



DR

Diritto del
Risparmio

LA “VALUTAZIONE RIGOROSA” DELLE PROVE.

Tra valore della dichiarazione della cedente ai fini della prova della legittimazione della cessionaria e produzioni “necessarie” per l’estensione della nullità antitrust alle fideiussioni specifiche.

Interpretazioni giurisprudenziali a confronto.

Nota a Trib. Cagliari, Sez. I, 04 gennaio 2024.

di Veronica Valeria LOI*

**Approfondimenti
fascicolo 1/2024**

* Avvocata, advisor e legale nelle procedure di sovraindebitamento e di gestione della crisi d’impresa.

Rivista di Diritto del Risparmio

APPROFONDIMENTI

LA “VALUTAZIONE RIGOROSA” DELLE PROVE.

Tra valore della dichiarazione della cedente ai fini della prova della legittimazione della cessionaria e produzioni “necessarie” per l’estensione della nullità antitrust alle fideiussioni specifiche.

Interpretazioni giurisprudenziali a confronto.*

Nota a Trib. Cagliari, Sez. I, 04 gennaio 2024**.

di Veronica Valeria LOI***

* Contributo approvato dai *referee*.

** Segnalazione a cura dell’Avv. Marcello Colamatteo.

***Avvocata, advisor e legale nelle procedure di sovraindebitamento e di gestione della crisi d’impresa.

TRIBUNALE DI CAGLIARI, SEZ. I, 4 GENNAIO 2024.

Segnalazione a cura dell'Avv. Marcello Colamatteo.

ESECUZIONE – OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO – PROVVISORIA ESECUZIONE –
CESSIONE DEL CREDITO – LEGITTIMAZIONE CESSIONARIA – DICHIARAZIONE CEDENTE

ESECUZIONE – OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO – PROVVISORIA ESECUZIONE –
GARANZIE – FIDEIUSSIONE - FIDEIUSSIONE SPECIFICA – NULLITÀ – ART. 1957 C.C.

ORDINANZA

- letti gli atti del procedimento e la documentazione prodotta;
- lette le note di trattazione scritta;
- sull'istanza di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto;
- ritenuto che la concessione ex art. 648 c.p.c. (o la conferma nell'ambito del procedimento ex art. 649 c.p.c.), della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo richieda una valutazione rigorosa in termini di assolvimento dell'onere probatorio che su ciascuna parte incombe, secondo le regole generali del processo ordinario di cognizione;
- ritenuto, in questa prospettiva, di dovere accogliere l'istanza di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto [...];
- ritenuta infondata l'eccezione di difetto di legittimazione attiva dell'opposta, alla luce di quanto risulta dalla dichiarazione rilasciata dalla banca cedente del 5 luglio 2023 (doc. 2 parte opposta);
- ritenuta infondata l'eccezione di nullità del contratto di mutuo ipotecario per mancata o erronea indicazione dell'ISC/TAEG, atteso che esso non integra una specifica condizione economica da applicare al rapporto e che la sua mancata indicazione è causa di nullità dei soli contratti al consumo;
- osservato che la doglianza di nullità è diffusamente supportata sul piano teorico, ma senza specifico riguardo ai rapporti concreti;
- ritenuta, invece, fondata l'eccezione dei due fideiussori di nullità della clausola di esonero della decadenza ex art. 1957 c.c. pur effettuata all'interno di fideiussioni specifiche, giacché- in questa fase sostanzialmente cautelare – le produzioni delle opposenti danno

- sufficiente riscontro della diffusione, anche con riferimento a quel tipo di garanzia, delle clausole che violano la normativa di cui alla legge antitrust n. 287/1990;
- osservato che, nella fattispecie, alla dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine del 16 febbraio 2016 (doc. 9 monitorio) ha fatto seguito – a tutto concedere – l'esecuzione promossa nell'anno 2017, ossia oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall'art. 1957 c.c.;
 - ritenuto, sotto altro profilo, che la presente controversia, avente ad oggetto un contratto bancario e/o finanziario, rientra tra le materie assoggettate alla procedura di mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, aggiornato dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138 e successivamente dal Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 e successiva Legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98
- domanda di mediazione con decorrenza dalla comunicazione del presente provvedimento;
3. rinvia la causa all'udienza del [...] novembre 2025, per la verifica dell'avvenuta l'instaurazione della relativa procedura di mediazione;
 4. manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

P.Q.M.

1. dichiara l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto nei soli confronti di [...] e respinge la richiesta nei confronti delle altre due opposenti;
2. assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della

LA “VALUTAZIONE RIGOROSA” DELLE PROVE.

Tra valore della dichiarazione della cedente ai fini della prova della legittimazione della cessionaria e produzioni “necessarie” per l’estensione della nullità antitrust alle fideiussioni specifiche.

Interpretazioni giurisprudenziali a confronto.

A cura di Veronica Valeria LOI.

Con l’ordinanza del 4 gennaio 2024, il Tribunale di Cagliari¹, nell’ambito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, a scioglimento della riserva sull’istanza di provvisoria esecuzione, ha affrontato, tra gli altri, due temi molto attuali e dibattuti in giurisprudenza: la prova della legittimazione attiva e della titolarità del credito in capo alla cessionaria e l’“estensibilità” della nullità per violazione della normativa antitrust alle fideiussioni specifiche.

Il Tribunale sardo, preliminarmente, ha sottolineato come ***“la concessione ex art. 648 c.p.c. (o la conferma nell’ambito del procedimento ex art. 649 c.p.c.) della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo richieda una valutazione rigorosa in termini di assolvimento dell’onere probatorio che su ciascuna parte incombe, secondo le regole generali del processo ordinario di cognizione”***.

E, proprio l’assolvimento dell’onore probatorio, è stato il vero fulcro del provvedimento in parola.

Il giudicante ha ritenuto, infatti, ***“infondata l’eccezione di difetto di legittimazione attiva dell’opposta, alla luce di quanto risulta dalla dichiarazione rilasciata dalla banca cedente del 5 luglio 2023”*** e prodotta dalla cessionaria.

Mentre è stata giudicata ***“fondata l’eccezione dei due fideiussori di nullità della clausola di esonero dalla decadenza ex art. 1957 cc. pur effettuata all’interno di fideiussioni specifiche, giacché - in questa fase sostanzialmente cautelare - le produzioni delle opponenti danno sufficiente riscontro della diffusione, anche con riferimento a quel tipo di garanzia, delle clausole che violano la normativa di cui alla legge antitrust n. 287/1990”***.

¹ Segnalazione a cura dell’Avv. Marcello Colamatteo.

In particolare, il giudice ha rilevato “*che, nella fattispecie, alla dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine del 16 febbraio 2016 ha fatto seguito - a tutto concedere - l’esecuzione promossa nell’anno 2017, ossia oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall’art. 1957 c.c.*”.

Per effetto, il giudice isolano ha dichiarato l’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto nei soli confronti del debitore principale, respingendo, invece, la richiesta nei confronti delle altre due opposenti.

Il provvedimento qui in commento, per quanto conciso, offre l’occasione per svolgere alcune considerazioni su due temi che infiammano da tempo il contenzioso bancario, ma che non hanno ancora trovato una soluzione unanime in giurisprudenza: il **valore probatorio della dichiarazione della cedente ai fini della prova della legittimazione attiva e/o della titolarità del credito in capo ad un’asserente cessionaria** e l’estensione della nullità per violazione della **normativa antitrust alle fidejussioni specifiche schema ABI**.

Entrambe le questioni orbitano, inesorabilmente, intorno all’assolvimento dell’onere probatorio.

1. Sul valore probatorio della dichiarazione della cedente. Orientamenti giurisprudenziali a confronto.

Ebbene, per quanto concerne la prima tematica, il **Tribunale di Cagliari ha giudicato la dichiarazione della cedente documento idoneo a provare l’asserita cessione del credito ex art. 58 TUB**.

Giova premettere che l’eccezione sollevata dagli opposenti non riguardava il mero difetto di legittimazione attiva della cessionaria ma mirava, piuttosto, a contestare la titolarità del rapporto, cioè il fatto che la società SPV s.r.l. fosse effettivamente succeduta nella posizione dell’originario creditore per effetto di una valida cessione dei suoi rapporti.

Si tratta, invero, di due concetti distinti. Le Sezioni Unite della Cassazione, difatti, hanno chiarito che la mancanza di legittimazione attiva integra una questione di rito, mentre la titolarità del rapporto controverso oggetto dell’azione, dal lato attivo o passivo,

rappresenta una questione di merito, in quanto attiene alla fondatezza della domanda².

Gli opposenti avevano sollevato, sostanzialmente, una **questione preliminare di merito**, onerando così la società di fornire la prova della titolarità dal lato attivo del rapporto obbligatorio.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, ***“la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un’operazione di cessione in blocco ex art. 58 T.U.B., ha anche l’onere di dimostrare l’inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l’abbia esplicitamente ed implicitamente riconosciuta”***³.

Stando a questa impostazione, quindi, in caso di contestazione del debitore - come nella fattispecie oggetto dell’ordinanza in commento - **il cessionario deve provare la titolarità del rapporto all’esito della cessione, con documenti circostanziati idonei a dimostrare l’inclusione del credito oggetto di causa nell’operazione di cessione in blocco.**

È evidente che la **“prova primaria”** non può che essere **“il contratto di cessione, da cui si può ricavare che lo specifico credito per il quale essa agisce è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato”**⁴.

È vero, però, che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità **“la produzione dell’avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale che rechi l’indicazione per categorie dei rapporti ceduti “in blocco” è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo alla cessionaria, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno dei rapporti oggetto della cessione, allorché gli elementi che accomunano le singole categorie consentano di individuarli senza incertezze”**⁵.

² Cfr. Cass., Sez. Un., 16/2/2016, n. 2951.

³ Cfr.: Cass. n. 24798 del 05/11/2020 e negli stessi termini: Cass. n. 4116/ 2016; Cass. 22268 del 2018; Cass. 2780 del 2019 e Cass. civ., sent. n. 5857 del 22 febbraio 2022.

⁴ Cfr. Trib. Frosinone, 8 marzo 2022., su questa rivista con nota di A. ZURLO, in cui si ricorda che **“costituisce principio generale, e in quanto tale applicabile anche all’operazione di cartolarizzazione, che per essere opponibile un negozio di cessione deve contenere gli elementi minimi necessari alla cognizione del debitore circa la modificazione dal lato attivo dell’obbligazione da lui contratta, a questo fine tali elementi possono ricavarsi solo dal contratto di cessione”**; nello stesso senso, si veda anche Trib. di Vasto, sent. n. 38 del 03/02/2023, Giudice M. E. Faleschini.

⁵ Cfr. Cass. 4277/2023 e, conformi, Cass. n. 21821/2023; Cass. 2251/2019; Cass. Civ., Sez. III, 13/06/2019, n. 15884; Cass. civ., Sez. 3, Ord. n. 31188 del 29/12/2017; si veda anche Corte d’App. Aquila, 3 novembre 2023, n. 1549, annotata su questo Portale, con massima redazionale, **“Ipse dixit: l’avviso in Gazzetta Ufficiale può comprovare l’inclusione dello specifico credito azionato.**

Tuttavia, “*anche secondo tale interpretazione meno restrittiva (...) non si può ritenere che la semplice pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della cessione in blocco dei crediti sia elemento sufficiente per ritenere che tutti i crediti del cedente siano stati trasferiti al cessionario, dovendo quest’ultimo, comunque, allegare e dimostrare - in caso di contestazioni - in primo luogo, quali siano gli elementi comuni presi in considerazione nell’ambito della cessione in blocco”⁶.*

In definitiva, “*è sempre rimesso all’apprrezzamento del singolo giudice valutare, caso per caso, quali siano gli elementi in grado di fondare il proprio convincimento in merito alla titolarità del credito in capo alla società veicolo cessionaria*”⁷.

Ma, proprio il rimando “*all’apprrezzamento del singolo giudice*”, come sempre accade, ha portato inevitabilmente, alla formazione di una giurisprudenza di merito al quanto “*variegata*”, e spesso contrastante, sull’argomento.

In questo variegato quadro interpretativo, si inserisce anche la valutazione in punto di prova della dichiarazione della cedente, rispetto alla quale la giurisprudenza di merito appare particolarmente divisa.

A) L’ORIENTAMENTO CHE NON RICONOSCE ALCUN VALORE PROBATORIO ALLA DICHIARAZIONE DELLA CEDENTE.

Parte della giurisprudenza, infatti, ritiene che alla predetta **dichiarazione non può essere attribuito “*alcun valore probatorio dirimente (...), trattandosi di atto predisposto unilateralmente*”** dalla banca cedente⁸ e che, pertanto, essa **non può** in alcun modo “*avere valenza sostitutiva del contratto di cessione o dell’elenco recante le posizioni cedute che allo stesso avrebbero dovuto essere allegate*”⁹.

In particolare, è stato affermato che “*nessun rilievo ha la dichiarazione successivamente resa dal cedente volta ad attestare l’effettiva alienazione del credito, trattandosi di una dichiarazione con chiare finalità probatorie ai fini processuali, resa da un terzo, che come tale non è di alcuna*

⁶ Cfr. Trib. di Brescia, sent. del 16 Agosto 2023.

⁷ Si veda, *ex multis*: Trib. Frosinone, 8 marzo 2022, cit.; Trib. di Firenze, sent. n. 3464/2022 del 12.12.2022.

⁸ Cfr.: Trib. di Rovigo, sent. n. 156/23 (che, per inciso, si riferisce ad una dichiarazione pressoché identica rispetto a quella esaminata dal giudice sardo, sia per contenuto che per istituto di credito dichiarante). Dello stesso tenore si vedano anche: Trib. di Padova, sent. n. 440/2022 del 7.03.2022; Trib. di Bologna, sent. n. 2897/2022 del 25.11.2022; Trib. di Milano, sent. n. 3753 del 02.05.2022.

⁹ Cfr. Trib. di Brescia, sent. del Trib. di Brescia, sent. del 21/12/2022 n. 3086; Trib. di Avezzano, 20 Aprile 2021, Est. Cervellino.

*importanza, non essendo prevista una generica fungibilità tra testimonianza (che è il modo in cui la scienza del terzo entra nel processo) e testimonianza scritta*¹⁰.

È stato anche evidenziato che “*non si tratta in senso proprio di una confessione, non essendo proveniente da parte alcuna, né di un documento, trattandosi di atto predisposto all'evidenza per la causa in esame. Quand'anche fosse così, vale una considerazione, data dal fatto che ci si trova di fronte a un contratto di cessione di crediti che, per l'ammontare dell'importo (...) e le qualità delle parti cedenti (una banca e una società di capitali) non può certo provarsi in forma testimoniale né, di conseguenza, tramite presunzioni. In sintesi, la sola prova idonea resta data dal documento contrattuale*”¹¹.

Inoltre, si è anche osservato che tale **dichiarazione non acquisterebbe valore probatorio neanche laddove ad essa si aggiungesse “il mero dato della disponibilità, in capo alla stessa, dei documenti probatori del credito”**. All'uopo, è stato rilevato che “*la circostanza del possesso di documentazione relativa ad un contratto di finanziamento tra terzi soggetti - o, comunque relativa ad un qualsiasi altro titolo probante il credito - non è idonea a sostituire il documento attestante la cessione del credito. La semplice circostanza del possesso di tale documentazione, infatti, può giustificarsi sulla base di una pluralità di circostanze, come, ad esempio, la qualità di semplice mandatario del creditore e non di cessionaria del credito*”¹².

In definitiva, secondo questo filone interpretativo, **la dichiarazione della cedente è priva di valenza probatoria e, al più, potrebbe essere utilizzata per corroborare la valenza di prove “tipiche” fornite dalla cessionaria**¹³.

B) L'ORIENTAMENTO SECONDO CUI “LA DICHIARAZIONE DEL CEDENTE È IDONEA A PROVARE L'INTERVENUTA CESSIONE”.

L'opposto orientamento - a cui sembra aderire anche il Tribunale del capoluogo sardo - sostiene, invece, che **la prova dell'avvenuta cessione possa essere fornita, in alternativa al contratto, con una dichiarazione scritta firmata dalla cedente, nella quale si dia atto della cartolarizzazione di quella specifica posizione debitoria**¹⁴.

¹⁰ Cfr.: Trib. di Treviso, sent. dicembre 2021, n. 26248.

¹¹ Cfr.: Trib. di Milano sent. n. 7350/2021 del 16/09/2021.

¹² Cfr.: Cass. civ., 31/01/2019, n. 2780, richiamata anche dal Trib. di Vasto, sent. n. 38/23 del 03/02/2023.

¹³ Cfr.: Trib. di Imperia, sent. del 29.11.2023.

¹⁴ Cfr. Trib. di Avezzano, ord. del 17 settembre 2022; Trib. di Roma, sez. IV, sent. n.1773/2023 del 02/02/2023; recentissimamente, Trib. di Bergamo, ord. del 1° Febbraio 2024, Est. Dott. V. D. Scibetta.

Questo filone di pensiero si fa forte di una pronuncia della Cassazione in cui si afferma che *“la dichiarazione del cedente (...), al pari della disponibilità del titolo esecutivo, era un elemento documentale rilevante, potenzialmente decisivo, e come tale ammissibile anche in grado di appello”*¹⁵.

Cercando di mantenere, per quanto possibile, un giudizio libero da qualsiasi preconcetto, appare, comunque, difficile superare le perplessità che quest’ultimo filone interpretativo solleva.

Corre l’obbligo di evidenziare, innanzitutto, che la Suprema Corte, nella citata pronuncia, non ha affermato l’assoluto e imprescindibile valore probatorio della dichiarazione in parola ma ha rilevato, semplicemente, un suo *“potenziale valore decisivo”*.

Pertanto, a sommosso parere di chi scrive, riconoscere un valore probatorio dirimente alla dichiarazione in parola, soprattutto, laddove la produzione di tale documento non viene supportata da altri elementi di prova che consentano di dimostrare, in modo chiaro e certo, l’inclusione del credito oggetto di causa nell’asserita operazione di cessione in blocco, appare una forzatura.

Per non parlare di tutte le ipotesi in cui la dichiarazione consiste in *“un documento di epoca successiva all’avvenuta cessione e che non consente di verificare la veridicità di quanto asserito”* - come nel caso oggetto del provvedimento in commento in cui è stata *“ritenuta infondata l’eccezione di difetto di legittimazione attiva dell’opposta, alla luce di quanto risulta dalla dichiarazione rilasciata dalla banca cedente del 5 luglio 2023 -*, o in tutte quelle ipotesi in cui il predetto documento è *“sottoscritto da soggetto le cui funzioni non vengono specificate, oltre che in assenza di una chiara indicazione dei poteri in forza dei quali il sottoscrittore agisce”*¹⁶.

Del resto, come correttamente evidenziato da un autore, *“permettere che una sola delle parti del rapporto trilaterale, (cedente-cessionario-debitore) possa unilateralmente "descrivere" l’inclusione dei rapporti ceduti, costituisce una forzatura del principio del contraddittorio e della disponibilità della prova da parte del giudice”*¹⁷.

¹⁵ Cfr.: Cass. Civ., ord. n. 10200/2021.

¹⁶ Cfr.: Trib. di Rovigo, sent. n. 156/23, cit.

¹⁷ Cfr.: F. OLIVIERI, *“Prova della cartolarizzazione: critica al nuovo orientamento”* su <https://www.studiocataldi.it/articoli>.

2. Sulla violazione della normativa antitrust delle fideiussioni specifiche su modello ABI. Le tesi opposte della giurisprudenza di merito e l'importanza delle “giuste” allegazioni.

Il Tribunale sardo prende posizione anche rispetto all'altra dibattuta questione, riguardante l'estensione della nullità Antitrust alle fideiussioni specifiche modello ABI.

Infatti, come è stato autorevolmente osservato, tale “*questione (...) assomiglia, sempre di più, al celebre nodo di Gordio, dato che la, pur vasta, giurisprudenza formatasi negli ultimi anni non è ancora giunta ad una soluzione*”¹⁸.

L'unica che potrebbe sciogliere tale nodo è la Corte di Cassazione che, allo stato, non si è ancora pronunciata espressamente su questo specifico argomento.

Nell'attesa, la giurisprudenza di merito, sempre più spesso chiamata ad esprimersi su questo tema, si muove in ordine sparso, dividendosi “*fra chi (...) ritiene che le fideiussioni specifiche non sono oggetto del provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia, e chi (...) ritiene, invece, che gli effetti di tale provvedimento si estendono anche alle fideiussioni specifiche*”¹⁹.

• LE INTERPRETAZIONI ‘RESTRITTIVE’. LA TESI SECONDO CUI LA NULLITÀ COLPISCE SOLO LE FIDEIUSSIONI OMNIBUS.

I fautori dell'orientamento restrittivo, sostengono che “*il contratto costituente un'ipotesi di fideiussione specifica non rientra nell'ambito di applicazione del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, che ha dichiarato la contrarietà alla L. n. 287/90 degli artt. 2, 6, 8 dello schema ABI del 2002*”²⁰.

Secondo questa tesi, **tale provvedimento farebbe, infatti, “esplicito ed univoco riferimento esclusivamente allo schema della fideiussione caratterizzato dalla c.d. clausola omnibus, e non è automaticamente estensibile alle fideiussioni**

¹⁸ M. SANGIORGIO “*Schema ABI: questioni risolte e da risolvere dopo Cass. SS.UU. del 30 dicembre 2021*, Fascicolo 2/2023 - ISSN 2785-3004 - www.dirittodelrisparmio.it, e per un approfondimento si veda anche V. PISAPIA, *Nullità fideiussioni omnibus e specifiche*, pubbl. su <https://www.dirittobancario.it>.

¹⁹ M. SANGIORGIO “*Schema ABI: questioni risolte e da risolvere dopo Cass. SS.UU. del 30 dicembre 2021*, cit.

²⁰ Cfr.: Trib. di Napoli, sent. del 14 Marzo 2023. Nel senso di escludere le fideiussioni specifiche dalla tutela antitrust, si vedano anche, *ex multis*: Corte d'Appello di Milano, sent. 4 Maggio 2023; Trib. di Bologna, sent. n. 64/2022; Trib. di Pistoia, sent. n. 262/2022; Trib. di Roma, sent. n. 5384/2022; Trib. di Brescia, 29 luglio 2022, n. 2050; Trib. di Napoli, 24 maggio 2022, n. 5125, in www.dejure.it; Trib. di Roma, 29 aprile 2022, n. 6471, in www.dejure.it; Corte d'App. Milano, 22 luglio 2020, n. 1963; Trib. di Pescara, sent. n. 956/2020; Trib. di Milano, 21 luglio 2020, n. 4502; Trib. di Livorno n. 151 del 14.02.2020; Trib. di Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16.06.2020.

specifiche attesa la diversa tipologia e finalità che connota e distingue le due figure di contratto di garanzia e stante la necessità di tutelare il cliente/utente dal rischio di posizioni predominanti ed anticoncorrenziali nel caso di rilascio di garanzie aperte ed omnicomprendenti cd. omnibus volte a garantire a tutte le obbligazioni contratte dal debitore, presenti ed anche quelle future”²¹.

Secondo questo filone interpretativo, l’opposta “*tesi secondo cui la nullità può colpire anche le fideiussioni specifiche riproducenti lo schema ABI relativo alla fideiussione omnibus, ai sensi dell’art. 2 della L. n. 287/90 e ciò a prescindere dal provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005*”, sarebbe “*un’enuciiazione astratta, che richiama il principio generale di cui all’art. 2 l. n. 287/90, ma che va valutata con riferimento alle singole fattispecie concrete, in cui deve essere fornita dall’attore ex art. 2697 c.c. la prova dell’intesa anticoncorrenziale illecita da cui discendono gli effetti della nullità sui contratti “a valle”. Al riguardo, non è sufficiente l’allegazione di moduli contenenti le clausole censurate, predisposte da vari istituti di credito al fine dell’assolvimento della prova dell’illiceità dell’intesa “a monte”, in quanto la standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali, né costituisce elemento dirimente per accertare l’accordo illecito tra gli istituti di credito”²².*

- **LA TESI SECONDO CUI LE FIDEIUSSIONI SPECIFICHE SONO ESCLUSE, “SALVO PROVA CONTRARIA”²³.**

Tuttavia, anche all’interno della giurisprudenza che segue quest’interpretazione restrittiva, si registrano delle “aperture”.

La giurisprudenza di merito maggioritaria, attualmente, infatti, “*non esclude*” più, a priori, che anche il contenuto delle fideiussioni specifiche “*possa esser stato determinato da intese anticoncorrenziali intervenute a monte con altri istituti di credito*”²⁴.

Invero, pur ribadendo che tale tipologia contrattuale è **al di fuori del perimetro** dell’accertamento condotto da Banca d’Italia con il noto **provvedimento n. 55/2005** e, pertanto, **non vige la presunzione che detta garanzia rappresenti il frutto di un’intesa**

²¹ Cfr.: Corte d’Appello di Milano sentenza del 4 ottobre 2022, n. 3082.

²² Cfr. Trib. di Napoli. 4 Aprile 2023; Trib. di Napoli, sent. del 22 Febbraio 2023, in <https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/>; Trib. di Vicenza, sent. n. 707/2022 del 22.4.2022; Trib. Milano, 6 settembre 2022, n. 7015. Cfr. anche Trib. Milano, 21 giugno 2022, n. 5481, in *dejure.it*.

²³ Cfr.: Trib. Milano, Sez. XIV, 18 settembre 2023, pubbl. su questa rivista con nota di A. ZURLO “*La fideiussione specifica non viola la normativa antitrust (salvo prova contraria)*”. Trib. di Modena sent. n. 175/2023 del 01 febbraio 2023;

²⁴ Cfr.: Trib. di Prato, sent. n. 28 del 16/01/2021.

vietata, tuttavia l'azione di nullità in parola viene configurata quale azione *stand alone*²⁵.

Di fatto, l'organo giudicante dovrà, necessariamente, “verificare quali fossero, all'epoca della stipulazione del contratto (...), gli elementi presuntivi in ordine all'esistenza di un'intesa illecita tra Istituti di credito, in violazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza e del mercato dei contratti di fideiussione (...), considerato che la mera standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali”²⁶.

In altre parole, sarà **onere del garante dimostrare che c'è stata un'intesa antitrust illecita avente per oggetto tale tipologia di fideiussioni e che tale intesa si è riflessa anche sulla validità di quella da lui rilasciata.**

È evidente che tale prova non è di facile assolvimento. Non è semplice, infatti, per il singolo garante reperire, per poi produrre in giudizio, un numero “significativo” di fideiussioni specifiche, rilasciate da varie banche, omogeneamente distribuite sull'intero territorio nazionale, sia prima, sia dopo il Provvedimento 55/2005, tra cui un numero non indifferente, coeve a quelle di cui si chiede la nullità.

Tuttavia, tale difficoltà potrà essere superata attraverso un'**istanza di esibizione, ex art. 210 c.p.c., del modulo standard per le fideiussioni specifiche “utilizzato da un campione significativo di banche presenti in ampia parte del territorio nazionale in epoca coeva a quella della stipulazione delle garanzie per cui è causa, richiesta ritenuta.**

Tale istanza, infatti, attualmente, è ritenuta, da gran parte della giurisprudenza, “ammissibile e rilevante”, ai fini di dar prova che vi sarebbe stata un'intesa *antitrust* illecita avente per oggetto le fideiussioni specifiche azionate²⁷.

Non bisogna dimenticare, infatti, che, come ha evidenziato la Suprema Corte, “**il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza (nelle ipotesi di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2 e segg.), tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso**

²⁵ Cfr. Trib. di Milano, 3 ottobre 2023, n. 7526.

²⁶ Cfr. Trib. di Milano, 3 ottobre 2023, n. 7526, cit. Sul punto si veda, anche, Trib. di Napoli, del 02 Agosto 2022 n. 7627; Trib. di Modena sent. n. 175/2023 del 01 febbraio 2023.

²⁷ Cfr. Trib. di Roma, Sez. Imprese, sent. n. 10184 del 27.06.2023 che richiama Cass. Sez. I, sent. n. 13846/2019.

alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza”.

E, sempre secondo gli Ermellini, **quest’obiettivo “può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del Reg. CE n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale”²⁸.**

- **LA TESI SECONDO CUI LE FIDEIUSSIONI SPECIFICHE CONFORMI ALLO SCHEMA ABI SAREBBERO, PER CIÒ SOLO, NULLE.**

Una **parte minoritaria della giurisprudenza**, tuttavia, non ritiene “*condivisibile la tesi secondo cui l’operatività della invalidità di cui si discute sia limitata alle sole fideiussioni omnibus cui farebbe riferimento il provvedimento della Banca d’Italia*”²⁹.

Secondo questa scuola di pensiero, dalla lettura della sentenza **delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 41994/21** si evincerebbe “*che ciò che comporta la nullità parziale della fideiussione a valle non è l’ascrivibilità del contratto all’una o all’altra categoria negoziale di garanzia, né la deroga o meno alle clausole tipiche di siffatti negozi, ma solo ed esclusivamente l’aderenza del contratto a valle allo schema contrattuale ABI ritenuto frutto di accordo illecito anticoncorrenziale da parte di Banca d’Italia*”³⁰.

²⁸ Si veda Cass., n. 11564/2015, Pres. Rordorf. Sull’argomento si veda anche M.L. FICOLA: *La tutela antitrust sulle fideiussioni schema ABI non è una corsa ad ostacoli, nota di commento a sentenza n. 10184/2023 Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di imprese*, pubbl. su <https://fideiussioninulle.it/>.

²⁹ Cfr.: Trib. di Torino, 7 ottobre 2022, n. 3897, Est. La Manna.

³⁰ Cfr.: Trib. Alessandria, 16 marzo 2022, in www.dirittodelrisparmio.it; si veda Trib. di Lanciano, sent. n. 317 del 18.09.2023 che ha affermato che “*Ai fini dell’affermazione della nullità della clausola derogatoria dell’art. 1957 c.c. è del tutto irrilevante la qualificazione della garanzia prestata dall’opponente come fideiussione specifica o fideiussione omnibus*”.

In altri termini, secondo i fautori di tale tesi, **“il principio espresso costituisce un principio di carattere generale che non è legato alle specifiche caratteristiche della fideiussione omnibus ma è estensibile anche alle ordinarie fideiussioni”**³¹.

Pertanto, secondo questa tesi interpretativa, **laddove, la fideiussione, sia essa omnibus o specifica, sia stata prestata “mediante sottoscrizione di un modulo utilizzato dall’istituto di credito contenente tutte le clausole censurate siccome lesive della concorrenza” essa si “deve ritenere affette da nullità parziale, essendo il giudice chiamato a valutare solo se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva”**³².

- **LA TESI SULL’ “INCERTA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ESPRESSI DALLE SS UU ANCHE ALLE FIDEIUSSIONI SPECIFICHE”.**

In questo variegato quadro interpretativo si inserisce, infine, anche l’interpretazione data da alcuni giudici di merito che, in considerazione della **“incerta l’applicazione anche alla fideiussione specifica dei principi di recente espressi dalle SS.UU. in punto di nullità della fideiussione contenente clausole conformi al modello ABP”**, hanno, comunque, accolto una domanda di sospensione del titolo esecutivo azionato sulla base di una fideiussione specifica³³.

Al di là dell’adesione all’una o all’altra tesi interpretativa, è evidente che tutto finisce per ruotare intorno all’onere di allegazione e prova.

Infatti, **“i poteri officiosi del Tribunale necessitano quantomeno di deduzioni specifiche della parte, in ordine al perimetro dell’intesa illecita, essendo, in ogni caso,**

³¹ Trib. di Torino, 7 ottobre 2022, n. 3897, cit., in cui si sottolinea anche che *“il mero invio di una diffida, come rilevato in più occasioni dalla Corte di Cassazione, non può essere intesa quale istanza ai sensi dell’art. 1957 c.c.”*; Trib. Alessandria, 16 marzo 2022, cit.; Trib. di Lanciano, sent. n. 317 del 18.09.2023 che ha affermato che *“Ai fini dell’affermazione della nullità della clausola derogatoria dell’art. 1957 c.c. è del tutto irrilevante la qualificazione della garanzia prestata dall’opponente come fideiussione specifica o fideiussione omnibus”*; Trib. Roma, Sez. XVII (ex IX) Imprese, sent. n. 10206 de 24/06/2022 e si veda anche Trib. ordinario di Roma, Sez. XVII (ex IX) imprese, sent. del 31 marzo 2023.

³² Si veda: Trib. Roma, Sez. XVII (ex IX) Imprese, sent. n. 10206 del 24/06/2022, cit.

³³ Cfr. Trib. Spoleto, 22 febbraio 2022, in *www.dirittodelrisparmio.it*; Trib. di Forlì, 16 maggio 2022, n. 486, Est. Picci.

*tali poteri limitati nell'ambito della domanda della parte, come prospettata con le relative deduzioni difensive*³⁴.

Né si può soprassedere sul fatto che, ormai, **la giurisprudenza di merito maggioritaria configura l'azione del garante di una fideiussione specifica quale azione stand alone**. Pertanto, come è stato evidenziato da un Autore, *“sarebbe (...) un errore, sul piano dell'allegazione, limitarsi a dedurre la conformità di una fideiussione specifica al modello ABI censurato dall'Antitrust, dovendosi, al contrario, ancor prima di provare, allegare l'esistenza di un'ulteriore e distinta intesa riguardante il mercato delle fideiussioni specifiche. In altre parole, nei riguardi delle fideiussioni specifiche, occorre allegare in giudizio un'autonoma fattispecie anticoncorrenziale afferenti le condizioni contrattuali delle fideiussioni specifiche*³⁵.

Errore in cui non è incorsa la difesa dei garanti nel caso specifico oggetto del provvedimento in commento.

Parte opponente, infatti, **saggiamente**, non ha fondato le proprie difese solamente sul provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia, ma **ha dimostrato ex novo l'esistenza di un autonomo cartello anche per le fideiussioni specifiche, producendo un cospicuo numero di copie di fideiussioni specifiche, rilasciate da varie banche, omogeneamente distribuite sull'intero territorio nazionale, sia prima, sia dopo il Provvedimento 55/2005, tra cui un numero non indifferente, coeve a quelle poste a base dell'ingiunzione ai garanti**.

L'esame di tale documentazione ha consentito all'organo giudicante di verificare che, nel periodo in cui era stata emessa la fideiussione azionata col decreto ingiuntivo opposto, esisteva un uso uniforme da parte delle banche di uno schema di fideiussione specifica che comprendeva tutte e le tre clausole incriminate e cioè la clausola di reviviscenza, la deroga all'art. 1957 c.c. e la clausola di sopravvivenza³⁶.

Di conseguenza, il Giudice ha **ritenuto fondata “l'eccezione (...) di nullità della clausola di esonero dalla decadenza ex art. 1957 cc. pur effettuata all'interno di fideiussioni specifiche, giacché - in questa fase sostanzialmente cautelare - le produzioni delle opposenti danno sufficiente riscontro della diffusione, anche con riferimento a quel tipo di**

³⁴ Cfr.: Trib. di Milano Sent. del 18 settembre 2023 su <https://www.dirittodelrisparmio.it/2023/10/10>.

³⁵ Cfr. M. SANGIORGIO “*Schema ABI: questioni risolte e da risolvere dopo cass. s.u. del 30 dicembre 2021*, Fascicolo 2/2023 - ISSN 2785-3004 - www.dirittodelrisparmio.it.

³⁶ Si veda: Trib. di Milano, Ord., del 30/10/2023, Est. Dott. S. Tarantola - Rg 13577/22.

garanzia, delle clausole che violano la normativa di cui alla legge antitrust n. 287/1990

³⁷.

E, si sa, come sottolineato recentemente dal Tribunale di Lanciano, che **“notevole rilievo assume la declaratoria di nullità della clausola contenente la deroga alla disciplina dell’art. 1957 c.c. sul termine (semestrale) per l’attivazione della garanzia fideiussoria ad opera dell’opposta: tale termine è di decadenza (e non di prescrizione) e la sua mancata osservanza comporta l’inefficacia della garanzia fideiussoria e la sua estinzione: è pur vero che si tratta di norma derogabile, ma è anche vero che nel caso di specie la deroga è stata fissata in una clausola nulla per contrarietà a norme imperative (come deciso dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 29810/2017), di modo tale che la conseguente declaratoria di nullità della clausola contenuta nel contratto posto a base del decreto ingiuntivo opposto determina l’inefficacia della deroga medesima e la dichiarazione di estinzione della garanzia”**³⁸.

E, infatti, il Giudice sardo, rilevato **“che, nella fattispecie, alla dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine del 16 febbraio 2016 (...) ha fatto seguito - a tutto concedere - l’esecuzione promossa nell’anno 2017, ossia oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall’art. 1957 c.c.”**, ha dichiarato **l’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto nei soli confronti del debitore principale, respingendo, invece, la richiesta nei confronti dei garanti.**

In conclusione, alla difesa degli oppositori va il merito di aver assolto, saggiamente, il proprio onere probatorio in modo più che esaustivo. Al Giudice di Cagliari, il merito di aver reso effettiva, già in fase cautelare, la tutela richiesta dai garanti di una fideiussione specifica modello ABI.

³⁷ In termini più o meno analoghi, si veda anche un’altra pronuncia dello stesso tribunale sardo: Trib. di Cagliari, ord. del 8 novembre 2023, pubblicata sempre su questa rivista, con nota di A. DE BENEDETTIS.

³⁸ Cfr. Trib. di Lanciano, sent. n. 317/2023, cit.