



•ALERT•

12 MAGGIO 2020

## Le fideiussioni conformi allo schema ABI sono nulle: nuove azioni a tutela di imprese e consumatori

Molte delle fideiussioni tuttora in circolazione, rilasciate a garanzia di debiti presenti e futuri (c.d. **fideiussioni omnibus**), riproducono un modello uniforme di garanzia fideiussoria proposto nel 2003 dall'Associazione Bancaria Italiana (c.d. **schema ABI**). Da alcuni anni, tuttavia, la validità di tale modello – e delle fideiussioni che lo recepiscono – è stata messa seriamente in dubbio dalla giurisprudenza sia di legittimità sia di merito.

Tutto ha avuto inizio quando, nell'ambito di un'istruttoria avviata nel 2003 da Banca d'Italia, con il **parere n. 1584 del 20 aprile 2005**, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") ha affermato che lo schema ABI presentava "*clausole idonee a restringere la concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90*" introducendo, in capo al fideiussore, obblighi di garanzia ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal codice civile.

Tale schema, in sostanza, realizza un'**intesa anticoncorrenziale a monte**, idonea a determinare un [illegittimo] *aggravio economico* per il cliente e una standardizzazione *in pejus* dell'offerta bancaria, e, per tal via, si pone in contrasto con la normativa Antitrust che mira proprio a evitare distorsioni della concorrenza nel mercato.

Secondo l'AGCM, le seguenti clausole dello schema ABI presentano, in particolare, un indubbio rilievo anticoncorrenziale, poiché adottano tra le opzioni possibili "*la soluzione più sfavorevole per il cliente*":

- l'**art 2** (c.d. *clausola di reviviscenza*) e l'**art. 8** (c.d. *clausola di sopravvivenza*), per cui il fideiussore è tenuto a tutti gli obblighi di restituzione e rimborso automaticamente, senza una nuova ed espressa manifestazione di volontà, allo scadere o al venir meno dell'obbligazione principale (anche per nullità, inefficacia, annullamento o revoca dei pagamenti);



- l'**art. 6**, che espone il cliente-debitore alle azioni della banca per un tempo indefinito e di gran lunga superiore a quello di legge, "*fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore*", senza onere di preventiva escussione di altri co-obbligati, e in deroga all'art. 1957 cod. civ.;
- l'**art. 7**, per cui il fideiussore deve soddisfare comunque le pretese della banca, senza potersi avvalere delle eccezioni ad essa opponibili dal debitore principale;
- l'**art 13**, che estende la garanzia anche a oneri, interessi e spese, senza la possibilità di patto contrario prevista dall'art. 1942 cod. civ.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, la giurisprudenza ha concluso che le **fideiussioni conformi allo schema ABI** - applicando "a valle" quell'intesa illecita realizzata "a monte" - non possono che essere del pari illecite, e quindi **invalidi**.

Quanto alle conseguenze dell'invalidità che colpisce le fideiussioni in questione, - rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità, sempre che emerga da elementi fattuali acquisiti e discussi tra le parti (Cass. 19 febbraio 2020, n. 4175) -, due sono gli indirizzi contrapposti:

- secondo il primo indirizzo, l'intera fideiussione che riproduce lo schema ABI è affetta da **nullità assoluta** - o da una **nullità di protezione** - dal momento che l'intero regolamento contrattuale persegue finalità anticoncorrenziali, stigmatizzate dal parere dell'AGCM; e, dunque, deve ritenersi contrario a norme imperative, lesivo dei diritti del consumatore, se non dei superiori valori di solidarietà che permeano l'impianto dei rapporti tra privati (Cass. 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810; Trib. Salerno 5 febbraio 2020; Trib. Taranto 8 agosto 2019; Trib. Siena, 14 maggio 2019);



- un diverso orientamento, invece, aderisce alla tesi della **nullità parziale**, ritenendo che siano nulle solo le singole "clausole anticoncorrenziali"; esse "non incidono sulla struttura e sulla causa del contratto, ovvero non pregiudicano gli interessi in gioco" e, pertanto, la loro nullità non rende invalida l'intera fideiussione (Cass. 26 settembre 2019, n. 24044; Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9354; Trib. Mantova, 16 gennaio 2019; Trib. Ancona 17 dicembre 2018, n. 1993).

L'adesione all'una o all'altra tesi determina **ripercussioni considerevoli** (e non indifferenti):

- da un lato, la **nullità assoluta** della fideiussione (i) comporta la **liberazione totale del garante**, (ii) attribuisce anzi il diritto alla **restituzione di pagamenti** (indebiti) già effettuati come fideiussore e, in ogni caso, (iii) costringe la banca a concentrare le proprie pretese verso un **unico soggetto obbligato**, ossia il debitore principale;
- dall'altro lato, invece, la **nullità parziale** della fideiussione determina il **venir meno delle sole clausole corrispondenti alle disposizioni uniformi dallo schema ABI**; al loro posto, **ritornano in vita le norme codicistiche derogate dallo schema ABI**. Evidentemente, le difese del fideiussore incontrano **alcuni limiti**: (i) la tutela accordata dalla reviviscenza delle norme codicistiche deve essere valutata caso per caso, e, quindi, non è detto che possa essere applicata in concreto; (ii) per il resto, la fideiussione rimane valida ed efficace, sicché altre limitazioni o deroghe continuano a operare.

Va tuttavia ricordato che, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., la nullità di singole clausole contrattuali può comunque travolgere l'intero contratto **dimostrando** una "correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità" (App. Milano 22 gennaio 2020, n. 192).

Dunque, una volta provato che "senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione" (di questo avviso, v. App. Bari, 15 gennaio 2020, n. 45), anche ipotesi di nullità parziale potranno condurre a conseguenze di fatto identiche a quelle di una nullità assoluta e totale della garanzia.

Non sono pochi i soggetti che possono **approfittare dei principi recentemente affermati dalla giurisprudenza**.

Si pensi, ad esempio, ai **soci** che si siano costituiti fideiussori per garantire un finanziamento erogato alla società; o agli **acquirenti di immobili** (o loro familiari) che abbiano rilasciato garanzie personali a fronte di un mutuo.

Tali soggetti potrebbero vantare motivi fondati per opporsi a un decreto ingiuntivo notificato dall'istituto di credito; o potrebbero valutare soluzioni transattive "a saldo e stralcio" da proporre in fase pre-contenziosa, per liberarsi, una volta per tutte, dagli obblighi di garanzia assunti verso la banca.

In definitiva, è questo il **momento favorevole** per verificare se siano state rilasciate fideiussioni con profili di invalidità e valutare da subito quali iniziative intraprendere.

Il Dipartimento di Contenzioso di LCA Studio Legale ha costituito al proprio interno un team dedicato, che ha già affrontato con successo diversi casi ed è pronto a fornire consulenza in materia.

#### CONTATTI

**Luciano Castelli**

luciano.castelli@lcalex.it

**Dario Covucci**

dario.covucci@lcalex.it