



diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

2 - 2020

INTERVENTI di

*N. Busto, L. Cantisani, S. Sathyanarayanan
R.M. Colangelo, A.G. Nastri, E. Piovesani*

APPROFONDIMENTI di

L.M. Quattrocchio, V. Bellando

SAGGI di

B. Petrazzini, A. Petruzzi



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista telematica bimestrale 2 - 2020 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223
ISSN 2499-3158



d e i **diritto ed economia
dell'impresa**

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

2 - 2020



G. Giappichelli Editore – Torino

Direttore responsabile: Luciano M. Quattrocchio

Direzione e Redazione:

www.dirittoeconomiaimpresa.it

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

EISSN 2499-3158

Pubblicato nel mese di giugno 2020

Comitato di Direzione

Direttore: Luciano M. Quattrocchio.

Segretaria: Federica Bellando.

Segretaria: Valentina Bellando.

Comitato Scientifico

Segretario: Stefano Cerrato.

Niccolò Abriani, Guido Alpa, Guido Bonfante, Maurizio Borghi, Stefano Bresciani, Federico Briolini, Giacomo Büchi, Oreste Cagnasso, Francesca Culasso, Marina Damilano, Francesco De Santis, Francesco Fimmanò, Giancarlo Frosio, Carlo Ibba, Bruno Inzitari, Fiorella Lunardon, Mario Notari, Federica Pasquariello, Elisabetta Pederzini, Piero Pisoni, Angela Principe, Luigi Puddu, Alberto Quagli, Gabriele Racugno, Alessandra Rossi, Antonella Sciarrone Alibrandi, Alberto M. Teboldi, Claudia Tedeschi, Gaudencio Esteban Velasco, Francesco Vella, Elena Zucconi Galli.

Comitato Referee

Francesca Angiolini, Luigi Ardizzone, Pierdanilo Beltrami, Massimo Bianca, Stefano Bresciani, Mia Callegari, Cristiano Cincotti, Ivan Demuro, Alberto De Pra, Alain Devalle, Francesco Fimmanò, Luca Geninatti Satè, Elisa Giacosa, Gianluca Guerrieri, Rolandino G. Guidotti, Dario Latella, Enrico Macrì, Carlo Mancuso, Giovanni Meruzzi, Paolo F. Mondini, Alessandro Monteverde, Fabio Nieddu Arrica, Andrea Perini, Vincenzo Pinto, Giuseppe A. Policaro, Roberto Ranucci, Patrizia Riva, Diego Rossano, Enrico Sorano, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Giovanni Strampelli, Andrea Tina.

Collaboratori di Redazione (News)

Segretaria: Maria Maccarrone.

Alessandro Avataneo, Paolo Basso, Federico Bellando, Valentina Bellando, Anna Bonfante, Giulia Brunelli, Francesco Cannas, Francesco Cappello, Giovanni Castellani, Margherita Corrado, Ludovica Deaglio, Alessandro Favata, Francesca Gastaldi, Francesco Gerino, Francesca Grillo, Federico Guglielmi, Cecilia Limone, Aldo Lipani, Valeria Miraglia, Roberta Monchiero, Bianca M. Omegna, Alessandro Pastore, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Ferdinando Rombolà, Fabrizia Santini, Gabriele Varrasi, Barbara Veronese, Emanuele Zanalda.

Indice

pag.

Interventi

Informatica e diritto

N. BUSTO, L'etica europea per la <i>governance</i> dell'intelligenza artificiale	171
L. CANTISANI, S. SATHYANARAYANAN, <i>Blockchains e smart contracts</i> : quadro generale, e aspetti di <i>governance</i> e responsabilità	180
R.M. COLANGELO, La normativa sul cyberbullismo: per un bilancio a due anni dall'entrata in vigore della l. 29 maggio 2017, n. 71	227
A.G. NASTRI, La poliedricità normativa del Bitcoin	253
E. PIOVESANI, Reg. (UE) 2016/679: rimedi di natura privatistica e competenza internazionale in ambiente <i>online</i>	263

Approfondimenti

L.M. QUATTROCCHIO, V. BELLANDO, La fideiussione. Profili di invalidità e rilevanza in termini di usura	288
--	-----

Saggi

B. PETRAZZINI, La tormentata evoluzione dell'art. 120 t.u.f.: le modifiche alla disciplina delle partecipazioni rilevanti introdotte dal d.l. "Liquidità"	303
A. PETRUZZI, Opzioni <i>put</i> a prezzo predefinito, partecipazioni a scopo di finanziamento e divieto del patto leonino	317

Approfondimenti

La fideiussione. Profili di invalidità e rilevanza in termini di usura

The guarantees. Nullity profiles and relevance in terms of usury

Luciano M. Quattrocchio – Valentina Bellando *

ABSTRACT

La validità (*rectius*, invalidità) delle fideiussioni *omnibus* ha dato il via ad una vera e propria querelle giurisprudenziale, non ancora del tutto sopita. Nell'approfondimento, gli autori mirano a esplorare la *vexata quaestio* delle fideiussioni *omnibus* redatte in violazione della normativa *antitrust* e a fornire una nuova chiave di lettura della materia, in tema antiusura. La trattazione inizia con cenni alla normativa e alla giurisprudenza di riferimento, per poi soffermarsi sulle più ricorrenti eccezioni di nullità sollevate in giudizio dai fideiussori, avuto particolare riguardo alle clausole conformi al modello ABI, nonché all'applicabilità delle norme a tutela dei consumatori, alla violazione della forma scritta *ad substantiam* ed ai criteri di diligenza e buona fede richiesti all'intermediario finanziario. Da ultimo, gli autori propongono un'analisi ai fini usura, prevedendo la valorizzazione del costo figurativo della garanzia prestata.

Parole chiave: nullità – antitrust – usura

Validity, or rather nullity, of guarantees has lead to a jurisprudential dispute, not yet completely dormant. In this in-depth analysis, the authors aim to explore the vexata question of the guarantees drawn up in violation of the antitrust regulations and to provide a new interpretation of the matter, in the anti-usury perspective. The paper begins with an outline of the reference legislation and jurisprudence, and then it focuses on the most recurrent objections of nullity raised by guarantors, having particular regard to the clauses conforming to the ABI model, as well as to the applicability of the rules for consumers protection, the violation of the written form requirements and the criteria of diligence and good faith required of the financial intermediary. At the end, the authors propose an analysis for usury purposes, providing for the inclusion of the notional cost of the guarantee given.

Keywords: nullity – antitrust – usury

* Professore Aggregato di Diritto dell'Economia presso l'Università di Torino – Dottore Commercialista.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La posizione della giurisprudenza. – 3. Analisi delle più ricorrenti eccezioni sollevate in giudizio dai fideiussori. – 3.1. In merito all'applicabilità delle norme dettate a tutela della categoria dei consumatori ai fideiussori riconosciuti come tali. – 3.2. In merito alla nullità per violazione della forma scritta *ad substantiam*. – 3.3. In merito alla nullità/inefficacia per contrasto fra clausole di fideiussioni specifiche e fideiussioni generiche. – 3.4. In merito alla violazione da parte della Banca dei principi di correttezza, buona fede, trasparenza e diligenza professionale di cui agli artt. 1175, 1176, 1375 c.c. ed all'inadempimento della banca *ex art.* 1218 c.c. – 4. Costo della fideiussione ai fini usura. – 4.1. Considerazioni generali. – 4.2. La valutazione dell'usurarietà sul piano tecnico. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'art. 1936 c.c. definisce il fideiussore come «*colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui*».

Come è noto, la caratteristica fondamentale della fideiussione è la c.d. “*accessorietà*”, giacché l'esistenza e l'efficacia del contratto in analisi trovano fondamento solo ed esclusivamente nell'esistenza e nell'efficacia dell'obbligazione principale. Tale carattere – come si avrà modo di dimostrare – può avere conseguenze sotto il profilo dell'usurarietà dell'operazione finanziaria “*principale*”.

In tale prospettiva, il presente lavoro è volto ad esaminare – anzitutto – i profili di invalidità delle fideiussioni redatte in violazione della normativa *antitrust*, e – successivamente – a inquadrare il tema sotto il profilo dell'eventuale violazione delle norme antiusura.

2. La posizione della giurisprudenza

Come anticipato, la validità (*rectius*, invalidità) delle fideiussioni ha dato il via ad una vera e propria *querelle* giurisprudenziale, non ancora del tutto sopita.

A titolo esemplificativo ma non esaustivo, si riportano di seguito le principali posizioni assunte dalla giurisprudenza più recente. Per una maggiore chiarezza espositiva, le pronunce sono illustrate in ordine cronologico, a partire da quelle meno recenti¹.

¹Fonte: Rassegna di giurisprudenza, *news* del mese, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*,

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con Ordinanza 19 novembre 2015, C-74/15, si è pronunciata in tema di clausole abusive per i contratti di fideiussione e di garanzia immobiliare stipulati con i consumatori. I Giudici – chiamati ad esprimersi, nella fattispecie in esame, su di una controversia fra un consumatore finale ed un intermediario finanziario – hanno affermato che tali contratti devono essere interpretati in base alla Direttiva 5 aprile 1993, n. 93, e – più precisamente – in base al principio che afferma: «*gli articoli 1, paragrafo 1 e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società*». Questa tutela rileva particolarmente nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato fra un istituto bancario e un consumatore: tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. L'impegno comporta, per chi vi acconsente, obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare. I Giudici europei aditi affermano, inoltre, che nel caso di una persona fisica che abbia garantito per l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società – ad esempio, amministrazione della società stessa o partecipazione non trascurabile al capitale sociale – o se abbia agito per scopi di natura privata. In conclusione, quindi, con l'Ordinanza in oggetto, la Corte ha affermato che l'art. 1, paragrafi 1 e 2, lett. b), Direttiva n. 93/2013, deve essere interpretato nel senso che tale Direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società.

La Corte di Cassazione, con Sentenza 10 agosto 2016, n. 16827, ha stabili-

consultabile al seguente link http://www.dirittoeconomiaimpresa.it/Tool/Evidenza/Argomento/view_html?id_categoria_s=3.

to che la banca che concede finanziamenti al debitore principale, pur conoscendone le difficoltà economiche, confidando nella solvibilità del fideiussore, senza informarlo dell'aumento del rischio e senza chiedere la preventiva autorizzazione, viola gli obblighi di buona fede. Nel caso *de quo*, la Suprema Corte ha liberato dagli oneri i fideiussori, in quanto la banca aveva continuato – per anni – ad erogare finanziamenti, limitandosi a informare il fideiussore del credito vantato, senza chiedere un'autorizzazione a proseguire nella concessione del credito, nonostante la palese insolvenza del debitore principale.

Il Tribunale di Roma, con Sentenza 26 luglio 2018, ha affermato la nullità dei negozi di fideiussione che contengono le norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, che hanno l'effetto di restringere, impedire o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale ed escludono il diritto del cliente ad una scelta tra prodotti in concorrenza, precisando che sono incluse in tale divieto le clausole che comportano la trasformazione del contratto di fideiussione in contratto autonomo di garanzia.

La Corte di Appello di Firenze, con Sentenza 18 luglio 2018, ha accolto la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado, sulla base dell'eccezione di nullità di un negozio di fideiussione generica, stipulato conformemente alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI e sanzionate da Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005.

La Corte di Cassazione, con Sentenza 11 ottobre 2018, n. 25155, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale – in presenza di una fideiussione bancaria e ai fini dell'applicazione della normativa in materia di tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 *bis* c.c. – il requisito soggettivo della qualità di consumatore deve riferirsi all'obbligazione garantita, cui quella del fideiussore è accessoria. In mancanza di tale condizione, la clausola che consente di derogare la competenza territoriale, citata nel contratto di fideiussione stipulato da un socio per le esposizioni bancarie di una società di capitali, è valida.

La Corte di Cassazione, con Ordinanza 28 novembre 2018, n. 30818, ha affermato che è compito del consumatore dimostrare il carattere non occasionale, ma uniforme, dell'applicazione delle clausole della fideiussione identiche allo schema contrattuale tipo predisposto dall'Abi; non rileva, infatti, la presunzione del danno al consumatore dopo l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale.

Il Tribunale di Roma, con Sentenza 3 maggio 2019, n. 9354, ha affermato che l'utilizzo dello schema ABI del contratto di fideiussione stipulato in favore di una banca causa la nullità parziale della fideiussione limitatamente alle clausole contestate; tuttavia, affinché la nullità abbia effetto, il fideiussore ha

l'onore di provare che dette clausole dovute a intese anticoncorrenziali siano confluite nel contratto e che vi sia stata violazione della sua libertà contrattuale.

Il Tribunale di Roma, con Ordinanza 19 aprile 2019, ha affermato che il danno anti *trust* è risarcibile nel caso in cui sia dimostrato il carattere uniforme dell'applicazione del contratto di fideiussione utilizzato anche dalle banche o la standardizzazione delle clausole, le quali – in deroga alla disciplina legale – ripropongono il contenuto dello schema A.B.I. censurato dall'autorità di vigilanza.

La Corte di Cassazione, con Ordinanza 16 gennaio 2020, n. 742, ha stabilito che assume la qualifica di consumatore il terzo garante che abbia stipulato una fideiussione per finalità estranee all'attività professionale svolta. Nel caso *de quo*, la banca proponeva decreto ingiuntivo nei confronti di un terzo soggetto poiché fideiussore di una ditta individuale, in ragione di un mutuo chirografario e di uno scoperto di conto. Il Tribunale concedeva il decreto ingiuntivo che veniva opposto da controparte; il giudice dell'opposizione accoglieva le eccezioni proposte e, avverso tale provvedimento, la banca ricorreva per Cassazione. Il ricorso si inserisce in un contesto giurisprudenziale che sembrava – almeno sotto il profilo della legittimità – consolidato, e nel quale al fideiussore veniva assegnata la qualifica di professionista assunta sostanzialmente per attrazione di quella rivestita dal debitore principale. Il principio in questione era stato stabilito, precedentemente all'adozione del Codice del Consumo, nella Sentenza n. 314/2001, e successivamente dalle Sentenze n. 25212/2011, n. 16827/2016 e n. 24486/2016. Tale impostazione ha subito un duro colpo dall'intervento della Corte di Giustizia UE nelle Sentenze del 9 novembre 2015, causa C-74/15 e 14 settembre 2016 causa C-534/15): la medesima, infatti, ha affermato come la natura accessoria della prestazione richiesta al terzo nei contratti di fideiussione valga a qualificare il soggetto come un consumatore a condizione che esso operi fuori da rapporti organici e funzionali con il professionista il cui debito viene garantito. La Suprema Corte allineandosi all'orientamento della Corte di Giustizia UE afferma che «[...] *Connotante la struttura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorietà non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)».*

La Corte di Appello di Milano, con Sentenza 22 gennaio 2020, n. 192, si è pronunciata sull'invalidità delle fideiussioni *omnibus*, ribadendo l'ammissibilità della tardiva contestazione circa la nullità contrattuale dei moduli fi-

deiussores. Al proposito, come recentemente stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il giudice dell'appello, in caso di mancata rilevazione officiosa – in primo grado – della nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere, anche d'ufficio, a tale rilievo.

3. *Analisi delle più ricorrenti eccezioni sollevate in giudizio dai fideiussores*

Alla luce della giurisprudenza di merito e di legittimità richiamata al punto precedente, il presente paragrafo si propone di analizzare le più ricorrenti eccezioni di nullità/invalidità sollevate dai fideiussores, facendo – in primo luogo – riferimento alle clausole generalmente contenute nei contratti di fideiussione che si rifanno al c.d. “*schema ABI*”.

Al proposito, pare opportuno ricordare che, in data 4 luglio 2003, l'ABI metteva a disposizione degli istituti di credito un modello contrattuale di fideiussione *omnibus* contenente 13 articoli, basato sulla prassi bancaria, nonché sulla dottrina e sulla giurisprudenza in materia.

La Banca d'Italia, con Provvedimento 2 maggio 2005, n. 55, stabiliva che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale ABI contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, co. 2, lett. a), l. n. 287/1990.

Venendo ora ai citati articoli del modello, l'art. 2 prevede che il fideiussore si impegna 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 (c.d. clausola “*di reviviscenza*”).

L'art. 6 prevede che i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri sino 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 c.c., che si intende derogato.

Da ultimo, l'art. 8 include l'obbligo, in capo al fideiussore, di garantire anche le obbligazioni invalide.

Tenuto conto di quanto sopra, la presente analisi si propone ora, in secondo luogo, di ampliare l'orizzonte di indagine, illustrando di seguito alcune delle eccezioni frequentemente sollevate in giudizio, ulteriori rispetto alla nullità per conformità al quadro ABI.

3.1. In merito all'applicabilità delle norme dettate a tutela della categoria dei consumatori ai fideiussori riconosciuti come tali

Sul punto, la Corte di Cassazione si è espressa nei termini che seguono: «La tutela del consumatore è da escludere quando il contratto di fideiussione è stato concluso da una persona fisica che agisce a garanzia di un debito contratto da un soggetto che agisce nell'ambito della sua attività professionale»².

La Suprema Corte ha avuto modo di precisare – altresì – che il requisito soggettivo della qualità di consumatore deve riferirsi all'obbligazione garantita, atteso il carattere accessorio dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita³.

E ancora: «A diversa soluzione non può pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa – e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore»⁴.

Muovendo da tali premesse, la Suprema Corte ha quindi proposto un'interpretazione restrittiva dell'art. 1469-bis c.c., in virtù della *vis attractiva* della qualità del debitore principale rispetto alla qualità del fideiussore. Ne consegue l'inapplicabilità della tutela prevista dal Codice del Consumo alla fideiussione rilasciata a garanzia di obbligazioni derivanti da rapporti imprenditoriali.

Per contro, la Corte di Giustizia UE ha chiarito l'irrilevanza dell'oggetto del contratto ai fini dell'applicabilità della tutela del consumatore al fideiussore, negando che la nozione di “consumatore” ovvero di “imprenditore/professionista” possa essere assegnata soltanto sulla base del rapporto di accessorialità con il contratto garantito⁵. In particolare, ciò che rileva è l'accertamento, nel merito, della qualità in cui i fideiussori hanno agito stipulando la garanzia personale.

² Cass. 29 novembre 2011, n. 25212.

³ *Ex multis*, Cass. 9 agosto 2016, n. 16827; Cass. 9 marzo 2017, n. 6058.

⁴ Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846.

⁵ Corte UE, 19 novembre 2015, C-74; Corte UE, 14 settembre 2016, C-534.

Atteso quanto sopra, secondo tale orientamento, la nozione di consumatore, ai sensi dell'art. 2, lett. b) della Direttiva 93/13, ha carattere oggettivo e va determinata alla luce di un criterio funzionale consistente nel valutare se il rapporto contrattuale in esame rientri o meno nell'ambito di attività estranee all'attività d'impresa.

Alla luce dei citati orientamenti, si possono trarre le seguenti considerazioni.

Qualora si ritenga di aderire al consolidato indirizzo giurisprudenziale di legittimità, secondo il quale il fideiussore ha veste di professionista/imprenditore a causa dell'omologa posizione rivestita dal debitore principale nel rapporto garantito, i fideiussori acquisiscono la qualità di imprenditori in via "riflessa", con l'evidente conseguenza che non può essere invocata la tutela prevista per i consumatori.

Qualora, invece, si ritenga di aderire al più recente orientamento della Corte di Giustizia UE, occorre valutare la sussistenza dei collegamenti funzionali che legano la persona fisica alla società debitrice (e.g. l'amministrazione o una partecipazione al capitale sociale).

Occorre, pertanto, condurre una valutazione complessiva del ruolo che, in concreto, i fideiussori hanno ricoperto rispetto all'operazione compiuta dal debitore principale, tenendo conto della misura effettiva del loro coinvolgimento nell'ideazione e realizzazione dell'affare garantito.

Ove si ritenga di qualificare i fideiussori quali consumatori, alle clausole specificatamente approvate ai sensi dell'art. 1341, co. 2, c.c., devono aggiungersi le ulteriori ipotesi di clausole vessatorie di cui agli artt. 33-37 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del Consumo").

3.2. In merito alla nullità per violazione della forma scritta ad substantiam

La volontà di assumere l'obbligazione fideiussoria è da ritenersi espressa, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 1937 c.c.⁶, qualora i documenti di fideiussione siano compilati per iscritto e sottoscritti dai fideiussori. Generalmente, i suddetti documenti assumano la veste di missive, direttamente indirizzate all'istituto di credito, dalle quali emerge la chiara indicazione di volontà di prestare fideiussione e di garantire le obbligazioni.

Al proposito, si segnala l'orientamento di legittimità maggioritario, ben

⁶ In tal senso, F. GALGANO che, in *Diritto Privato*, Padova, 2012, precisa quanto segue «La volontà di assumere una obbligazione fideiussoria deve essere espressa (art. 1937). Non basta, cioè, la semplice presentazione del debitore al creditore, accompagnata da giudizi o da previsioni sulla solvibilità del primo; né basta l'invito o la calda raccomandazione a fargli credito».

rappresentato dalla seguente asserzione⁷: «L'art. 1937 cod. civ. laddove prescrive che la volontà di prestare la fideiussione deve essere espressa, deve essere interpretato nel senso che non è necessaria la forma scritta o l'adozione di formule sacramentali, purché la volontà sia manifestata in modo inequivocabile; e la prova della sussistenza di detto elemento può, pertanto, essere data con tutti i mezzi consentiti dalla legge e quindi anche con presunzioni (cfr. Cass. 150/1976; 11413/1992)».

Volendo qualificare la fideiussione come contratto bancario, pare opportuno segnalare che la Suprema Corte, con Ordinanza 4 giugno 2018, n. 14243, ha ribadito che: «In tema di contratti bancari soggetti alla disciplina di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 38 5/93, la valida stipula del contratto non esige la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili»⁸.

Conformemente, la Corte di Cassazione, con Ordinanza 21 giugno 2018, n. 16362, ha formulato il seguente principio di diritto: «nei contratti bancari, il requisito della forma scritta, posto a pena di nullità dall'art. 117, comma 3, TUB (azionabile dal solo cliente ex art. 127, comma 2, TUB), va inteso non applicando la disciplina generale sulle nullità negoziali per difetto di forma, ma in senso funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione del correntista assunta dalla norma, sicché tale requisito deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, e non anche quella dell'istituto di credito, il cui consenso ben può desumersi alla stregua dei comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

3.3. In merito alla nullità/inefficacia per contrasto fra clausole di fideiussioni specifiche e fideiussioni generiche

Relativamente all'efficacia delle fideiussioni, non si riscontrano contrasti fra clausole di fideiussioni differenti qualora, a titolo di esempio:

⁷ Cass. 24 febbraio 2016, n. 3628.

⁸ Quanto al contratto c.d. "mono-firma", la Corte di Cassazione, con Sentenza 16 gennaio 2018, n. 898, resa a Sezioni Unite, è intervenuta sulla *vexata quaestio*, stabilendo che – in linea con la direttiva europea Mifid 2 per la trasparenza sui mercati finanziari – è sufficiente la sottoscrizione dell'investitore sul contratto quadro per integrare il requisito della forma scritta come richiesto dal t.u.f. In particolare, non occorre anche la firma apposta del delegato dell'istituto di credito, in quanto il consenso della banca risulta dai relativi comportamenti concludenti.

- le fideiussioni specifiche prevedano che: «*la presente fideiussione [...] deve intendersi separata ed autonoma da altre fideiussioni da Voi già acquisite o che acquisite nell'interesse del medesimo debitore e, pertanto, Vi confermo/iamo che l'importo della fideiussione da me/noi prestata si somma alle altre fideiussioni*»;

- le fideiussioni generiche prevedano che: «*La presente fideiussione ha pieno effetto indipendentemente da qualsiasi garanzia, personale o reale, già esistente o che fosse in seguito prestata, a favore della Banca e nell'interesse del debitore medesimo, da noi sottoscritti o da terzi*».

3.4. In merito alla violazione da parte della Banca dei principi di correttezza, buona fede, trasparenza e diligenza professionale di cui agli artt. 1175, 1176, 1375 c.c. ed all'inadempimento della banca ex art. 1218 c.c.

Sul punto, la Suprema Corte, con Sentenza 9 agosto 2016, n. 16827, ha avuto modo di chiarire che la banca che concede finanziamenti al debitore principale, pur conoscendone le difficoltà economiche, fidando nella solvibilità del fideiussore, senza informare quest'ultimo dell'aumentato rischio e senza chiederne la preventiva autorizzazione, incorre in violazione degli obblighi generici e specifici di correttezza e di buona fede negoziale, violazione che rende la fideiussione *omnibus* nulla.

Tuttavia, la mancata richiesta di preventiva autorizzazione non può configurare una violazione contrattuale liberatoria se la conoscenza delle difficoltà economiche in cui versa il debitore principale è comune, o dev'essere presunta tale, come nell'ipotesi in cui debitrice sia una società nella quale il fideiussore ricopre la carica di amministratore o della quale è socio⁹.

Peraltro, l'operatività della garanzia fideiussoria rimane esclusa ogni qual volta il comportamento della banca beneficiaria della fideiussione non sia improntato, nei confronti del fideiussore, al rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

A tal fine, è onere della parte la quale deduca la violazione di questo canone dimostrare non solo che la nuova concessione di credito sia avvenuta nonostante il peggioramento delle condizioni economiche e finanziarie del debitore principale, ma anche che la banca abbia agito nella consapevolezza di un'irreversibile situazione di insolvenza e, quindi, senza la dovuta attenzione anche all'interesse del fideiussore.

⁹ *Ex multis*, Cass. nn. 12456/1997; 7587/2001; 111269/2004; 3761/2006.

La circostanza che il creditore abbia tenuto un comportamento contrario al dovere di buona fede e correttezza negoziale, tale da comportare la possibile liberazione del fideiussore dai propri obblighi di garanzia nei riguardi del creditore medesimo, può essere provata comunque con ogni mezzo consentito dall'ordinamento, ivi compreso il ricorso a presunzioni, secondo le regole generali stabilite dagli art. 2727 e 2729 c.c.¹⁰.

Generalmente, nelle pattuizioni che regolano le fideiussioni rilasciate è previsto espressamente quanto segue: «*Ciascun fideiussore avrà cura di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore principale e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con la Banca.*

Indipendentemente da quanto sopra disposto, la Banca è comunque obbligata, a richiesta di ciascun fideiussore, a comunicargli – relativamente alla/e obbligazione/i garantita/e – l'entità dell'esposizione del debitore principale, quale ad essa risultante al momento della richiesta, nonché, previo ottenimento da parte del fideiussore del consenso scritto del debitore principale, ulteriori informazioni concernenti l'esposizione stessa».

Al proposito, relativamente all'obbligo informativo, è ragionevole ritenere che garantisca il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa da parte dei fideiussori. Nel concreto, tale obbligo si colloca non solo nella fase della formazione del negozio, ma anche nella fase di esecuzione del medesimo, con l'obiettivo di salvaguardare tutti gli interessi coinvolti nel rapporto obbligatorio.

4. Costo della fideiussione ai fini usura

4.1. Considerazioni generali

Relativamente alla fideiussione bancaria, occorre, preliminarmente, considerare che il costo della garanzia può essere espresso, come nell'ipotesi della fideiussione bancaria o della fideiussione assicurativa, ma può anche essere “*figurativo*”, nel caso in cui la garanzia consista in una fideiussione personale. Infatti, il fideiussore vincola il suo patrimonio (o una parte di esso) a garanzia del soddisfacimento del credito dell'intermediario finanziario.

Fermo questo principio di equità – la diversa opinione creerebbe, infatti, una disparità di trattamento fra soggetti autonomamente solvibili, che possono rilasciare una garanzia autonoma, e soggetti patrimonialmente incapienti, che

¹⁰ Cass. n. 16667/2012.

invece devono ricorrere alla fideiussione bancaria o alla fideiussione assicurativa –, il “costo figurativo” può essere determinato prendendo spunto dal differenziale fra tassi di interesse mediamente applicati ad operazione finanziarie assistite da garanzia ed operazioni prive di garanzia collaterale.

4.2. La valutazione dell'usurarietà sul piano tecnico

Ipotizzando la conclusione di un'operazioni finanziaria complessa – per la quale un terzo soggetto rispetto al prenditore del finanziamento ha prestato fideiussione – alle condizioni di seguito riprodotte:

GRANDEZZE	VALORI
Categoria	Mutuo ipotecario
Importo	550.000,00
Durata in mesi	180
T.A.N. ammortamento (tasso fisso)	5,85%
Rata mensile	4.596,76
Spese istruttoria	300,00
Incasso rata	1,50
Spese documentazione	1,50
Cancellazione ipoteca	155,00
Data sottoscrizione	30/6/2008
Data inizio ammortamento	1/7/2008

Al fine l'eventuale usurarietà dell'operazione sopra ipotizzata, si assume a riferimento il tasso effettivo globale, determinato, a partire dalle Istruzioni di Banca d'Italia *pro tempore* vigenti, secondo la nota formula di calcolo:

$$\sum_{k=1}^m \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{m'} \frac{A'_{k'}}{(1+i)^{t_{k'}}$$

Come è agevole desumere dalla tabella di sintesi di seguito riprodotta, il T.E.G. dell'operazione, calcolato quale media funzionale – sul piano temporale – delle componenti di costo, è inferiore al tasso soglia di riferimento.

GRANDEZZE	VALORI
T.E.G. <i>ex ante</i>	6,03%
Tasso soglia mutui ipotecari a tasso fisso	9,06%
Usura	No

Volendo determinare il T.E.G. comprensivo del costo della fideiussione rilasciata, si potrebbe assumere a riferimento il differenziale – in termini relativi – fra i tassi soglia previsti per le categorie di finanziamenti garantiti e non (*cfr.* Cat. Aperture di credito in conto corrente oltre 5.000 euro), al momento della sottoscrizione del mutuo oggetto d’indagine.

Applicando il criterio di calcolo sopra illustrato, si perviene ai risultati di seguito riprodotti.

GRANDEZZE	VALORI
T.E.G.M. aperture di credito oltre 5.000	9,88%
T.E.G.M. mutui ipotecari a tasso fisso	6,04%
Costo figurativo fideiussione	3,84%
T.E.G. <i>ex ante</i>	6,03%
T.E.G. <i>ex ante</i> comprensivo fideiussione	9,87%
Tasso soglia mutui ipotecari tasso fisso	9,06%
Usura	Si

Dalla tabella sopra riprodotta è possibile constatare come il tasso effettivo globale comprensivo del “costo figurativo” della fideiussione prestata supera il tasso soglia calcolato a partire dal tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente dalla Banca d’Italia e incrementato ai sensi della l. n. 108/1996 al momento della sottoscrizione, con le relative ripercussioni sul piano sia civilistico (art. 1815, comma 2, c.c.) sia penale (art. 644, comma 3, c.p.).

In particolare, tale circostanza travolge l’intero rapporto, con la conseguenza che gli interessi e gli oneri collegati all’erogazione del credito non sono dovuti e devono essere restituiti.

5. Conclusioni

In tema di nullità delle fideiussioni per conformità al modello ABI, la questione è ben lontana dall'essere definitivamente risolta: il contenzioso fra fideiussore e banca si arricchisce via via di nuove sfumature, quali, a titolo di esempio, la nullità parziale o totale della fideiussione, la tutela del fideiussore-consumatore, la condotta della banca.

Come si è avuto modo di dimostrare, è – altresì – possibile una “nuova” lettura della questione, in chiave anti usura. In particolare, l'inclusione del costo della garanzia fideiussoria nel calcolo del tasso effettivo globale è in grado di dispiegare effetti significativi sul rispetto (*rectius*, superamento) del tasso soglia ai fini usura, con evidenti riflessi sulla rideterminazione del dare-avere fra fideiussore e istituto di credito.