a tutti coloro i quali intendevano assicurare l'accesso al credito al debitore principale, garantendone la restituzione in favore della Banca.

Senonché, con il successivo provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55, intitolato “ABI – Condizioni Generali di contratto per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie”, la Banca d'Italia, coerentemente con la *ratio* di rafforzamento della tutela del fideiussore sottesa alla modifica legislativa realizzata con la novella legislativa del 17 febbraio 1992 n. 154, ha statuito che “*gli articoli 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 l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90*”.

Precisamente, la Banca d'Italia ha giudicato anticoncorrenziali: 1) la c.d. «clausola di reviviscenza» (art. 2), in forza della quale il fideiussore è tenuto «*a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa siano state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che debbano essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*»; 2) la c.d. «clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c.» (art. 6), in forza della quale «*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 medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti dall'art. 1957 c.c.»; 3) la cd. «clausola di sopravvivenza» (art. 8), in virtù della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

Peraltro, se da un lato l'intervento demolitore della Banca d'Italia ha prontamente indotto l'ABI ad elaborare nuove condizioni generali di contratto, epurate delle clausole giudicate anticoncorrenziali, dall'altro molti istituti di credito hanno continuato a sottoporre alla clientela la modulistica contenente gli artt. 2, 6 e 8 dell'originario modello di fideiussione.

La capillare diffusione di quest'ultimo ha inevitabilmente comportato il formarsi di un consistente filone di contenzioso relativo alla validità o meno delle garanzie per operazioni bancarie sottoscritte dai singoli fideiussori e pedissequamente riprodotte delle clausole del citato modello ABI e ritenute illecite dalla Banca d'Italia.

Si è posta, nello specifico, la questione dei rimedi esperibili da parte del fideiussore che abbia sottoscritto una garanzia comprensiva anche delle clausole menzionate.

La questione ha trovato risposte difformi da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità. Da ultimo, è stata risolta dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento, che ha peraltro fatto pienamente luce solo sull'aspetto sostanziale della natura della patologia che affligge il negozio fideiussorio stipulato a valle dell'intesa vietata, trascurando ulteriori aspetti rilevanti, sia di natura sostanziale che processuale.

2. Dalla nullità totale al risarcimento del danno: le tre tesi contrapposte

Tre sono state, in particolare, le soluzioni susseguites: la tesi della nullità totale, quella della nullità parziale e, infine, la tesi della validità della fideiussione e dell'esperibilità, da parte del fideiussore, del solo rimedio risarcitorio.

Secondo una prima e più radicale impostazione, infatti, la riproduzione, nel corpo della fideiussione bancaria *omnibus*, delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e di rinuncia ai termini, determina la radicale nullità del contratto di garanzia.

In tale prospettiva, infatti, la nullità totale della fideiussione altro non è che il naturale effetto dell'invalidità dell'intesa nulla ivi riprodotta: in altri termini, la nullità dell'accordo restrittivo della concorrenza, il cui testo risulti anche solo parzialmente riprodotto nell'ambito del distinto negozio a valle, comporta l'automatica nullità, quale vizio derivato, di quest'ultimo.

Presupposto di partenza di una simile impostazione è il dato testuale dell'art. 2, terzo comma, L. 10 ottobre 1990 n. 287, che recita: «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*». Tale disposizione normativa, infatti, non avrebbe ad oggetto solo l'intesa a monte, bensì ogni altro atto negoziale, collegato alla prima, potenzialmente idoneo ad arrecare pregiudizio al "bene" della concorrenza, tutelato a livello costituzionale e sovranazionale.

Pertanto, ravvisandosi tra intesa «a monte» e fideiussione «a valle» uno stretto collegamento negoziale, la nullità che colpisce la prima non può che riflettere automaticamente i propri effetti anche sulla seconda, e ciò in applicazione del principio generale "simul

stabunt simul cadent” che governa il fenomeno del collegamento negoziale.

Diversamente opinando, d'altronde, si finirebbe per eludere l'ampia tutela apprestata alla libera concorrenza dalla disciplina *antitrust*: l'effetto distorsivo che l'art. 2 L. 10 ottobre 1990 n. 287 mira ad evitare verrebbe infatti ad essere prodotto dal contratto «a valle».

Peraltro, in seno alla più ampia teoria della nullità totale, si è formato anche un diverso indirizzo, che, pur condividendo le conclusioni esposte, vi giunge seguendo un distinto percorso logico-argomentativo, ovvero configurando la grave patologia della fideiussione non quale ipotesi di invalidità derivata, bensì quale forma di invalidità diretta, per vizi propri del negozio a valle.

In tale ottica, la fideiussione sarebbe affetta da nullità per illiceità della causa in concreto, in quanto perseguirebbe e realizzerebbe una finalità anticoncorrenziale contraria alle norme imperative sul divieto di intese restrittive, ovvero contrastante con il principio di ordine pubblico economico che tutela la concorrenza.

La nullità totale per vizio strutturale proprio è stata altresì motivata sul presupposto dell'intrinseca illiceità dell'oggetto: il contratto a valle, assorbendo il contenuto delle statuizioni dell'intesa a monte, sarebbe nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio ai sensi degli artt. 1418 e 1346 c.c..

La tesi della nullità totale è stata infine argomentata e giustificata richiamando l'art. 1418, comma 1, c.c.: si tratterebbe, cioè, di nullità virtuale per violazione diretta delle norme imperative sulla concorrenza e non di nullità strutturale.

In senso diametralmente opposto, si è sostenuto che la pedissequa riproduzione nell'ambito delle fideiussioni per operazioni bancarie degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI, lungi dall'inficiare la validità delle prime, potrebbe al più implicare il riconoscimento, in capo al contraente debole, del diritto ad ottenere la condanna della banca al risarcimento del danno.

Anche la tesi della tutela personale poggia, peraltro, sul tenore letterale dell'art. 2 L. 10 ottobre 1990 n. 287, del quale viene però offerta una lettura speculare rispetto a quella propugnata dai sostenitori della tutela reale. La norma, stabilendo che *«le intese vietate sono nulle ad ogni effetto»*, si riferirebbe invero alle sole intese a monte, ossia *“agli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”*.

Di conseguenza, la nullità ivi contemplata non potrebbe applicarsi *tout court* alle fideiussioni sottoscritte a valle dell'intesa, tenuto conto del principio di tassatività dei rimedi invalidanti.

Peraltro, alcun collegamento negoziale si ravviserebbe tra intesa a monte e fideiussione a valle, trattandosi di contratti diversi, conclusi tra soggetti diversi, il primo tra le banche e il secondo tra la singola banca e il singolo fideiussore. Inoltre, per aversi collegamento negoziale è necessario che i due contratti siano volti al perseguimento di uno scopo ulteriore comune: nel caso specifico, invece, solo per la Banca la fideiussione a valle è strumentale, costituendone attuazione, rispetto all'intesa anticoncorrenziale.

Secondo tale impostazione, dunque, il fideiussore, che allegli e provi un pregiudizio derivatogli dalla sottoscrizione della garanzia conforme allo schema ABI, non ha diritto a rimedi demolitori, bensì solo ad un eventuale risarcimento pecuniario, per aver subito la compromissione della propria libertà di determinazione e scelta, essendosi visto “costretto” a sottoscrivere un modulo contrattuale impiegato in modo uniforme da tutti gli istituti di credito.

Si è poi formato un terzo filone interpretativo, secondo cui il rimedio è la nullità che, tuttavia, non colpisce l'intera fideiussione, bensì le singole clausole riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI e repute anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia. Secondo tale impostazione, intermedia rispetto alle due già richiamate, la soluzione della nullità parziale è imposta dall'art. 1419 c.c. e dal principio di conservazione del contratto che da tale norma si ricava, sicché il giudice, che si trovi a conoscere della pretesa creditoria fatta valere dalla Banca verso il fideiussore, non deve dichiarare la nullità dell'intera garanzia, bensì delle sole clausole di reviviscenza, sopravvivenza e rinuncia ai termini, e salvo che le parti non deducano che l'eliminazione di queste farebbe proprio venir meno l'interesse che le ha indotte alla stipulazione del negozio fideiussorio.

Secondo tale indirizzo, peraltro, nella maggior parte dei casi le parti avranno interesse al mantenimento della fideiussione: la banca perché beneficia comunque della garanzia personale, seppur epurata delle clausole idonee ad addossare al fideiussore le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inosservanza dei propri obblighi di diligenza o dal rischio dell'invalidità dell'obbligazione principale; il fideiussore in quanto, a ben vedere, le clausole espunte sono quelle palesemente a vantaggio del solo intermediario bancario.

3. La soluzione delle Sezioni Unite: in medio stat virtus

La rilevanza, teorica e pratica, del fenomeno delle fideiussioni bancarie ha indotto la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria del 30 aprile 2021 n. 11486, ad invocare l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite.

Queste si sono quindi pronunciate il 30 dicembre scorso, statuendo il seguente principio di diritto: *"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"*.

La Suprema Corte di Cassazione, pertanto, nel tentativo di temperare plurime esigenze, ovvero da un lato la tutela della concorrenza e l'attuazione del principio generale *"utile per inutile non vitiatur"*, dall'altro, la tutela dei consumatori in quanto soggetti deboli del rapporto contrattuale, hanno aderito alla tesi intermedia della nullità parziale, circoscritta alle sole clausole delle fideiussioni *omnibus* riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI del 2003.

Il ragionamento delle Sezioni Unite muove da una considerazione: se è vero che, in forza dell'art. 1322 c.c., le parti sono libere di derogare alla disciplina tipica dettata in materia di fideiussione, è parimenti vero che l'autonomia privata incontra e deve rispettare i *"limiti imposti dalla legge"*, ivi compresi quelli dettati dalle norme *antitrust* e finalizzati non solo ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, sintesi oggettiva e non mero cumulo degli interessi individuali degli imprenditori che vi operano, bensì anche la salvaguardia delle prerogative dei *"soggetti diversi dagli imprenditori"*.

Tali limiti, secondo le Sezioni Unite, verrebbero elusi ove si tenessero ferme, nei contratti a valle, le clausole frutto di un'intesa anticoncorrenziale; per tal via, infatti, si realizzerebbe un effetto distorsivo della concorrenza vietato dagli artt. 101 TFUE e 2 l. n. 287/1990. Tale effetto, inoltre, non può venire efficacemente eliminato mediante l'attribuzione al singolo consumatore, pregiudicato dalla sottoscrizione della fideiussione bancaria su schema ABI, del solo rimedio risarcitorio. Quest'ultimo, infatti, non

disincentiva le banche, contraenti forti, dall'inserire, nelle fideiussioni unilateralmente predisposte, le clausole di reviviscenza, sopravvivenza e di rinuncia al termine decennale; di converso, la nullità parziale, rispetto alla quale il risarcimento del danno conserva il ruolo di strumento di tutela complementare, assicura adeguata protezione al singolo fideiussore e, al contempo, preserva l'interesse generale alla trasparenza e al corretto funzionamento del mercato.

Le Sezioni Unite, quindi, ricostruendo l'intesa a monte e la fideiussione a valle quali contratti strutturalmente distinti ma che *"partecipano della stessa natura anticoncorrenziale"*, hanno ritenuto di aderire alla tesi "mediana": la patologia dell'accordo tra imprese bancarie lesivo della concorrenza si trasmette cioè alle clausole della garanzia personale riproducenti il contenuto del primo, e ciò in quanto essi vanno guardati alla stregua di un'operazione economica unitaria, ovvero come serie concatenata di atti funzionalmente collegati e globalmente produttivi del risultato, vietato, della distorsione della concorrenza.

In estrema sintesi, secondo la Suprema Corte, nel caso in questione deve ravvisarsi una *"nullità speciale"* e ulteriore rispetto a quelle già conosciute dall'ordinamento, posta a presidio di un interesse pubblico e, di riflesso, degli interessi individuali dei soggetti che operano sul mercato, che in quanto tale non può che colpire indistintamente tutti gli atti che si pongono in contrasto con detto interesse economico.

La specialità di tale sanzione non esclude, peraltro, l'applicazione del principio di conservazione degli atti negoziali, sicché, ove la fideiussione riproduca solo le tre clausole *"incriminate"*, non v'è ragione di ritenere che la nullità si estenda all'intera garanzia fideiussoria, a meno che non risulti specificamente comprovata una diversa volontà dei contraenti, nel senso dell'essenzialità della parte del contratto colpita da nullità.

Ove ciò non emerga dagli atti del processo, tutte le altre clausole del contratto tra Banca e garante, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano dunque valide ed efficaci.

4. Riflessioni "a prima lettura": questioni irrisolte in tema di fideiussioni bancarie

Si è visto, dunque, che tra i vari orientamenti che si erano formati in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, le Sezioni Unite hanno privilegiato la soluzione intermedia, che, se per un verso lascia *"sopravvivere"* le innumerevoli garanzie rilasciate in favore delle banche su modulo ABI, allo stesso tempo rende effettiva la tutela della concorrenza, mediante l'espunzione dal testo di tali contratti delle sole pattuizioni conformi al contenuto delle clausole ABI che realizzavano un'intesa vietata.

Molteplici restano, peraltro, i nodi, di diritto sostanziale e processuale, ancora da sciogliere.

Si tratta di aspetti con i quali, inevitabilmente, saranno ancora una volta chiamati a confrontarsi i giudici di merito, che dovranno tentare di individuare la soluzione maggiormente in linea con il principio di diritto espresso nella pronuncia in commento.

Anzitutto, le Sezioni Unite non hanno preso posizione sul caso, invero molto frequente nella prassi, in cui il contenuto delle clausole ABI sia riprodotto nell'ambito di una fideiussione rilasciata a garanzia di *"specifiche"* operazioni bancarie e, quindi, non riconducibile al modello *"omnibus"* delineato dall'art. 1938 c.c. e al quale faceva espresso riferimento la Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55.

Orbene, la circostanza che la fideiussione sia stata stipulata per garantire operazioni determinate e non tutte le operazioni, presenti e future, compiute dal debitore principale, non pare ostare all'applicazione, anche ad esse, della regola della nullità parziale.

Infatti, l'adesione delle Sezioni Unite a tale tesi prescinde, a ben vedere, dal rilievo che la fideiussione garantisca una serie indeterminata di operazioni tra il cliente e la banca anziché una singola e specifica operazione, dipendendo piuttosto dalla necessità di evitare che si realizzi il risultato – il pregiudizio per gli interessi, oggettivi e individuali, del mercato – vietato dall'ordinamento. Sennonché, un simile rischio si ravvisa in tutti i casi di riproduzione delle clausole anticoncorrenziali nei negozi di garanzia stipulati a valle, indipendentemente dal carattere *omnibus*. In quest'ottica, dunque, non può che ritenersi che anche le fideiussioni cosiddette specifiche, ove riproducenti le clausole di reviviscenza, sopravvivenza o rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., siano colpite da parziale nullità.

Parimenti colpite da invalidità *in parte qua* appaiono, per le medesime ragioni, quelle garanzie riproduttive dello schema ABI e, tuttavia, rubricate nel modulo predisposto unilateralmente dalla Banca quali "contratti autonomi". Anche in tal caso, deve ritenersi esperibile da parte del garante sia la tutela reale che quella risarcitoria, anzitutto perché, nella maggior parte dei casi, detti contratti presentano, in realtà, carattere accessorio e si pongono, quindi, come vere e proprie fideiussioni; se così non fosse, d'altronde, non vi sarebbe necessità di inserirvi la clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., siccome detta disposizione di regola non si applica alla c.d. garanzia autonoma tecnicamente intesa. Inoltre, va rammentato che anche il garante autonomo può sollevare l'eccezione di nullità del rapporto garantito per contrarietà a norme imperative o illiceità della causa; sicché, avendo le Sezioni Unite ricostruito la nullità di cui si discute quale nullità "speciale" posta a presidio delle norme imperative sulla concorrenza, la relativa eccezione risulta proponibile anche dal c.d. garante autonomo.

Argomentando diversamente, del resto, si consentirebbe l'elusione del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, mediante una semplice modifica dell'intestazione del modello fideiussorio generalmente impiegato dalle banche e l'inserimento, nel corpo del contratto, della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni".

Ancor più controversi appaiono, a ben vedere, i profili di natura processuale non esaminati e neppure lambiti dalla pronuncia in commento.

In primis, è facilmente intuibile che l'arresto delle Sezioni Unite imporrà quasi automaticamente al Giudice, adito in sede di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dalla Banca azionando una fideiussione bancaria su modello ABI, di declinare la competenza, a seguito dell'eccezione o del rilievo officioso della questione della nullità parziale, in favore delle sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i Tribunali di Roma, Milano e Napoli.

Come noto, infatti, con la precedente ordinanza del 10 marzo 2021 n. 6523, la Corte di Cassazione si era pronunciata nel senso della competenza funzionale di queste ultime a conoscere della validità o invalidità delle fideiussioni bancarie per contrarietà con il diritto *antitrust*, ai sensi degli artt. 3, comma 1 lett. c), e 4, comma 1 *ter*, d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Peraltro, una simile *translatio* generalizzata del contenzioso bancario sulle fideiussioni *omnibus* rischia da un lato di determinare un vero e proprio "annacquamento" della competenza specializzata delle citate sezioni imprese. Dall'altro si pone, per tutti gli altri Tribunali, un ulteriore interrogativo, vero e proprio *punctum dolens*: stabilire se la declaratoria di incompetenza debba riguardare sia la domanda di pagamento proposta contro il fideiussore, che domandi in via riconvenzionale l'accertamento della nullità parziale della garanzia, sia, per connessione (ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168), quella spiegata nei confronti del debitore principale, ovvero se quest'ultima non debba piuttosto essere separata e restare incardinata innanzi al Giu-

dice adito con il ricorso monitorio, in quanto funzionalmente competente a decidere sull'opposizione a decreto ingiuntivo.

In attesa di un auspicabile *revirement* della Suprema Corte rispetto all'ordinanza del 10 marzo 2021 n. 6523, è ipotizzabile una soluzione che implichi il rilievo d'ufficio, già in sede monitoria, della questione della nullità (parziale) delle clausole anticoncorrenziali della fideiussione azionata e della conseguente incompetenza del Tribunale adito (se diverso da quelli di Roma, Milano e Napoli), a conoscere del contratto in parte nullo. Tale rilievo officioso si giustifica, d'altronde, in quanto, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., il Giudice del procedimento monitorio deve sempre verificare in primo luogo la propria competenza e, ove si reputi incompetente, respingere il ricorso.

La soluzione delineata avrebbe il pregio di evitare l'emissione di decreti ingiuntivi fondati su fideiussioni parzialmente nulle e dunque verosimilmente destinati ad essere revocati nel successivo giudizio di opposizione.

Ultimo aspetto meritevole di attenzione alla luce del *dictum* delle Sezioni Unite riguarda la necessità di raccordare, rispetto ai giudizi pendenti, l'applicazione dell'enunciato principio della nullità parziale delle fideiussioni bancarie con le norme, imperative, che stabiliscono preclusioni processuali.

È ben possibile, infatti, che nei giudizi già incardinati non sia mai emersa, né negli atti introduttivi né nelle memorie di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c., la questione della nullità parziale delle clausole della fideiussione riprodotte degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI e che questa venga dedotta, per la prima volta, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

In questi casi, salvo ipotizzare una generalizzata rimessione in termini, la questione della nullità dovrebbe ritenersi ormai irrilevante ai fini della decisione poiché tardivamente dedotta.

Il problema si pone, in particolare, per la clausola di rinuncia ai termini di decadenza.

In linea generale, infatti, la caducazione della clausola di deroga dell'art. 1957 c.c. comporta la reviviscenza del termine semestrale ivi previsto per l'esercizio dell'azione della Banca verso il fideiussore. Si tratta, quindi, di una norma che stabilisce una vera e propria decadenza dell'istituto di credito, la quale va però eccepita – trattandosi di eccezione in senso stretto – sin dall'atto di opposizione a decreto ingiuntivo.

Pertanto, qualora il fideiussore amplii *il thema decidendum* invocando la nullità della clausola derogatoria solo nel prosieguo del giudizio, senza aver tempestivamente sollevato anche la consequenziale eccezione di decadenza di cui all'art. 1957 c.c., deve ritenersi che egli non possa giovare di un'ipotetica declaratoria di nullità della clausola anticoncorrenziale, in quanto resterebbe comunque preclusa al Giudice la verifica della tempestività dell'azione monitoria esperita nei suoi confronti dalla Banca.

Le notazioni che precedono consentono, in conclusione, di affermare che il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, destinato a "scontrarsi", nei giudizi già pendenti, con il sistema delle preclusioni processuali, potrà condurre a sentenze dichiarative della nullità parziale delle fideiussioni bancarie solo ove detta nullità assuma concreta rilevanza, nel senso di produrre un effettivo vantaggio per il fideiussore che la invochi.

Note

1. Essa invero si è posta con riguardo a tutte le ipotesi di atti negoziali compiuti in attuazione o esecuzione di comportamenti vietati e sanzionati, a monte, da norme del diritto dell'Unione Europea (in particolare, dagli artt. 101-103, nonché 106 e 107 del TFUE) rivolte direttamente ed esclusivamente alle imprese o, addirittura, agli Stati e finalizzate ad assicurare piena tutela al "valore" della libera concorrenza. Sul punto, a favore della tesi della validità – anziché della nullità de plano ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., - degli atti negoziali posti in essere "a valle" di un aiuto di stato incompatibile con il mercato interno, si era espressa ad esempio Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2018, n. 10303.
2. Infatti, l'intervento legislativo di cui al noto d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, di attuazione della dir. n. 2014/104/UE, ha disciplinato esclusivamente l'azione da c.d. illecito antitrust, senza affrontare la vexata quaestio della sorte dei contratti stipulati "a valle" di condotte anticoncorrenziali realizzate dalle imprese "a monte".
3. Per un'approfondita disamina delle varie tesi emerse in giurisprudenza v. Gentili, La nullità dei «contratti a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI), in Giust. Civ., 2019, 675.
4. Tale soluzione era stata accolta da Trib. Roma 26 luglio 2018, in Banca Borsa, 2020, 103.
5. Sul collegamento negoziale si vedano C.M. Bianca, Il contratto, Milano, 2000, 483; Roppo, Il contratto, Milano, 2011, 368 s. R. Scognamiglio, voce Collegamento negoziale (dir. priv.), in Enc. dir., VII, Milano, 1960, 381.
6. Sulle sfaccettature delle tesi emerse e per un raffronto di tipo comparativo, Libertini, Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a "valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 378.
7. Moresco, Fideiussioni omnibus su modelli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale, in Banca borsa tit. cred., 2020, 90 s.
8. In senso contrario Guizzi, I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite, in Corr. Giur., 2021, 1176.
9. Molinaro, Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994), in <https://judicium.it>, 18 gennaio 2022.
10. In tal senso v. Cass. 26 settembre 2019 n. 24044 con nota di Di Micco, Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement, in Giur. it., 2020, 358.
11. Il modello di tutela è sostanzialmente quello del dolo c.d. incidente di cui all'art. 1440 c.c., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare, inducendo la parte debole ad accettare condizioni sconvenienti, idonee a pregiudicarla economicamente. Sul tema, Scognamiglio, Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest), in Nuova giur. civ. comm., 2014, VII-VIII, 355.
12. In tal senso Trib. Napoli 5 maggio 2021 con note di Fauceglia, L'orientamento del tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?, in Contratti, 2021, 581 e Chessa, Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della disciplina antitrust, in <https://giustizia.civile.com>.
13. Anche tale indirizzo non è peraltro rimasto esente da critiche in dottrina; cfr., ad esempio, Denozza, Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 414.
14. Seidita, Nullità parziale delle fideiussioni "omnibus" redatte secondo lo schema ABI, in <https://giustiziacivile.com>, nota a Cass. 30 dicembre 2021 n. 41994 del 31 gennaio 2022.
15. Antillo, La sorte dei contratti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite, in <https://giustiziacivile.com>, articolo del 25 febbraio 2022.
16. La tesi favorevole a riconoscere una nullità solo parziale della fideiussione bancaria omnibus era già stata salutata con favore da Maugeri, Breve nota su contratti a valle e rimedi, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 417 e Bastianon, La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle», in Resp. civ. prev., 2020, 700.
17. In senso critico rispetto all'affermazione di una "nullità speciale" Molinaro, Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite, in <https://rivistapactum.it>, del 24 febbraio 2022.
18. In senso difforme si era invece espresso, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, Trib. Firenze, sent. 17 gennaio 2021, n. 177, consultabile su <https://dejure.it>.
19. A favore della natura di eccezione in senso stretto, non più proponibile dal fideiussore con le memorie di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c., si era già espressa la Suprema Corte, sez. 3, sentenza del 5 giugno 2012 n. 8989.
20. In questi casi, appare corretta una pronuncia di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo spiegata dal fideiussore, insieme con la declaratoria di inammissibilità della riconvenzionale di nullità parziale della fideiussione, non avendo il fideiussore opponente alcun concreto e attuale interesse, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., ad ottenere tale statuizione (in questo senso Trib. di Velletri, sentenza 24 gennaio 2022, n. 238, in <https://lamagistratura.it>).