



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI BARI
-SECONDA SEZIONE CIVILE-

La Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, riunita in camera di consiglio e composta dai signori magistrati

dott. Egiziano di Leo presidente

dott. Matteo Antonio Sansone consigliere

dott. ssa Carmela Romano consigliere relatore

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. _____ del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2018**

tra

Banca di Credito Cooperativo di _____ **soc. coop.**, elettivamente domiciliata in Bari, _____ presso lo studio dell'avv. _____

, che la rappresenta e difende, giusta procura in atti -----

----- **appellante principale**

e

s.r.l.,

, elettivamente domiciliati in Bari,

, che li rappresenta e difende,

giusta procura in atti -----

----- **appellati ed appellanti incidentali**

Conclusioni: all' udienza del 29 maggio 2020, i difensori delle parti hanno concluso come da relativo verbale.

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 4913/17 del 25.10.17, il Tribunale di Bari ha respinto la domanda di ripetizione di indebito proposta dalla _____ s.r.l.,

nei confronti della Banca di Credito Cooperativo di _____ soc. coop. ed ha invece accolto la domanda di pagamento svolta da



quest'ultima in via riconvenzionale nei confronti degli attori, condannandoli in solido al pagamento della somma di €8.957,68 (a titolo di saldo di conto corrente), oltre interessi al tasso contrattuale del 12,435% dall'1.4.15 al saldo, e dell'ulteriore somma di €112.273,03 (a titolo di pagamento del residuo mutuo fondiario del 25.1.10), oltre interessi legali dal 25.6.15 al saldo, nonché alla rifusione delle spese giudiziali, comprese quelle di ctu.

Con citazione del 23.3.18, ha proposto appello avverso la sentenza la Banca di Credito Cooperativo di _____ soc. coop., chiedendo il riconoscimento al tasso convenzionale degli interessi sulla somma dovuta a titolo di mutuo anche per il periodo successivo al 25.6.15.

Costituendosi, la _____ s.r.l.,
_____ hanno chiesto il rigetto dell'appello e proposto appello incidentale per sentirsi (1) dichiarare nulla per indeterminatezza la clausola del contratto di conto corrente relativa al tasso di interesse ("prime rate ABI" + spread 3,50%), da sostituirsi col tasso legale ex art. 117 TUB sino al 22.12.10; (2) accertare l'usurarietà degli interessi del mutuo, con conseguente rideterminazione del debito senza interessi; (3) dichiarare la nullità delle fidejussioni concluse da _____ per violazione della normativa antitrust.

All'udienza del 29.5.20, la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c.

Motivi della decisione

- Sull' appello principale.

Con un unico motivo di appello, la Banca di Credito Cooperativo di _____ censura la decisione del tribunale di riconoscere ad essa appellante, sulla somma dovuta a titolo di mutuo (pari a €108.865,77), gli interessi al tasso convenzionale solo sino al 25.6.15 (per complessivi €3.407,26), sull'erroneo presupposto che, in difetto di domanda da parte della creditrice, gli interessi a maturarsi dopo il 25.6.15 dovessero computarsi al saggio legale.

La censura è fondata.



La Banca, nel formulare domanda riconvenzionale di pagamento della somma mutuata, aveva espressamente preteso il riconoscimento degli interessi convenzionali sulla sorte capitale, calcolati in €3.407,26 sino al 25.6.15, oltre quelli a maturarsi successivamente a questa data.

Erra perciò il tribunale nel negare all'appellante gli interessi al tasso convenzionale anche per il periodo successivo al 25.6.15, pur in presenza di una esplicita domanda di parte.

Ne consegue, quindi, che, in riforma della sentenza, deve estendersi la condanna al pagamento degli interessi al tasso convenzionale sino al momento del saldo.

- **Sull'appello incidentale.**

Col **primo motivo** di appello, si censura la decisione di ritenere valida la clausola del contratto di c.c. del 23.3.04 relativa al tasso di interesse, per violazione dell'art. 1284 c.c. e dell'art. 117 TUB, non potendo - a dire dell'appellante - ritenersi sufficientemente determinato per iscritto un tasso di interesse pari al "prime rate ABI" maggiorato del 3,5%.

La censura è fondata.

In tema di obbligazioni pecuniarie, perché la convenzione relativa agli interessi ultralegali soddisfi la condizione posta dall'art. 1284 c.c., comma 3, occorre che il documento contrattuale contenga il richiamo a criteri "prestabiliti" ed elementi "obbiettivamente individuabili" (cfr. Cass. 14684/03; 2103/96) ed "estrinseci", come tali ultronei rispetto a mere scelte interne discrezionali della banca contraente (Cass. 8028/18; 3480/16; 25205/14; 2072/13; 12276/10; con particolare riferimento all'ipotesi di tasso di interesse variabile, nel senso che è necessario, ai fini dell'esatta individuazione concreta del tasso stesso, il riferimento a parametri che consentano la sua precisa determinazione, non essendo sufficienti generici riferimenti dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione: Cass. 24153/17; 22179/15; 17679/09; 2317/07).

Non soddisfano, pertanto, un tale requisito di determinatezza né il rinvio a parametri privi del carattere della "sufficiente univocità", "mutevoli" e privi di margini predeterminati (Cass. 4490/02, in motivazione), non riscontrabili con criteri di certezza per difetto di univoca determinabilità



dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale (cfr. Cass. 4094/05), né il rinvio a parametri interni alla scelta volontaristica e non prevedibile di uno dei due contraenti, ossia discrezionalmente “autodeterminati” da uno di essi, senza previa fissazione di predefiniti vincoli esterni di “dosaggio” della discrezionalità del creditore pecuniario (cfr. Cass. 6187/05).

Ne discende, perciò, la nullità di una clausola contrattuale che autorizzi la modificabilità unilaterale e discrezionale del corrispettivo di una prestazione da parte di uno dei contraenti, trattandosi di previsione che non soddisfa il requisito in parola (così testualmente Cass. 5281/02; 6723/94; 339/75).

Peraltro, nella specifica materia dei contratti bancari, tale onere di determinatezza dei tassi di interesse discende, oltre che dalla richiamata disciplina generale dei contratti (artt.1346,1418,1284 c.c.), anche dalla specifica prescrizione “di settore” che impone la “indicazione del tasso di interesse” (art. 117, comma 4°, D.lgs. n. 385/93), a pena di eterointegrazione normativa imperativa del tasso ai sensi del successivo comma 7.

Nella vigenza dell'art. 117, 4° comma, d.leg. n. 385 del 1993, infatti, il tasso di interesse può essere determinato *per relationem*, con esclusione del rinvio agli usi, ma ***“in tal caso il contratto deve richiamare criteri prestabiliti ed elementi estrinseci che, oltre ad essere oggettivamente individuabili e funzionali alla concreta determinazione del tasso, non devono essere determinati unilateralmente dalla banca”*** (cfr., di recente, Cass., sez. I, 26-06-2019, n. 17110: nella specie, la suprema corte ha ritenuto nulla la pattuizione del tasso di interesse, all'interno di un contratto di conto corrente bancario, operata attraverso il riferimento ad un generico ‘*top rate*’, concretamente specificato solo in un avviso sintetico redatto dalla banca ed esposto al pubblico).

Più in particolare, secondo quel che afferma la S.C., occorre aver riguardo alla *ratio* della norma, che - pur nella cornice dei valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato e dell'uguaglianza non solo formale tra contraenti (artt. 41 e 3 Cost.: cfr. Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 con generale riferimento alle nullità di protezione) - va individuata in una esigenza di salvaguardia del cliente sul piano della trasparenza e della eliminazione delle cosiddette asimmetrie



informativa, essendo la prescrizione diretta a porre quel soggetto nelle condizioni di conoscere e apprezzare con chiarezza i termini economici dei costi, dei servizi e delle remunerazioni che il contratto programma.

Finalità che, però, in tanto può essere soddisfatta in quanto il richiamo ad elementi esterni obiettivamente individuabili trovi un reale fondamento giustificativo nella necessità di ancorare il tasso di interesse a indici o parametri di sicura identificazione che non siano determinati dalla banca, giacché solo in tal caso non si è in presenza di alcun occultamento delle condizioni economiche contrattuali e la *relatio* è necessitata proprio dalla volontà di far dipendere l'ammontare dell'interesse da elementi esterni non predeterminabili.

Al contrario, ***“deve invece negarsi che il rinvio a fonti esterne possa operare allorquando il saggio di interesse sia fatto dipendere dalla determinazione unilaterale dell'istituto di credito. [...] In termini generali, ammettere che la banca possa richiamare, in contratto, un tasso di interesse non espresso in cifra, ma dalla medesima definito con riferimento a proprie condotte, o prassi aziendali, presenti e future, significa consentire non solo l'elusione dell'art. 117, comma 4, t.u.b., con riferimento all'obbligo, ivi previsto, di enunciazione in contratto del tasso di interesse, ma altresì, quella dell'art. 118 t.u.b., recante le condizioni e modalità dello jus variandi”*** (Cass. 17110/19, cit.).

Erra, perciò, il tribunale nel ritenere legittima la pattuizione del saggio di interesse operata attraverso il riferimento ad un generico “prime rate ABI”, la cui determinazione è affidata ad una rilevazione periodica dell'ABI che si basa su criteri tutt'altro che certi, univoci ed obiettivamente individuabili, ma - al contrario - rimessi all'unilaterale apprezzamento di un organismo di categoria che rappresenta solo una delle due parti contrattuali.

È evidente, quindi, la nullità di una pattuizione di interesse ultralegale che rinvia ad elementi la cui identificazione è insuscettibile di attuarsi in modo inequivoco e/o a parametri dipendenti dall'esclusiva e mutevole volontà del creditore pecuniario, di conseguenza da quest'ultimo di volta in volta “autodeterminati”, in assenza di qualsivoglia preventiva previsione negoziale di parametri oggettivi prefissati entro cui poter esercitare la variazione del ‘prime rate’.



In definitiva, tramite questa modalità di determinazione del tasso di interesse, si autorizza la banca all'esecuzione di indeterminabili ed insindacabili variazioni dei tassi per effetto di altrettanto incontrollabili variazioni applicate ai tassi di altri rapporti di credito intrattenuti con la "primaria" clientela dell'istituto, e senza che possa operare il bilanciamento della facoltà di recesso di cui all' art. 118 TUB, trattandosi dell'effetto dell'applicazione dell' "originario" tasso di interesse variabile pattuito (PRIME RATE ABI vigente in quel tempo + spread originario), non già una variazione di quel tasso, rimasto immutato nei suoi parametri (interni) di riferimento (prime rate + spread).

Né, d'altro canto, può ritenersi che la conoscenza successiva del saggio applicato valga a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione, per carenza del requisito della determinabilità, la cui esistenza l'art. 1346 cod. civ. esige "a priori", al punto che non può essere individuato successivamente, tanto più quando il saggio non sia determinato da entrambe le parti ma da una di esse, che l'abbia portato a conoscenza dell'altra, attraverso documenti che abbiano il fine esclusivo di fornire l'informazione delle operazioni periodicamente contabilizzate e non anche di contenere proposte contrattuali, capaci di assumere dignità di patto in difetto di espresso dissenso (cfr. Cass. n. 14684/03; 1287/02).

La causa va tuttavia, con separata ordinanza, rimessa in istruttoria affinché il nominato ctu ridetermini il saldo di conto corrente previa sostituzione della clausola dichiarata nulla con il tasso sostitutivo previsto dall'art. 117, co. 7, del d.lgs. n. 385 del 1993, sino alla data del 22.12.10.

Col **secondo motivo** di appello, si censura il rigetto dell'eccezione di usurarietà dei tassi di interesse pattuiti in relazione ai contratti di mutuo del 5.5.04, del 23.6.06 e del 25.1.10, per aver il tribunale – secondo l'appellante erroneamente – verificato il rispetto del tasso soglia utilizzando la formula contenuta nelle istruzioni della Banca d'Italia.

La censura è inammissibile.

Il tribunale ha escluso l'usurarietà dei tassi di interesse sulla base della duplice ragione che (1) il TEG del mutuo, calcolato secondo la formula della Banca d'Italia, fosse – per tutti e tre i contratti – inferiore al tasso soglia e che (2) l'inserimento nei contratti di una "clausola di salvaguardia" escludesse in nuce la possibilità di un superamento del



tasso soglia.

Tuttavia, dalla seconda delle due motivazioni, singolarmente idonee a sorreggere la decisione sul piano logico-giuridico, la parte appellante ha completamente prescisso, omettendo di indicare pertinenti ragioni di dissenso rispetto ad essa, e si è, invece, limitata a censurare la prima motivazione, relativa al criterio di calcolo del tasso di interesse da confrontare col tasso soglia.

Ciò in aperta violazione dell'onere di specificità dei motivi di appello di cui all'art. 342 c.p.c., che richiede la delimitazione del giudizio di gravame, con riferimento non solo agli specifici capi della sentenza impugnata, ma anche ai passaggi argomentativi che la sorreggono, e la formulazione di puntuali ragioni di dissenso atte a determinare le modifiche della decisione censurata, a pena di inammissibilità del gravame (Cass. 2028/18; sez. un. 27199/17; 21336/17; 2143/15).

Inammissibilità che non può essere sanata dopo la consumazione del diritto di impugnazione né integrata utilizzando l'attività difensiva dell'appellato, ma può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio, non attenendo i requisiti di forma della impugnazione e le relative decadenze a materia disponibile delle parti (Cass. 25218/11; 25588/10; 20261/06; 12984/06; 5445/06; 22906/05; 23742/04; 14251/04: *“L'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi, imposto dall'art. 342 c.p.c., integra una nullità che determina l'inammissibilità dell'impugnazione, con conseguente effetto del passaggio in giudicato della sentenza impugnata”*).

Il fondamento di tale onere si basa sul fatto che le statuizioni di una sentenza non sono scindibili dalle argomentazioni che la sorreggono, sicché è necessario che l'atto di appello contenga tutte le argomentazioni volte a confutare le ragioni poste dal primo giudice a fondamento della propria decisione, non essendo ammissibile che l'esposizione delle argomentazioni venga rinviata a successivi momenti o atti del giudizio (Cass. 6396/04).

L'atto di appello deve, perciò, investire la motivazione posta a base della sentenza, restando altrimenti inammissibile per carenza degli elementi essenziali e, segnatamente, della specificità dei motivi sotto il profilo della loro pertinenza alle *rationes decidendi* (Cass. 19989/17, per cui è



necessario che venga contestata specificamente la *ratio decidendi* posta a fondamento della pronuncia impugnata; 6978/13; 238/10; 4829/09; 12700/01).

Al punto che, ove - come nel caso di specie - la sentenza sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, l'omessa impugnazione di una di esse rende inammissibile, per difetto di interesse, la censura relativa alle altre, la quale, essendo divenuta definitiva l'autonoma motivazione non impugnata, non potrebbe produrre in nessun caso l'annullamento della sentenza.

Costituisce, infatti, *jus receptum* il principio per il quale l'impugnazione di una decisione basata su una motivazione strutturata in una pluralità di ordini di ragioni, convergenti o alternativi, autonomi l'uno dall'altro, e ciascuno di per sé solo idoneo a supportare il relativo *dictum*, per poter essere ravvisata meritevole d'ingresso, deve risultare articolata in uno spettro di censure tali da investire utilmente tutti gli ordini di ragioni, dato che la mancata critica di uno di essi comporterebbe che la decisione dovrebbe essere tenuta ferma sulla base del profilo della sua *ratio* non o male censurato e priverebbe il gravame dell'idoneità al raggiungimento del suo obiettivo funzionale, rappresentato dalla rimozione della pronuncia contestata (in termini, Cass. 3386/11; 22118/07; 24189/06; 3965/02; 7077/01; 4424/01; 4349/01; 7948/99; 11961/92; 2499/73).

Ebbene, non avendo l'appellante investito di specifica critica una delle due motivazioni poste a fondamento della pronuncia, la censura va dichiarata inammissibile, perché la sua eventuale fondatezza non potrebbe comunque condurre alla riforma della decisione, attese l'intervenuta definitività conseguente all'omessa specifica censura dell'altra *ratio decidendi*.

Il **terzo motivo** di appello attiene alla nullità delle fideiussioni rilasciate da _____ in favore della Banca di Credito Cooperativo _____ o a garanzia delle operazioni bancarie concluse dalla _____, e quindi dei debiti per cui è causa.

L'eccezione di nullità è fondata e va accolta.



Già nel 2017, con ordinanza n. 29810 del 12 dicembre, la Corte di Cassazione 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'aver 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 creditizi¹, la quale, nel suddetto provvedimento (n. 55 del 2 maggio 2005), ha altresì stabilito che l'ABI emendasse le proprie circolari dalle disposizioni vietate.

Pertanto, seguendo il ragionamento della S.C., ogni qual volta il contratto di fideiussione costituisca l'applicazione del suddetto schema ABI, quel patto, ancorché anteriore al 2 maggio 2005, va dichiarato nullo.

A tale conclusione si approda nell'evidenza che, come già precisato nell'arresto delle sezioni unite n. 2207 del 2005, «la legge 'antitrust' 10 ottobre 1990 n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in

¹ Testualmente: "Gli artt. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)".



concorrenza, e, dall'altro, che il c.d. contratto 'a valle' costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

In definitiva, ritiene la S.C. che il giudice non possa escludere la nullità di un contratto di fideiussione per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'autorità indipendente, *“poiché, se la violazione «a monte» è stata consumata anteriormente alla negoziazione «a valle», l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso «a valle», per la violazione dei principî e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2 legge antritrust)”*.

Tali principî sono stati successivamente ribaditi con la più recente sentenza n. 13846 del 22.5.19, secondo cui *“ai fini dell'illecito concorrenziale di cui alla l. n. 287 del 1990, art. 2, rilevano tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato”*: ciò che conta è solo che gli *“artt. 2, 6 e 8 [...] costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata”*, ovvero che, inserendo tali disposizioni nei contratti (a valle), si attuino gli effetti della condotta illecita.

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 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, all. fasc. appellante principale), che la banca abbia sottoposto agli odierni appellanti (incidentali) moduli negoziali (clausole sub artt. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione del 29.3.04², del 5.5.04 e del 25.1.10; artt. 1 e 5 del contratto di fideiussione del 22.12.10) includenti disposizioni 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 rimettersi in discussione, in considerazione

² L' **art. 2** (noto anche come “clausola di reviviscenza”) dichiara il fideiussore tenuto *“a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo”*;

- l' **art. 6** stabilisce che: *“I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti dall' art. 1957 cod. civ., che si intende derogato”*;

- l' **art. 8** (noto come clausola di sopravvivenza) sancisce l' insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che *“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”*.



del ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico (sul punto, cfr. Cass. 13846/19, cit.³).

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. 2305/07).

Deve, quindi, darsi per assodato che le fideiussioni in oggetto, riproducendo le disposizioni di cui agli artt. 2, 6, 8 dello schema ABI, abbiano dato attuazione ad un'intesa anticoncorrenziale illecita, in quanto vietata ai sensi dell'art. 21 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*

³ *“Ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'autorità competente, “deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte”; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico “impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede” (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486 cit.). Una conclusione in tal senso poggia, del resto, sull'assioma per cui “il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante”: per modo che “teorizzare la profonda cesura tra contratto a monte e contratto a valle, per derivarne che, in via generale, la prova dell'uno non può mai costituire anche prova dell'altro, significa negare l'intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale è posta a tutela non solo dell'imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato” (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305). E tale rilievo si coniuga con una duplice considerazione: per un verso, nel sistema della L. n. 287 del 1990, come del resto nella disciplina comunitaria, private e public enforcement, e cioè tutela civilistica e tutela pubblicistica, sono tra loro complementari; per altro verso, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento amministrativo nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità: tanto più in considerazione dell'“evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità” (Cass. 28 maggio 2014, n. 11904 cit.)”.*



dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABP"), 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").

Peraltro, l'uniformità di comportamento non rappresenta un elemento essenziale dell'illiceità dell'intesa, dal momento che l'art. 2, comma 2, della legge 287/90 vieta e sanziona con la nullità le intese che abbiano una restrizione della concorrenza anche solo per oggetto, e non necessariamente anche per effetto, quindi – in linea astratta – anche quelle che nessuno dei cartellisti avesse ad applicare.

Del resto, se così non fosse, il mancato accertamento della ricorrenza di tale elemento avrebbe dovuto imporre alla Banca d'Italia un provvedimento di assoluzione (per mancata completa prova dell'esistenza di un'intesa illecita), mentre così non è stato, avendo l'autorità garante della concorrenza incontrovertibilmente accertato il carattere illecito dell'intesa alla base dell'inserimento di quelle specifiche disposizioni nello schema di contratto adottato dall'ABI.

Tutt'al più, l'accertamento della ricorrenza dell'uniformità del comportamento potrebbe avere rilevanza solo ove fosse necessario dimostrare l'esistenza dell'accordo (esplicito o tacito) costitutivo dell'intesa, ma non è il caso di specie, in cui (giòva ribadirlo) tale circostanza risulta positivamente accertata dalla Banca d'Italia.

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 precedenti arresti (sentenze n. 526/18; nn. 2, 45 e 730 del 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.

Del resto, 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).

Si impone, pertanto, in riforma della sentenza, il rigetto delle domande di condanna proposte nei confronti dei fideiussori.

La regolazione delle spese di lite resta riservata alla definizione del giudizio.

P.Q.M.

La Corte d’Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, non definitivamente pronunciando sull’appello proposto dalla Banca di Credito Cooperativo di _____, con citazione del 23.3.18, avverso la sentenza n. 4913/17 del 25.10.17 del Tribunale di Bari, nonché sull’appello incidentale proposto da _____ s.r.l. e da _____, con comparsa di costituzione e risposta del 23.4.18, così provvede:



1. in accoglimento dell'appello principale, riconosce all'appellante gli interessi sulla somma dovuta a titolo di mutuo al tasso convenzionale anche per il periodo successivo al 25.6.15 e sino al saldo;
2. in parziale accoglimento dell'appello incidentale, dichiara nulla la clausola del contratto di conto corrente relativa alla determinazione del tasso di interesse;
3. dichiara nulle le fidejussioni concluse da Giovanni Caffaro, Leonardo Loparco e Francesco Lombardi con la Banca di Credito Cooperativo di Conversano;
4. rimette, con separata ordinanza, la causa in istruttoria;
5. spese al definitivo.

Così deciso, nella camera di consiglio in videoconferenza del 29 settembre 2020.

Il Consigliere estensore
Carmela Romano

Il presidente
Egiziano di Leo

PDFTRON

