Corte d'Appello Bari Sez. II, Sent. 45 del 15-01-2020

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. XXXXXXXX - presidente

dott. ssa XXXXXXX - consigliere

dott. ssa XXXXXX - consigliere relatore

ha emesso la seguente

SENTENZA (...)/2020

nella causa iscritta al n. (...) del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2016

tra

(...), elettivamente domiciliati presso lo studio dell' avv. (...), che li rappresenta e difende, giusta procura in atti

appellanti

e

Banca (...), elettivamente domiciliata in Bari, via (...), Presso lo studio dell'avv. (...), rappresentata e difesa dall'avv. (...), giusta procura in atti

appellata

Svolgimento del processo

Proposte da (...), con citazione del 21.2.11, opposizione al decreto ingiuntivo n.(...)/10 (dell'importo di Euro53.645,94, quale saldo di conto corrente) ed opposizione a precetto su mutuo fondiario (per Euro212.809,84) e, con citazione del 31.3.11, opposizione al decreto ingiuntivo n.(...)/10 (dell'importo di Euro32.400,09, portato da una cambiale agraria), il Tribunale di Foggia - ex Tribunale di Lucera, disposta la riunione delle cause, con sentenza n. 314/15 del 25.5.15, ha, in parziale accoglimento della prima opposizione, condannato

gli opponenti al pagamento in favore della opposta Banca (...), della minor somma di Euro25.799,24, mentre ha rigettato le altre opposizioni, ha inoltre compensato per 1/3 le spese giudiziali, per il resto ponendole a carico degli opponenti.

Con citazione del 28.12.15, hanno proposto appello avverso la sentenza (...), chiedendo, in riforma della stessa, l'integrale accoglimento delle loro opposizioni, se del caso previa integrazione dell'istruttoria.

Costituendosi, la Banca (...), ha chiesto il rigetto dell'appello, in adesione alle motivazioni poste a fondamento della decisione impugnata.

All'udienza del 4.10.19, invitate le parti alla precisazione delle conclusioni, la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c..

Motivi della decisione

Va prioritariamente scrutinata l'eccezione di inammissibilità dell'appello relativo alla causa di opposizione a precetto, sollevata dall'appellata in comparsa conclusionale.

L'eccezione è infondata e va respinta.

Deve, infatti, farsi applicazione del principio secondo cui, qualora si trovino cumulate o riunite fra loro, per ragioni di connessione, due o più controversie, una soltanto delle quali soggetta al regime della sospensione feriale dei termini, la decisione che intervenga su di esse senza sciogliere tale connessione è soggetta all'applicazione della menzionata sospensione, non essendo concepibile l'operare di due regimi distinti, né il non operare della sospensione per tutta la controversia, potendo l'impugnazione coinvolgere la decisione con riferimento ad entrambe le domande connesse (Cass. 8113/13; id, sez. un., 1122/00; id., 4930/88).

Quest'ultima conseguenza si giustifica perché, essendo la sospensione dei termini per il periodo feriale la regola e la non operatività della stessa l'eccezione, non è possibile immaginare l'operare dell'eccezione, perché si avrebbe una vera e propria applicazione analogica di essa ad una fattispecie per cui il legislatore non l'ha prevista, e non un'interpretazione estensiva (Cass. 20594/07, in motivazione).

Ebbene, avendo la sentenza impugnata pronunciato su più domande, e

precisamente un'opposizione a precetto e due opposizioni a decreto ingiuntivo, della sospensione dei termini nel periodo feriale applicabile a queste due ultime cause gli appellanti si sono legittimamente giovati anche per impugnare il capo della sentenza relativo all'opposizione a precetto.

Consegue da quanto sopra la tempestività dell'appello, in quanto proposto nel rispetto del termine di sei mesi e trentuno giorni dalla pubblicazione della sentenza, applicata la sospensione feriale dei termini processuali (dall'1 al 31 agosto) all'intero giudizio.

Venendo al merito, col primo motivo di appello, si censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 51, co. 1 n. 4 e co. 2, c.p.c., per non essersi il giudice astenuto, pur ricorrendone i presupposti di legge, e si chiede la rimessione della causa al tribunale.

La censura è infondata sotto due profili, ciascuno di per sé assorbente.

In primo luogo, l'obbligo di astensione sancito dall'art. 51,1 comma, n. 4, c.p.c. (secondo cui il giudice ha l'obbligo di astenersi se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico) si impone solo al giudice che abbia conosciuto della stessa causa come magistrato in altro grado, posto che la norma è volta ad assicurare la necessaria alterità del giudice chiamato a decidere, in sede di impugnazione, sulla medesima res iudicanda, in un unico processo, sicché tale obbligo non può essere inteso nel senso di operare in un nuovo e distinto procedimento, ancorché riguardante le stesse parti e pur se implicante la risoluzione di identiche questioni (Cass. 15268/19; id., 27924/18).

In altri termini, la norma di cui all'art. 51, 1 comma, n. 4, c.p.c. postula una situazione di incompatibilità, la quale presuppone che il giudice abbia conosciuto il merito della causa in altro grado del giudizio, nella presunzione che la partecipazione deliberante alla sua adozione possa rendere il giudicante meno libero di decidere in fase di impugnazione sugli errori eventualmente commessi, considerato anche che la precedente cognizione aveva avuto ad oggetto il medesimo thema decidendum (Cass. 14655/16).

La norma non si presta, quindi, ad operare in fattispecie diverse da quella

appena descritta, essendo tassativi i casi sia di ricusazione che di dovere del giudice di astensione, non potendo l'ordinamento consentire illimitatamente alle parti di ricusare il giudice o a qualunque giudice-persona fisica di astenersi dal decidere: il limite dell'astensione e della ricusazione è dato, da una parte, dal diniego di giustizia, dall'altro, dalla necessaria soggezione alla giustizia (Cass. 7541/19).

Il che esclude la ricorrenza, nel caso di specie, di un obbligo di astensione del primo giudice, non essendo rilevante - per quanto sinora detto - che alcune delle questioni oggetto di decisione gli fossero già note, per aver avuto cognizione della diversa causa, promossa sempre dalla Banca (...), di opposizione allo stato passivo del Fallimento (...)

Né può, sotto un secondo profilo, trascurarsi che il potere di ricusazione costituisce un onere per la parte, la quale, se non lo esercita entro il termine all'uopo fissato dall'art. 52 c.p.c., non ha mezzi processuali per far valere il difetto di capacità del giudice.

Pertanto, in mancanza di ricusazione, la violazione da parte del giudice dell'obbligo di astenersi non può essere fatta valere in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza.

In tal senso è il consolidato orientamento della S.C., secondo cui l'inosservanza dell'obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 1, c.p.c., salvo il caso in cui il componente dell'organo decidente abbia un interesse proprio e diretto nella causa che lo ponga nella qualità di parte del procedimento, assume rilievo come mero motivo di ricusazione, rimanendo esclusa, in difetto della relativa istanza, qualsiasi incidenza sulla regolare costituzione dell'organo decidente e sulla validità della decisione, con la conseguenza che la mancata proposizione di detta istanza nei termini e con le modalità di legge preclude la possibilità di far valere il vizio in sede di impugnazione, quale motivo di nullità del provvedimento (Cass. 10492/19; id., 12057/19; id., 2270/19; C. Stato 4119/18).

Con il secondo motivo di appello, si censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 20 L. n. 44 del 1999, per non aver il tribunale sospeso il giudizio, ancorché ne sussistessero le condizioni, insistendo per l'accoglimento dell'istanza di sospensione.

Anche questa censura è destituita di fondamento.
Il tribunale ha, infatti, correttamente escluso l'operatività dell'invocato art. 20 nei giudizi di cognizione, sul giusto rilievo che la sospensione prevista dalla norma riguardi soltanto "l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e i termini relativi a processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate".
Col terzo motivo di appello, si censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., per non aver il tribunale fatto buon governo delle risultanze istruttorie, che avrebbero dovuto indurlo a ritenere indimostrato il credito derivante dal conto corrente, dal mutuo e dalla cambiale agraria.
All'udienza di precisazione delle conclusioni, gli appellanti hanno eccepito la nullità, per violazione della normativa antitrust, delle fideiussioni da essi rilasciate in favore della Banca (...) a garanzia delle esposizioni debitorie della (...), e quindi anche dei debiti per cui è causa.
L'appellata ha, dal canto suo, eccepito la competenza funzionale della sezione specializzata in materia di impresa ai sensi dell'art. 33, co. 2, L. n. 287 del 1990, nonché il difetto di legittimazione degli appellanti ad invocare il rispetto della normativa antitrust, non rivestendo la qualità di consumatori.
Nessuno dei rilievi merita accoglimento.
Sotto il primo profilo, a parte il fatto che il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario (sez. un. 19882/19), nel caso di specie gli appellanti non hanno proposto una domanda di nullità, ma eccepito la nullità del titolo posto a fondamento dell'altrui azione, al sol fine di ottenerne il rigetto, sicché la competenza si è correttamente radicata sulla base di quest'ultima.
Quanto al secondo rilievo, erra l'appellante nel sostenere che l'eccezione di nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust sia azionabile solo dai soggetti che rivestano la qualità di consumatori, atteso che la disciplina dettata dalla L. del 10 ottobre 1990 n. 287, tutelando la libertà di concorrenza, ha come destinatari tutti i partecipanti al mercato, imprenditori come consumatori, in quanto potenzialmente portatori di un interesse alla conservazione del suo carattere competitivo.

Interesse che indiscutibilmente sussiste in capo a coloro che stipulino un contratto che costituisca lo sbocco di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, i quali subiscono un evidente pregiudizio in conseguenza di quell'intesa, in termini di restrizione, se non di vera e propria elusione, del diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza.

E', pertanto, irrilevante, ai fini della "legittimazione" degli appellanti ad eccepire la nullità della fideiussione per violazione della L. n. 287 del 1990, la verifica della loro qualità di "consumatori".

Venendo, dunque, all'esame dell'eccezione, questa è fondata e va accolta, assorbito il terzo motivo di appello.

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 B.D.), 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 B.D., nella qualità di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, la quale, nel suddetto (Provv. 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 nonne 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 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 principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2 legge antritrust)".

Tali princìpi 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, come già detto, 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 princìpi 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. appellata), che la banca abbia sottoposto agli odierni appellanti un modulo negoziale includente disposizioni (clausole sub artt. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione del 29.9.05, rinnovato con successivi contratti del 20.3.07, 28.6.07 e 14.11.08; clausole sub art. 11 all. B del contratto di mutuo dell'8.3.07, lett. a, c, f) identiche a quelle sub nn. (...),(...),(...) dello schema contrattuale predisposto dall'ABI giudicate contrarie all'art.2, co. 2, lett. a, L. n. 287 del 1990, perché oggetto di un'intesa restrittiva della concorrenza, secondo quanto accertato dalla B.I., nel su richiamato Provv. n. 55 del 2 maggio 2005, le cui risultanze sono pienamente utilizzabili nel presente giudizio, anzi non possono rimettersi in discussione, in considerazione del ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico (sul punto, cfr. Cass. 13846/19, cit.).
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 la fideiussione in oggetto, riproducendo le disposizioni di cui agli artt. 2,6, 8 dello schema ABI, abbia dato attuazione ad un'intesa anticoncorrenziale illecita, in quanto vietata ai sensi dell'art. 2 L. 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 B.D. nel citato Provv. del 2 maggio 2005, che ne dà atto al 93 ("Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI"), ed ancora al 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 L. n. 287 del 1990 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 B.D. 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 (giova ribadirlo) tale circostanza risulta positivamente accertata dalla B.D..

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 il precedente arresto del 21 marzo 2018 (sent. n. 526) - 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 B.D. 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 "ostacolino 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 B.D. 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. 31 provv. B.D. 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 (...) cit. provv. B.I.).

Ritiene, perciò, questa corte che lo schema di fideiussione omnibus oggetto dell'intesa vietata assolva 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. 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 B.D., 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, l'accoglimento delle opposizioni ai decreti ingiuntivi n. (...)/10 e n. (...)/10, nonché dell'opposizione a precetto proposte dagli appellanti.
Spese compensate, attesa la novità - rispetto alla data di instaurazione della lite - della questione controversa, peraltro tuttora oggetto di non sopito contrasto in giurisprudenza.

P.Q.M.

La Corte d'appello di Bari, seconda sezione civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da (...), con citazione del 28.12.15, avverso la sentenza n. (...)/15 del 25.5.15 emessa dal Tribunale di Foggia - ex Tribunale di Lucera, così provvede:

1. accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza, accoglie le opposizione proposte da (...) avverso i decreti ingiuntivi n.(...)/10 e n. (...)/10 del 13.12.10 emessi nei loro confronti su ricorso della Banca (...) e, per l'effetto, revoca i decreti;
2. accoglie l'opposizione proposta da (...) (...) contro l'atto di precetto notificato nei loro confronti il 29.12.10 dalla Banca (...);
3. compensa per intero le spese del doppio grado di giudizio.

Così decisoin Bari, nella camera di consiglio del 30 dicembre 2019.

Depositata in Cancelleria il 15 gennaio 2020.