



Diritto del
Risparmio

Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO V

FASCICOLO N. 3/2024

Settembre – Dicembre

Diretta da Fernando GRECO

ISSN 2785-3004

www.dirittodelrisparmio.it

Rivista di Diritto del Risparmio

**Rivista quadrimestrale
di dottrina e giurisprudenza commentata**

Anno V

**Fascicolo N° 3 – 2024
settembre – dicembre**

ISSN 2785 -3004

DIREZIONE

Prof. Fernando Greco (Direttore Scientifico), Prof. Giuseppe Recinto, Prof. Massimo Proto, Cons. Prof.ssa Marilena Gorgoni, Prof. Tommaso Vito Russo, Prof. Pietro Marchetti, Prof. Francesco Accettella, Prof. Giovanni Pellerino, Prof. Francesco Porcari.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Claudio Colombo, Prof. Vincenzo Cesaro, Cons. Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof.ssa Paola Schwizer, Prof. Andrea Nervi, Prof. Mauro Paladini, Prof. Andrea Tina, Prof. Daniele Maffei, Prof. Claudio Scognamiglio, Prof. Carlo Pilia, Prof.ssa Lucilla Gatt, Prof.ssa Valentina Piccinini, Prof. Paolo Cucurachi, Prof. Gianfranco Liace, Prof. Andrea Barengi, Prof. Emilio Tosi, Prof.ssa Bárbara de la Vega Justrubó, Prof. José Leyva Saavedra.

COMITATO EDITORIALE

Prof. Stefano Cherti, Prof.ssa Francesca Dell'Anna Misurale, Prof.ssa Giovanna D'Alfonso, Prof.ssa Benedetta Sirgiovanni, Prof. Antonio De Mauro, Prof.ssa Carmen Perago, Prof. Salvatore De Vitis, Prof. Federico Raffaele, Prof. Vincenzo Farina, Dott. Sebastiano Costa, Dott.ssa Clara Barbiani, Dott. Mario Manna, Dott.ssa Nadia Denisi, Dott.ssa Francesca Buttazzo, Dott.ssa Laura Albanese, Dott. Marco Chironi, Dott. Antonio Zurlo, Dott. Michael Lecci, Dott. Enrico Pulieri, Dott.ssa Benedetta Coluccia

COORDINAMENTO EDITORIALE

Dott. Antonio Zurlo

GUIDELINE PER LA VALUTAZIONE E PUBBLICAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi pubblicati sulla Rivista di Diritto del Risparmio sono selezionati in ossequio alle norme del Regolamento. Tutti i contenuti sono preliminarmente valutati dalla Direzione e dal Comitato Editoriale e, quindi, sottoposti a procedimento di revisione a doppio cieco in forma anonima (c.d. *double blind peer review*). Ogni contributo anonimizzato viene trasmesso per la valutazione e revisione a un Componente del Comitato scientifico e a un accademico esterno. La valutazione finale viene trasmessa all'Autore del contributo, previa rimozione del nome dei valutatori.

Qualora i valutatori suggeriscano delle modifiche il Comitato Editoriale si accerta che l'Autore abbia apportato le modifiche suggerite. In caso di valutazioni contrastanti la Direzione si assume la responsabilità della decisione finale. In caso di valutazioni negative il contributo viene rifiutato.

RIVISTA DI DIRITTO DEL RISPARMIO

Fascicolo N° 3 – 2024

settembre – dicembre

INDICE

RIVISTA	
V. Troianelli , <i>Crisi bancarie: tra intervento pubblico e privato</i>	2
M. L. Ficola , <i>Il cartello contrattuale sulla fideiussione per operazioni di credito. Il vaglio delle questioni sorte (o diversamente “risorte”) sotto la lente del diritto unionale e del principio di effettività.</i>	24
APPROFONDIMENTI	
V. Vecchi , <i>Le cessioni di crediti bancari: questioni aperte e rimedi giurisprudenziali</i>	75
M. Mandico , <i>La moratoria nel Piano di Ristrutturazione dei Debiti del Consumatore dopo il Correttivo ter: ammissibilità dei piani di rientro a lungo termine alla luce della nuova normativa e della giurisprudenza.</i>	85
V. V. Loi , <i>Fideiussione o contratto autonomo di garanzia? Continua lo scontro interpretativo sulla “bastevolezza” della clausola di pagamento “a prima richiesta”.</i>	93
G. L. De Angelis , <i>La nullità delle fideiussioni bancarie (da quelle omnibus a quelle specifiche) per violazione della normativa antitrust e la distribuzione dell’onere probatorio tra le parti in causa</i>	117

Rivista

Crisi bancarie: tra intervento pubblico e privato.

Di Virginia Troianelli

The lack in EU countries of a comprehensive system for managing the resolution and restructuring of banks in crisis contributed to the establishment of the second pillar of the Banking Union, dedicated to crisis management of banks in the euro area, as well as to the issuance of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD), containing European principles for bank crisis management. After analysing the reference legislation, the article analyses some Italian experiences of bank 'rescue'.

La mancanza nei Paesi UE di un compiuto sistema di gestione della risoluzione e ristrutturazione delle banche in crisi ha contribuito alla istituzione del secondo pilastro dell'Unione bancaria, dedicata alla gestione delle crisi delle banche nell'area euro, nonché all'emanazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (BRRD), contenente i principi europei per la gestione delle crisi bancarie. Dopo l'analisi della normativa di riferimento, l'articolo analizza alcune esperienze italiane di "salvataggio" bancario.

SOMMARIO: 1. L'Unione bancaria europea e la *Bank Recovery and Resolution Directive*. – 1.1. La procedura di risoluzione e gli strumenti per la gestione delle crisi: il *bail-in*. – 1.2. Il rapporto tra gli aiuti di Stato e la disciplina europea sulla risoluzione delle banche in crisi. – 2. Un approccio empirico: le banche italiane. – 2.1. Le quattro banche. – 2.2. Le banche venete.

1. L'Unione bancaria europea e la *Bank Recovery and Resolution Directive*.

Le crisi susseguitesi nel corso degli anni, il persistente obiettivo europeo della salvaguardia della solidità del sistema bancario e del raggiungimento di una stabilità finanziaria collettiva e la volontà di ripristinare la fiducia nell'euro, scalfita a seguito della crisi dei debiti sovrani, hanno portato, nel giugno 2012, i Paesi europei a firmare l'accordo costitutivo dell'Unione bancaria (*Banking Union*). Questo accordo tra le Nazioni partecipanti all'Unione monetaria (e gli altri Stati che intendano aderire con accordi di cooperazione rafforzata) è stato un evento politicamente importante, in quanto uno dei progressi più significativi che i Paesi abbiano fatto in un'ottica di vera unità europea, considerato che *“in una visione di lungo periodo, il progetto mira alla realizzazione di un'integrazione economica e fiscale in Europa”*. Ogni Stato ha così abbandonato ufficialmente la propria sovranità in un campo strategico dell'economia e nella vita di un Paese, riconoscendo alla Banca Centrale Europea il potere di emanare degli atti immediatamente e automaticamente efficaci nel territorio statale e realizzare un accentramento della supervisione e gestione delle crisi bancarie in capo all'Europa².

Nel proporre tale progetto *“la Commissione ha sostenuto l'idea che in un ambito di paesi aventi una moneta unica è importante accentrare anche le competenze di supervisione sulle banche. Come sottolineato anche dalla Bce, infatti, la persistente frammentazione del sistema bancario europeo rendeva poco efficace la trasmissione degli impulsi di politica*

¹ C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3^o edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.138. Cfr. anche CONSIGLIO EUROPEO, *Verso un'autentica unione economica e monetaria. Relazione del presidente del Consiglio europeo Herman Van Rompuy*, EUCO 120, 2012

² C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3^o edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.139; M.P. CHITI, V. SANTORO, *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Giuridica, 2016. *“Con la riforma si è cercato, inoltre, di restituire stabilità al sistema, mediante un accentramento dei poteri e compiti in capo ad autorità europee, al fine di prevenire e risolvere i rischi di crisi del mercato finanziario, con regole unitarie, prassi comuni e strumenti uniformi”*. M. MACCHIA, D. SCICCHITANO, *Le nuove figure di composizione amministrativa: l'Unione bancaria*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, Il Mulino, 2017, p.90. Gli atti adottati dalla Bce e dalle agenzie europee, in quanto provvedimenti con effetto immediato e automatico nel territorio nazionale possono essere impugnati solamente di fronte alla Corte di giustizia europea, *ex art.263 TFUE*, o facendo ricorso ai meccanismi di revisione interni alla Bce, come la Commissione amministrativa interna per i ricorsi per gli atti adottati dal Comitato unico di risoluzione. *Ivi*, p.110.

monetaria all'economia reale nell'area dell'euro"³ e si è pertanto optato per una proposta basata su tre pilastri funzionalmente collegati tra loro: un Meccanismo unico di vigilanza (Muv) (*Single Supervisory Mechanism- Ssm*), che trova la propria base giuridica nell'art.127, par.6 TFUE e che prevede che alla Bce siano affidati poteri di supervisione sulle banche più rilevanti dei Paesi dell'area euro, essendole attribuiti poteri di vigilanza prudenziale⁴; un Meccanismo unico di risoluzione (Mur) (*Single Resolution Mechanism- Srm*), dedicato a disciplinare la materia della gestione delle crisi bancarie nei Paesi dell'area euro; un'armonizzazione e rafforzamento dei sistemi garanzia dei depositi (*European Deposit Insurance Scheme- Edis*).

Il progetto è stato integralmente compiuto con l'adozione di una pluralità di atti: la creazione del Muv è stata realizzata con l'approvazione del Regolamento Ue n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013⁵, con il regolamento Ue n. 806/2014 del 15 luglio 2014 si sono attribuiti al Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board- Srb*)⁶ i compiti rilevanti per la gestione delle crisi delle banche

³ C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.138

⁴ Art.127, par.6 TFUE "Il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione". La soluzione di fondare il primo pilastro su questa base normativa è stata, in qualche modo, intesa come scelta obbligata e conforme ai principi stabiliti dalla dottrina Meroni. Sull'argomento cfr. M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, vol. 19, n. 3, 2013, pp. 975-1010.

⁵ Il primo pilastro dell'Unione Bancaria consiste in un meccanismo di vigilanza bancaria basato sulla cooperazione rafforzata tra la Bce e le autorità nazionali competenti (Anc). La collaborazione è evidente non solo dai compiti di vigilanza diretta che le Anc compiono sugli intermediari di piccole dimensioni su delega della Bce (mentre la vigilanza sulle banche di dimensioni maggiori è compiuta direttamente dall'Europa), ma altresì dal fatto che un rappresentante delle Anc di ogni Stato membro partecipante partecipi al Consiglio di vigilanza (l'organo decisionale appositamente creato in materia di vigilanza). Il Consiglio, oltre che dai rappresentanti delle Anc, è composto da un presidente, un vicepresidente e quattro rappresentanti della Bce; seppur il ruolo del Consiglio sia centrale, nel rispetto del diritto europeo, la parola finale sulle decisioni adottate è lasciata al Consiglio direttivo della Bce, attraverso un meccanismo di silenzio-assenso. M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, vol. 64, n. 2, 2016, pp. 367-402; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, pp.153-164; M. MACCHIA, D. SCICCHITANO, *Le nuove figure di composizione amministrativa: l'Unione bancaria*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp.91-94.

⁶ Il Comitato di risoluzione unico è qualificato come agenzia dell'Unione europea e dotato di personalità giuridica, che può stare processualmente in giudizio in ciascuno Stato e gode della più ampia capacità giuridica. È un'agenzia "atipica" in quanto, a differenza delle altre che predispongono regole comuni o implementano atti legislativi, ha poteri diretti in grado di fargli adottare misure discrezionali a carattere individuale, dispone degli strumenti per intervenire in maniera tempestiva e rapida rispetto ad una banca in crisi o in dissesto al fine di garantire la continuità delle funzioni bancarie e limitare l'impatto di un eventuale dissesto sul sistema finanziario, ha compiti di vigilanza e monitoraggio prodromici alla verifica dello stato di dissesto: "è, in sostanza, un vero e proprio decision-making body". *Ivi*, p.108.

nell'area dell'euro, infine con la direttiva 49/2014 Ue si è istituito il terzo pilastro. Tuttavia, per quest'ultimo, è mancante un vero e proprio meccanismo unico, non essendo stato raggiunto ancora un accordo politico tra la parti⁷, differentemente da quanto accaduto per i primi due pilastri, dove il termine “meccanismo” è stato utilizzato per intendere la presenza di un soggetto europeo responsabile (la Bce), che però non può operare autonomamente, ma deve necessariamente coordinarsi e collaborare con le autorità nazionali⁸.

In particolar modo, il secondo pilastro dell'Unione bancaria ha avuto un impatto dirompente. Esso ha modificato la capacità di risposta rispetto ad un'eventuale crisi bancaria cercando di costruire un sistema unitario sovranazionale capace sia di scongiurare il contagio tra gli enti di credito che porterebbe ad una crisi sistemica sia, al contempo, di salvaguardare i risparmi e garantire la continuità bancaria delle funzioni creditizie essenziali⁹. Il Mur, nel disciplinare la propria materia, ha dovuto tener conto di due particolari elementi caratterizzanti il settore: il fatto che ogni Paese avesse un proprio modo di approcciarsi alle crisi bancarie, intendendo con ciò che non tutti gli Stati fossero dotati di una disciplina per gestire la crisi e che, nei casi in cui ne erano provvisti, queste erano differenti tra loro, e che, dopo il periodo di grande permissività degli aiuti di Stato nel periodo del 2008-2009, le deroghe al divieto di aiuti di Stato erano diventate più limitate nel 2013.

Nel 2014 l'Europa ha cercato di affrontare i problemi in maniera generalizzata, non limitandosi all'area Euro. Per tale motivo, ha emanato, oltre al regolamento Ue n. 806/2014, che istituisce ufficialmente il meccanismo di risoluzione unico delle banche e un Fondo di risoluzione unico volto a consentire il finanziamento delle azioni di risoluzione per la parte delle perdite che non possono essere coperte

⁷ Il sistema di assicurazione dei depositi ha l'obiettivo di tutelare i risparmiatori e rassicurarli sul fatto che, in occasione di una crisi, i loro depositi, fino alla soglia dei centomila euro, saranno rimborsati, evitando in questo modo il rischio della corsa agli sportelli. La direttiva 214/49/UE ha reso possibile un'armonizzazione tra i diversi meccanismi di garanzia dei depositi nazionali, ma non è stata in grado di istituire un modello unico di garanzia a livello europeo a causa della mancanza di un accordo politico tra gli Stati membri (la posizione della Germania è stata determinante nel dibattito). Sul tema cfr. *ivi*, pp.118-121; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.298 ss; M. DE BELLIS, *Unione bancaria e assicurazione dei depositi*, in A. DEL VECCHIO E P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, Cacucci, 2016, pp. 253-275.

⁸ Da un punto di vista amministrativo un sistema così delineato può definirsi “composito” poiché composto da una molteplicità di autorità, di livelli ordinamentali differenti, che cooperano creando modelli di composizione sul piano organizzativo e su quello funzionale. M. MACCHIA, D. SCICCHITANO, *Le nuove figure di composizione amministrativa: l'Unione bancaria*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, Il Mulino, 2017, p.91.

⁹ *Ivi*, p.106

da azionisti e creditori della banca in crisi, un *corpus* di regole molto ampio in materia di crisi composto dalla direttiva 2014/59 Ue, *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD)¹⁰, che stabilisce delle regole armonizzate per il risanamento e la risoluzione delle banche e delle imprese di investimento, e l'accordo intergovernativo del 21 maggio 2014, che disciplina il trasferimento e la mutualizzazione dei contributi al fondo di risoluzione unico.

In altre parole, quindi, in questo modo l'Europa *“istituisce un quadro omogeneo di regole per il risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, armonizza le norme nazionali e prevede sistemi di cooperazione tra autorità di vigilanza (in caso di dissesto di banche transfrontaliere)”*¹¹.

Specificatamente, la *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD) disciplina le crisi bancarie dal 1° gennaio 2015 di tutte le banche dell'Unione Europea. Tramite questo atto, così, viene affidata ad un'autorità amministrativa la gestione delle crisi bancarie (sia essa un'entità con già poteri di vigilanza oppure appositamente istituita), si prevede una procedura di risoluzione e, infine, si stabilisce che gli aiuti pubblici debbano essere l'ultima risorsa disponibile, potendosi concedere aiuti statali, derogando così all'art. 107 TFUE, solo dopo una ristrutturazione dell'impresa ed esclusivamente a seguito dell'applicazione dello strumento del *bail-in*¹².

1.1. La procedura di risoluzione e gli strumenti per la gestione delle crisi: il *bail-in*.

La procedura di risoluzione introdotta nel 2014 dalla BRRD è una procedura amministrativa tendente a finanziare la risoluzione per realizzare una gestione

¹⁰ Sul contenuto della Direttiva e le sue implicazioni cfr., tra gli altri, R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.29 ss; A. MIGLIONICO, *The precautionary recapitalisation of failing banks: the undefined distinction between G-SIBs and D-SIBs*, in *Contr. Impresa / Eur.*, n.1, 2018; R. LENER, *Profili problematici delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018; V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?* in *Merc. Conc. Reg.*, fasc. 2, 2016; G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, pp.213-217; G.W. ROMAGNO, *Considerazioni in tema di principi e obiettivi della direttiva 2014/59/ue (bank recovery and resolution directive) in raffronto col d.lgs. n. 180/2015*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2019.

¹¹ M. MACCHIA, D. SCICCHITANO, *Le nuove figure di composizione amministrativa: l'Unione bancaria*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, Il Mulino, 2017, p.106.

¹² R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.29.

ordinata della crisi e garantire la continuità operativa senza cedere al caos, dove l'intervento pubblico è l'ultima soluzione.

Il presupposto per la sua applicazione è che vi sia una crisi e che la banca sia considerata in dissesto o quasi dissesto (*failing or likely to fail*)¹³ dall'autorità di vigilanza competente (la Bce per le banche "significative" e l'autorità nazionale, Anc, per le banche "meno significative"¹⁴)¹⁵. Di fronte ad una situazione critica, l'autorità di vigilanza deve valutare se la riduzione o la conversione di azioni o altri strumenti di capitale della banca siano in grado di rimediare allo stato di dissesto¹⁶. Nell'ipotesi in cui la scelta del "*write down* risolutivo" sia esclusa, per attivare le procedure di gestione della crisi, allo stato di dissesto dell'ente, si aggiunge che l'Autorità di risoluzione (il Srb per banche *significant*, per le banche meno significative assoggettate alla vigilanza della Bce, i gruppi transfrontalieri e gli enti per i quali è richiesto il Fondo unico, mentre è competenza dell'autorità di risoluzione nazionale per le restanti) debba aver verificato la sussistenza di altri due requisiti: la mancanza di soluzioni private alternative (come la ricapitalizzazione da parte degli azionisti oppure l'acquisto della banca da parte un soggetto terzo) in grado di rimediare al dissesto ed impedire il fallimento della banca in un ragionevole lasso di tempo, e l'esistenza, secondo una valutazione ampiamente discrezionale dell'Autorità, di un effetto sistemico della crisi¹⁷,

¹³ La nozione di "dissesto" risulta essere più ampia rispetto a quella di "insolvenza" utilizzata dalla disciplina italiana nell'indicare i presupposti delle procedure fallimentari delle imprese. Una banca si considera in dissesto quando: *a*) vi sono delle violazioni di norme; *b*) le perdite patrimoniali sono di grave eccezionalità; *c*) le attività sono inferiori rispetto alle passività; *d*) la banca non è in grado di pagare i suoi debiti alla scadenza; *e*) le situazioni elencate precedentemente si realizzano nel prossimo futuro; *f*) viene prevista l'erogazione di un sostegno pubblico straordinario. Cfr. G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *AGE*, fasc. 2, 2016. Sulla nozione di insolvenza bancaria cfr. B. ARMELI, *L'insolvenza della banca*, in *Il Fallimentarista*, 2015, p.6 ss.

¹⁴ I criteri per operare una distinzione tra banche "significative" e banche "meno significative" sono esposti nell'art.6, par.6 del Reg.Ue n. 1024/2013.

¹⁵ L'art.18, par.1 del regolamento sul Mvu, riserva la valutazione sul rischio del dissesto alla sola Bce, senza alcuna distinzione tra banche "significative" o "meno significative". Considerato che il regolamento è immediatamente applicabile nell'ordinamento italiano, pertanto, questa decisione risulta spettare solo alla Bce per tutte le banche, con la sola distinzione che l'Organo deve consultare il Comitato per le banche "significative" o la Banca d'Italia, se si tratta delle banche "meno significative". C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.288.

¹⁶ Questa scelta, nota come "*write down* risolutivo", che permette di ricapitalizzare la banca, è simile al *bail-in* adottato durante la procedura di risoluzione, ma se ne differenzia sia perché può essere adottata prima dell'inizio di quest'ultima procedura, sia perché riguarda solo gli azionisti e altri portatori di strumenti di capitale e può essere attuata solo al fine di superare il dissesto. *Ivi*, p.287.

¹⁷ La Direttiva distingue chiaramente tra crisi di un singolo istituto e crisi sistemica, ritenendo sussistente quest'ultima solo nell'ipotesi in cui vi sia "*una perturbazione del sistema finanziario che*

assolutamente da evitare nell'interesse pubblico¹⁸. Da un punto di vista esterno, è possibile osservare come la procedura così introdotta si configuri come uno strumento del tutto residuale, utilizzabile soltanto in presenza di condizioni molto stringenti e destinato ad una stretta cerchia di soggetti: “*di fatto, l’attivazione della procedura di risoluzione è frutto di una valutazione complessa, in cui le autorità di vigilanza devono valutare quali siano gli strumenti più efficaci, nel caso concreto, soprattutto nell’ottica di evitare effetti negativi di carattere sistemico*”¹⁹.

Illustrato a quali condizioni si debba attivare la procedura di gestione della crisi delle banche, la disciplina europea prevede una speciale procedura di gestione: la risoluzione. Questa comprende un ventaglio di strumenti, da utilizzare singolarmente o congiuntamente, già utilizzati nel passato in alcuni ordinamenti per la gestione delle crisi del settore bancario, quali la cessione di attività e passività ad un ente ponte, come accaduto per il Banco di Napoli in Italia, e altresì strumenti completamente nuovi: precisamente il riferimento è alla vendita dell’attività d’impresa e alla separazione delle attività (*bad bank*)²⁰, oltre alla creazione di un ente ponte²¹ e al *bail-in*.

Quest’ultimo strumento innovativo di finanziamento delle operazioni di risoluzione prevede la possibilità di ridurre o convertire in capitale i diritti degli azionisti e successivamente²² dei creditori. Nel riprendere il concetto già anticipato nello strumento del *burden sharing*, e condividendo con quest’ultimo l’idea che lo

può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l’economia reale” (art.2, par.1, direttiva 2014/59/ UE).

¹⁸ La verifica della sussistenza di quest’ultimo requisito implica già una prima valutazione (*public interest test*) al fine di determinare se la procedura di risoluzione sia necessaria per perseguire almeno uno degli interessi fondamentali per l’Unione, come prevenire il contagio, tutelare i piccoli depositanti o garantire la continuità delle funzioni essenziali. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, pp.286-287.

¹⁹ *Ivi*, p.288

²⁰ La *bad bank* è uno strumento a cui ricorrono gli istituti di credito in difficoltà, i quali si “sdoppiano” e cedono parte del proprio portafoglio a nuovi veicoli societari, in modo tale che le banche possano depurarsi dalle perdite derivanti da crediti difficilmente esigibili, per poi retrocedere le somme ricavate retrocesse al Fondo di risoluzione. G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.5;

²¹ L’ente ponte è un veicolo societario a cui sono trasferiti beni e rapporti giuridici della banca sottoposta a risoluzione con l’obiettivo di mantenere la continuità delle sue funzioni essenziali; quando ricorrono condizioni di mercato adeguate, e cmq non oltre due anni, è prevista la cessione a terzi delle attività e delle passività dell’ente ponte. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, p.291

²² L’ordine gerarchico da dover rispettare nell’applicazione del *bail-in* dipende da principio *NCWO*, che rende possibile che venga seguito lo stesso ordine che si sarebbe dovuto rispettare nella procedura di liquidazione coatta amministrativa. *Ivi*, p.292. Cfr. anche C. V. GORTSOS, *Considerations on the application of the NCWO principle under the SRM Regulation*, in *EBI Working Paper Series*, n. 88, 2021, pp. 1-20.

Stato possa intervenire solo dopo che i privati abbiano contribuito a pagare le perdite, il *bail-in* persegue lo scopo di evitare forti distorsioni di sistema e, in particolare, che gli azionisti facciano investimenti eccessivamente rischiosi poiché certi che le eventuali perdite ricadranno solo sullo Stato. La decisione di adottare uno strumento più incisivo del precedente *burden sharing*, capace di coinvolgere azionisti e obbligazionisti subordinati, che interessi anche titolari di strumenti di investimento diversi dalle obbligazioni subordinate, correntisti e depositanti, al quale praticamente solo i piccoli risparmiatori con depositi inferiori a 100 mila euro potessero rimanere immuni (perché tutelati dal sistema di assicurazione depositi), è stata fondamentalmente dettata da una scelta di politica legislativa che ha preferito tutelare prima i contribuenti, quali fonte delle finanze pubbliche, e solo dopo gli investitori e i risparmiatori, trasferendo il rischio dai primi ai secondi e ammettendo l'idea che ora anche le banche possano fallire (idea del tutto innovativa rispetto al passato). D'altra parte però non si può negare che la tutela della stabilità finanziaria collettiva provochi le proprie esternalità negative sui depositanti, che si vedono ledere il proprio diritto di proprietà, e rischi di creare un panico finanziario pericoloso in grado di generare esso stesso instabilità²³.

1.2. Il rapporto tra gli aiuti di Stato e la disciplina europea sulla risoluzione delle banche in crisi.

La nuova struttura delineatasi nel 2014 traccia in maniera più certa i contorni di una materia che fino a prima era disciplinata dal flessibile art. 107 TFUE, motivo per cui “*the discipline of State aid finds ample room in Directive 2014/59/EU and in Reg. No. 806 of 2014*”²⁴. La Commissione, organo addetto alla valutazione della compatibilità del sostegno pubblico con il Trattato, risulta essere al contempo anche uno dei soggetti facenti parte del percorso decisionale della messa in risoluzione di una banca significativa. Difatti, è necessario l'assenso dell'Autorità della concorrenza alla proposta del Srb per poter effettivamente procedere alla

²³ C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3° edizione, Bologna, Il Mulino, 2020, pp.292-293; G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *AGE*, fasc. 2, 2016; A. GARDELLA, *Bail-In and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, D. BUSCH, G. FERRARINI (eds.), European Banking Union, Oxford University Press, 2015; R. LENER, *Profili problematici del bail-in*, in *FCHUB*, 2016; P. CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 4 ss.

²⁴ C. BRESCIA MORRA, *Management of banking crises and State aid in times of coronavirus*, in *EBI Working Paper Series*, n.81, 2021, p.7.

risoluzione della banca in caso di utilizzo di strumenti finanziari di stabilizzazione finanziaria pubblici, in caso di ricapitalizzazione precauzionale da parte di uno Stato membro e per ogni altro strumento, previsto dal piano di risoluzione, ravvisabile in un aiuto di Stato: *“se il piano di risoluzione prevede la concessione di aiuti di Stato, non si può procedere alla sua adozione fino a che la Commissione non abbia adottato una decisione espressa favorevole o condizionata in merito alla sua compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato”*²⁵.

L'ampia flessibilità della nozione di aiuto di Stato rende il ruolo della Commissione necessario per una valutazione sulla compatibilità con l'art.107 TFUE non solo quando vi è l'utilizzo di risorse pubbliche, ma anche in presenza di risorse provenienti dai fondi di risoluzione, in particolare dal Fondo di Risoluzione Unico, istituito dalla direttiva per i Paesi aderenti all'Unione bancaria, e dai Sistemi di Garanzia dei Depositi (Sgd). Difatti entrambi sono qualificabili come risorse finanziarie private, essendo finanziati dalle banche, ma l'Europa li fa rientrare nella nozione di aiuto di Stato in presenza di particolari condizioni²⁶.

Un punto di particolare commistione tra le due discipline è rappresentato dall'art.32 della direttiva, in particolare nel par.4, lett. d, quando il legislatore si dedica a specificare in quali ipotesi una banca si possa definire in dissesto o in quasi dissesto: a prescindere dalle eccezioni espressamente indicate in cui uno Stato pone in essere delle misure per rimediare a una grave perturbazione dell'economia e per preservare la stabilità finanziaria, un ente si considera *failing or likely to fail* se è necessitante di un intervento pubblico. Ciò determina, conseguentemente, che alla presenza di un intervento di *bail-out* si attivi la procedura di risoluzione o di liquidazione coatta amministrativa, così facendo *“questa norma rende impossibile gli aiuti pubblici per la ristrutturazione di una banca che, secondo l'art. 107(3)(c) del Trattato, possono essere considerati legittimi a certe condizioni dalla Commissione europea, come avvenuto in passato [...] Di fatto, la direttiva rende inapplicabile nel settore bancario una possibile deroga alla concessione degli aiuti di Stato, prevista dal Trattato, che continua ad essere applicata in qualsiasi altro settore industriale”*²⁷.

²⁵ C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banc. imp. soc.*, n.2, 2020, p.199.

²⁶ Cfr. *ivi*, pp.203-212; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2020.

²⁷ C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banc. imp. soc.*, n.2, 2020, p.199.

Definire in maniera chiara ed inequivocabile una materia che da sempre era stata molto altalenante ha determinato, in capo all'Europa, il dover operare un bilanciamento quanto più statico e certo tra interessi che risultano contrapposti durante la fase di risoluzione di una banca, e questa scelta appare evidente nel modo in cui è stato disciplinato il rapporto con gli aiuti di Stato. La scelta di politica legislativa compiuta dall'Europa è stata quella di mettere in prima fila la tutela della concorrenza e del mercato unico, anche se a discapito dell'altro interesse pubblico coinvolto, la tanto agognata stabilità finanziaria: *“si tratta della naturale conseguenza del compromesso politico raggiunto fra i Paesi membri negli anni post crisi, in cui si è valutato che i contribuenti avessero pagato un prezzo troppo alto per sanare le conseguenze dei fallimenti bancari.”*²⁸

Se da un lato tale decisione fornisce certezza, dall'altro preme sottolineare come la cristallizzazione di questa scelta potrebbe limitare la realizzazione dei cambiamenti necessari per fronteggiare particolari situazioni contingenti, come una nuova crisi finanziaria bisognosa di sostegni pubblici. Inoltre, la dottrina ha sottolineato come la scelta di privilegiare su tutto l'integrità del mercato unico non solo non trovi il fondamento giuridico nel Trattato, ma non sia neanche coerente con lo stesso e con l'art.107 TFUE. In primo luogo, l'art. 107 TFUE, par.3, lett. b) indica chiaramente come la valutazione sulla compatibilità degli aiuti di Stato destinati *“a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”* debba essere svolta dalla Commissione caso per caso, mentre i numerosi limiti introdotti fanno sì che la concessione di aiuti statali nella gestione delle crisi bancarie prescindano da una valutazione di quanto, nel caso concreto, gli aiuti abbiano un effetto distorsivo sulla concorrenza nel mercato unico e, in ciò, avversano con il dettato dell'art. 107 TFUE²⁹; in secondo luogo, nel nuovo impianto, si realizza un contrasto con le disposizioni in merito all'attribuzione e distribuzione delle competenze fra le diverse autorità; infine, risulta opportuno sottolineare che le scelte di campo in favore delle regole sul corretto funzionamento del mercato unico *“sembrano dettate più dall'obiettivo di dare prevalenza agli interessi dei contribuenti rispetto a quello dei risparmiatori, che da quello*

²⁸ *Ivi*, p.200

²⁹ *Ivi*, p.201; C. BRESCIA MORRA, *Management of banking crises and State aid in times of coronavirus*, in *EBI Working Paper Series*, n.81, 2021, p.9.

di tutela della concorrenza, evidenziando una commistione di obiettivi e poteri in capo alla Commissione a scapito della trasparenza dell'azione amministrativa"³⁰.

Complessivamente le conseguenze del nuovo approccio, recepite in Italia nel 2015 con due decreti legislativi, il n.180 (attuazione della Direttiva) e il n.181 (conseguenti modifiche al T.U.B. e T.U.I.F.), oltre a mettere le basi per il futuro quadro normativo, hanno manifestato la loro influenza in particolari occasioni, quali quelle verificatesi con le crisi che hanno colpito alcune banche italiane.

2. Un approccio empirico: le banche italiane

Dopo aver analizzato la teoria, appare opportuno approfondire più dettagliatamente in che modo tale impianto normativo si innesti con la realtà fattuale analizzando alcune esperienze di "salvataggio" bancario che hanno caratterizzato l'Italia.

Nonostante nel primo periodo, dopo il tracollo di Lehman Brothers, in Italia non ci siano stati interventi di salvataggio o di nazionalizzazione delle banche come accaduto in altri Paesi europei³¹, l'avanzare della crisi ai debiti sovrani e alle finanze pubbliche ha impattato pesantemente sulla situazione economica nazionale, aggravando le condizioni di quelle banche che hanno visto i propri equilibri finanziari diventare più precari, soprattutto a causa dell'aumento dei crediti deteriorati dovuto all'intensificarsi della crisi dell'economia reale e al moltiplicarsi dei fallimenti delle imprese industriali italiane³². Il motivo principale per cui si ritiene che le banche italiane abbiano risentito maggiormente della crisi del debito sovrano rispetto a quella del 2008 è che *"le banche italiane erano, e sono tuttora, caratterizzate da una attività di natura prevalentemente commerciale (cioè di sostegno alle imprese) piuttosto che finanziaria (cioè di investimento in prodotti finanziari). Per tale ragione la crisi delle imprese bancarie italiane è stata provocata principalmente della crisi della "economia reale", cioè quella espressa dall'attività*

³⁰ C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banc. imp. soc.*, n.2, 2020, p.201.

³¹ M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1 2009, p.22.

³² M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, fasc.5, 2017, p.9 e 14 ss; B. RAGANELLI, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giornale dir. amm.*, n.6, 2016, p.784. *"In Italia gli effetti di questa seconda fase della crisi [la crisi del debito sovrano] furono ben più gravi che nella media degli altri Paesi europei: tra il secondo trimestre del 2011 e il primo del 2013 il PIL scese di oltre 5 punti percentuali nel nostro Paese e di appena 1 nel resto dell'area dell'euro"* I. VISCO, *Banche e finanza dopo la crisi: lezioni e sfide*, in *Mon. cred.*, vol. 71, n.282, 2018, p.99.

economica delle imprese, che in un primo momento è stata sopportata dalle banche con la drastica diminuzione dei proventi, e quindi della redditività; mentre in un secondo momento ha causato anche crisi patrimoniali, in conseguenza delle ingenti perdite sopportate in seguito ai numerosi default delle imprese finanziate dalle banche”³³.

Tali esperienze *ex post* sono state considerate significative poiché espressione delle carenze sistematiche italiane. In un Paese caratterizzato dalla presenza di banche a vocazione “localistica”, che hanno tradizionalmente collocato le proprie azioni e obbligazioni tra risparmiatori piccoli e medi, le vicende analizzate nel prosieguo e il supporto pubblico apprestato hanno evidenziato in primo luogo, come, nonostante si siano salvate le banche salvaguardando migliaia di semplici depositanti, correntisti, obbligazionisti *senior*, famiglie e piccole imprese, vi siano in realtà delle forti carenze, quali l’analfabetismo finanziario e la mancanza di consapevolezza degli investitori circa la rischiosità dei propri titoli; in aggiunta, si evidenzia come, per perseguire l’agognata stabilità finanziaria, forse sia diminuita con il tempo l’attenzione dedicata ai principi di trasparenza e correttezza in grado di garantire il mantenimento di quella fiducia fondamentale per l’operatività degli intermediari e la stabilità complessiva dell’intero sistema finanziario³⁴.

³³ S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. Dir. Banc.*, fasc.2, 2018, p.263.

³⁴ R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.27; B. RAGANELLI, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giornale dir. amm.*, n.6, 2016, pp.784-785; G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.5.

2.1. Le quattro banche.

Dopo gli accadimenti del caso Tercas³⁵ che hanno particolarmente segnato le vicende delle successive banche in crisi³⁶, la prima occasione, in ordine cronologico, che ha dato modo di affrontare empiricamente la disciplina in esame è stata quella, nel 2015, della crisi di quattro banche di dimensione piccola o media, complessivamente detentrici di circa l'1% dei depositi a livello nazionale: il riferimento è agli interventi che hanno spinto la Commissione europea ad esprimersi sul d.l. 3 maggio 2016, n.59 (c.d. “decreto Salva Banche”) per il salvataggio di Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti (le cd. “quattro banche”).³⁷

³⁵ Con la crisi della Banca Tercas, posta in amministrazione straordinaria dalla Banca d'Italia, si è avuto un tentativo di risanamento operato nel 2014 attraverso un aumento di capitale sottoscritto dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) che ha incontrato l'opposizione della Commissione europea. Quest'ultima nel 2015 ha ritenuto che l'operazione fosse stata effettuata in violazione della disciplina degli aiuti di Stato con richiesta di restituzione dell'importo dal momento che il FITD, pur essendo alimentato da contributi delle banche, opera sotto l'influenza dominante della Banca d'Italia, e pertanto, i suoi interventi sono imputabili allo Stato italiano (determinando l'incompatibilità del salvataggio della banca perché incompatibile con la disciplina degli aiuti di Stato). La decisione è stata impugnata dinanzi al Tribunale dell'Unione europea dal Fondo interbancario di garanzia dei depositi, con intervento della Banca d'Italia (causa T-198/16) conclusasi nel 2019 con una pronuncia che ha specificato che, data l'autonomia decisionale e la natura privata del FITD, gli interventi non costituiscono aiuti di Stato. La Commissione europea ha fatto ricorso contro la sentenza del 2019 che, nel marzo 2021, la Corte di giustizia ha respinto, annullando definitivamente la decisione della Commissione che aveva imposto all'Italia di recuperare da Tercas l'importo di 295,14 milioni di euro, erroneamente considerati aiuti di Stato poiché ufficialmente non imputabili allo Stato italiano. Sull'argomento in dottrina cfr. M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, fasc.5, 2017, p.9; G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi.it*, n.8, 2019; C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p. 20; D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il tribunale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019; M. LIPARI, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in *Eurojus*, fasc. 3, 2019, p.157 ss; G. COTTINO (a cura di), *Aiuti di Stato*, in *Dir. comm.*, 2020, p.345 ss; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2020; A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?* in *Merc. Conc. Reg.*, fasc.2, 2015; R. LENER, *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione Europea a confronto*, in *AGE*, fasc. 2, 2016, p. 587; A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Merc. Conc. Reg.*, fasc. 1, 2016; S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. Dir. Banc.*, fasc.2, 2018, pp.264-265; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, pp.308-315.

³⁶ “[S]e questa sentenza fosse stata emanata prima del 2015, parte della recente storia del sistema bancario italiano sarebbe stata diversa” L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 3, 2018, pp. 421; V. MINERVINI, *La regolazione delle crisi bancarie dopo la sentenza Tercas*, in *Merc. Conc. Reg.*, fasc. 1, 2020, p.88.

³⁷ *Ex multis*, cfr. A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impr e soc.*, 3, 2015, 391 ss.; L. SCIPIONE, *Dal “decreto salva banche” al fondo Atlante, passando per la bad bank*

La crisi “*trae origine da cause comuni: governance inadeguata, politiche di erogazione imprudenti, comportamenti irregolari* [a cui si è aggiunta] *la crisi economica* [che] *ha fatto deflagrare fragilità già esistenti impedendo, in un contesto normativo europeo radicalmente mutato, l'utilizzo degli strumenti di soluzione delle crisi sperimentati in passato*”³⁸. La Banca d'Italia, in veste di Autorità nazionale di risoluzione, ha inizialmente disposto l'amministrazione straordinaria, salvo poi dichiarare, con provvedimento del 21 novembre 2015 (approvato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, MEF, il 22 novembre 2015), l'avvio di un programma di risoluzione delle banche in questione sulla base di uno specifico piano di risoluzione conforme alla nuova Direttiva 2014/59/UE, *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD), dovendo ufficialmente prendere atto del fatto che, da un lato, la soluzione delle crisi bancarie non poteva più essere perseguita attraverso l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (F.I.T.D.) poiché considerato alla stregua di un aiuto di Stato e pertanto vietato³⁹, dall'altro, che un intervento del sistema

all'italiana. *Strategie di superamento del bail-in e di ritorno al bail-out?*, in *Innovazione e Diritto*, n. 3, 2016, p.80 ss; R. LENER, *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione Europea a confronto*, in *AGE*, fasc. 2, 2016, p.592; F. CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*. Scritto per il Convegno “Salvataggio bancario e tutela del risparmio”, in *Riv. dir. banc.*, n.2, 2016 5 ss.; F. CAPRIGNONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Torino, UTET Giuridica, 2017, 154 ss.; P. CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Riv. dir. banc.*, Approfondimenti, 2016, 4 ss.; L. ERZEGOVESI, *Il bail-in e le banche italiane: due visioni e tre risposte concrete*. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio», in *Riv. dir. banc.*, 2, 2016, 1, 3 ss.; P. FIORIO, *La responsabilità delle good banks per la vendita delle azioni e delle obbligazioni risolte e le procedure di indennizzo a carico del fondo di solidarietà*. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio», in *Riv. dir. banc.*, 2, 2016, 2 ss.; I. MECATTI, *Il decreto salva banche*, in *L'Unione Bancaria Europea*, (a cura di) M. CHITI E V. SANTORO, Pisa, 2016, 585 ss. Per i dettagli di natura tecnica dell'operazione cfr. BANCA D'ITALIA, *L'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia: linee generali e interventi nei confronti delle quattro banche poste in “risoluzione”*, Roma, 30 gennaio 2016; A.A. DOLMETTA, *Le tutele mancanti*, in *Riv. dir. banc.*, 2015. Per un approfondimento sugli avvenimenti di ogni singola banca cfr. C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, pp.5-19.

³⁸ C. BARBAGALLO *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p.3.

³⁹ La Commissione si è espressa in questo senso a seguito dell'intervento erogato dal FITD in favore di Banca Tercas. C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banca imp. Soc.*, n.2, 2020, pp.209-212. Barbagallo sottolinea come, seppur l'Italia non condividesse l'impostazione adottata dalla Commissione, l'indicazione della Commissione non poteva comunque essere disattesa: “*qualora si fosse proseguito con l'intervento del Fondo interbancario obbligatorio, le banche beneficiarie sarebbero state costrette a sterilizzare contabilmente l'aiuto, i privati coinvolti non sarebbero intervenuti dato il rischio di revoca del loro intervento; infine, è assai improbabile che la BCE, cui spetta autorizzare le acquisizioni, avrebbe assunto una decisione in contrasto con gli orientamenti della Commissione*” C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in

bancario su basi volontarie era di fatto complesso, a causa della difficoltà di raggiungere un accordo tra molti intermediari⁴⁰.

Dopo l'approvazione della Banca d'Italia⁴¹, anche la Commissione europea si è espressa favorevolmente in merito al piano di risoluzione in questione, giudicandolo compatibile sia con i principi della BRRD, recepita in Italia con d.lgs. del 16 novembre 2015 n.180, sia con le norme sugli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in particolare con la comunicazione della Commissione del 2013⁴².

Il piano di risoluzione approvato constava di più punti. *In primis*, nel rispetto del principio di condivisione degli oneri, è stato previsto che le perdite delle banche fossero in parte coperte mediante gli strumenti di investimento più rischiosi, vale a dire le azioni e le obbligazioni subordinate, per loro natura esposti al rischio di impresa; in secondo luogo, sono state costituite quattro neo-banche “ponte” (*bridge banks*)⁴³ al fine di garantire l'esercizio delle funzioni essenziali⁴⁴ degli enti in

Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p.4.

⁴⁰ B. INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs. n. 180 del 2015), in *Dir. Fall.*, 2016, I, p. 629 ss; S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. Dir. Banc.*, fasc.2, 2018, p.265; C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p.4.

⁴¹ In particolare, è accertata la situazione di dissesto delle quattro banche, la mancanza di soluzioni alternative di mercato e la presenza dell'interesse pubblico, in quanto l'ordinaria procedura concorsuale (volta a realizzare gli attivi e distribuire il ricavato tra i creditori) non consentirebbe di garantire in egual misura la stabilità finanziaria, il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche e la tutela dei depositanti e della clientela. D. MESSINEO, *Il provvedimento salva-banche: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *Quaderni cost.*, n.1, 2016, p.103.

⁴² M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, fasc.1, 2019, p.17. Per un'analisi approfondita del d.lgs. cfr. I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. Dir. Banc.*, luglio/settembre, 2017.

⁴³ In via provvisoria, le banche ponte sono gestite da amministratori appositamente designati dall'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia. La missione degli amministratori, ai sensi dell'art. 42, co. 1, D.lgs. 180/2015, è di vendere la banca 'buona' al miglior offerente e successivamente retrocedere al Fondo di risoluzione quanto ricavato dalla vendita. G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.4. Nel caso di specie, gli enti-ponte sono stati poi a loro volta ceduti a due banche (la Cassa di Risparmio Ferrara alla Banca Popolare dell'Emilia-Romagna; le altre tre a UBI Banca) che le hanno successivamente incorporate. S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. Dir. Banc.*, fasc.2, 2018, p.268. Per un'analisi più dettagliata del processo che ha condotto alla vendita delle banche-ponte: C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, pp.24-25.

⁴⁴ La nozione di “funzioni essenziali”, la cui continuità deve essere assicurata, è data dall'art. 1, lett. b), del d.lgs. 180/2015 che le considera quali “attività, servizi o operazioni la cui interruzione potrebbe compromettere la prestazione in uno o più Stati membri di servizi essenziali per il sistema economico o la stabilità finanziaria, in ragione della dimensione, della quota di mercato, delle interconnessioni esterne o

dissesto; è stata poi costituita un'unica *bad bank* (cd. società veicolo)⁴⁵, la REV Gestione Crediti S.p.A., per la gestione delle attività deteriorate, specificatamente prestiti la cui riscossione non è certa data la situazione di insolvenza o grave difficoltà dei debitori; infine, è stato previsto l'intervento del Fondo Nazionale di Risoluzione per il finanziamento delle misure di risoluzione⁴⁶. Il risultato è stato che *“le quattro banche originarie sono dunque divenute dei contenitori residui in cui sono state confinate le perdite e sono state subito poste in liquidazione coatta amministrativa”*⁴⁷. Così strutturata, l'operazione di salvataggio non ha comportato alcun onere sullo Stato italiano, compatibilmente con il divieto degli aiuti di Stato, ma ha gravato sugli azionisti, sui sottoscrittori di obbligazioni subordinate (in parte successivamente ristorati) e sul sistema bancario italiano, che ha alimentato con i suoi contributi il Fondo di risoluzione nazionale⁴⁸ e *“tutto questo senza tralasciare di sottolineare che a garantire tale “finanziamento ponte” è intervenuta anche la Cassa depositi e prestiti (Cdp). È bene chiarire per fugare ogni dubbio sulla presenza di aiuti di Stato, che l'intervento della Cdp rimane solamente potenziale. In caso di mancata restituzione del prestito da parte del Fondo di risoluzione, la Cdp vanterebbe un credito a*

interne, della complessità o dell'operatività transfrontaliera di una banca o di un gruppo, con particolare riguardo alla sostituibilità dell'attività, dei servizi o delle operazioni”.

⁴⁵ S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. Dir. Banc.*, fasc.2, 2018, pp.261-262.

⁴⁶ R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, pp.35-36; C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p.23.

⁴⁷ G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.2.

⁴⁸ L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, p.318; C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107 p.5; G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.5. L'intervento del Fondo è risultato così ripartito: 1,7 miliardi per ripianare le perdite delle banche originarie; 1,8 miliardi per ricapitalizzare le banche ponte; 140 milioni per conferire alla *bad bank* il capitale minimo necessario ad operare. La liquidità necessaria al Fondo di Risoluzione per permettere la sua immediata attivazione è stata anticipata, come consentito dall'art. 78, comma 1, lett. c, d.lgs. 180/2015, dalle tre banche italiane più grandi (Banca Intesa Sanpaolo, Unicredit e UBI Banca) a tassi di mercato e con scadenza massima di 18 mesi. Queste ultime hanno messo a disposizione due linee di credito: la prima, di lunga durata, da rimborsare quando le banche ponte saranno state vendute e i crediti deteriorati valorizzati sul mercato. La seconda, di durata inferiore, è stata subito ripianata con le somme che a fine anno le banche italiane hanno dovuto versare al Fondo di risoluzione come contributi ordinari ai sensi dell'art. 82, comma 1, d.lgs. n.180/2015. L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, p.318, nota 81; C. BARBAGALLO, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano*, Audizione dinnanzi alla VI Commissione Finanze, Camera dei deputati, Roma, 9 dicembre 2015, p.8.

*tassi di mercato verso lo stesso Fondo, il quale potrà aumentare i contributi a carico dell'intero sistema bancario per coprire l'ammacco*⁴⁹.

L'aspetto più interessante di questa vicenda risulta essere il fatto che si sia cercato di trovare una soluzione alla crisi delle banche cercando la giusta via di mezzo tra le misure previste dalla *New banking communication* del 2013 e la direttiva BRRD, ancora non totalmente recepita in Italia. Difatti inizialmente lo strumento del *bail-in* introdotto dalla direttiva non era ancora stato recepito in Italia e pertanto, al fine comunque di limitare al minimo l'entità di un eventuale intervento pubblico, si è ricorso allo strumento precedente del *burden sharing*⁵⁰. Il risultato è stato la riduzione del valore delle azioni e dei crediti subordinati nel rispetto del principio del *no creditor worse off*, ma, non potendo i detentori rientrare delle somme investite ed essendo quest'ultimi soprattutto piccoli risparmiatori al dettaglio, tale operazione è stata da essi recepita come una violazione del diritto di proprietà, alla stregua di un "*primo, doloroso, tradimento*"⁵¹. D'altra parte, in questo modo, sono state evitate le altre due soluzioni ben più distruttive: il *bail-in* o, nel caso in cui si fosse deciso di non salvare le quattro banche, la liquidazione coatta degli enti in questione. L'adozione del *bail-in*, che sarebbe entrato ufficialmente in vigore il 1° gennaio 2016, avrebbe intaccato non solo i possessori di strumenti subordinati, ma anche buona parte dei depositi non protetti dal Fondo di tutela, mentre la liquidazione coatta, in assenza di un soggetto in grado di rilevare gli intermediari in crisi, avrebbe interrotto le funzioni critiche, quali i pagamenti, con effetti dirompenti su imprese e famiglie (che sarebbero state rimborsate solo dopo la liquidazione degli *assets* della banca, in misura parziale e dopo anni) e il sistema bancario sarebbe dovuto intervenire per rimborsare quasi 13 miliardi di depositi

⁴⁹ L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, p.318.

⁵⁰ R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.35.

⁵¹ L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 3, 2018, p.429. Nello stesso senso, L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, p.317, nota 78; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impr. soc.*, 3, 2015, 344, nota 10; G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.5. Si ricorda che l'utilizzo del *burden sharing* in questo contesto ha rappresentato di fatto il primo caso di *burden sharing* a carico degli obbligazionisti subordinati e che comunque, nel maggio del 2016, è stato attivato un meccanismo di rimborso a forfait solo per i titoli (non superiori a determinate soglie) acquistati prima del 12 giugno 2014 (data di entrata in vigore in Europa della direttiva sul *bail-in*). M. MOBILI, G. TROVATI, *Quattro banche, rimborsi a 190 milioni*, in *Il Sole 24 ore-finanza e mercati*, 2017.

protetti⁵²: “in entrambi i casi le conseguenze sistemiche sarebbero state ben più gravi rispetto a quelle della risoluzione”⁵³.

L'ultima tappa di questo lungo percorso è stata, tra maggio e giugno del 2017, la cessione al prezzo simbolico di un euro a Unione di Banche Italiane S.p.A. (UBI) di Nuova Banca delle Marche S.p.A., Nuova Banca dell'Etruria e del Lazio S.p.A. e Nuova Cassa di Risparmio di Chieti S.p.A., ed alla Banca Popolare dell'Emilia S.p.A. (BPER) di Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.: anche questo intervento si è svolto nell'alveo della BRRD ed è avvenuto a carico del sistema bancario attraverso il Fondo di Risoluzione⁵⁴.

2.2. Le banche venete.

Un altro caso italiano particolarmente lungo e complesso attinente alla materia in esame è quello che riguarda la crisi della Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e Veneto Banca S.p.A.. A fronte delle difficoltà createsi a seguito del forte aumento del rischio di credito provocato dalla crisi economica, dalle pratiche irregolari, delle anomalie gestionali, dei comportamenti scorretti adottati dalle due banche e dell'insuccesso delle operazioni di raccolta di capitale sul mercato, nella prima metà del 2016 il Fondo Atlante⁵⁵ ha rilevato la proprietà delle due banche,

⁵² L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, n.5, 2017, p.317; G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016, p.2; D. MESSINEO, *Il provvedimento salva-banche: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *Quaderni cost.*, n.1, 2016, p.105.

⁵³ C. BARBAGALLO, *Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, Legge 12 luglio 2017, n. 107, p.5.

⁵⁴ *Ibid.*; R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.37.

⁵⁵ Il Fondo di Investimento Alternativo (Fia), denominato Fondo Atlante (dal nome del titano che venne condannato da Zeus a reggere l'intera volta celeste secondo la mitologia greca), è una società, di natura privatistica, di gestione del risparmio indipendente che raccoglie capitali di istituzioni finanziarie (banche, assicurazioni e fondazioni) che partecipano su base volontaria ed ha come finalità principale quella di assicurare il successo di aumenti di capitale richiesti dall'Autorità di Vigilanza a banche che si trovano a fronteggiare oggettive difficoltà di mercato, agendo da *back stop facility*. Nonostante i dubbi avanzati sulle modalità operative del Fondo Atlante, la Commissione europea ha ritenuto che l'intervento di ricapitalizzazione di detto fondo, a differenza del FITD, non configuri un aiuto di Stato e non è dunque necessaria la preventiva notifica *ex art.* 108 TFUE alla Commissione. G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.217, nota 34; L. SCIPIONE, *Dal “decreto salva banche” al fondo Atlante, passando per la bad bank all'italiana. Strategie di superamento del bail-in e di ritorno al bail-out?*, in *Innovazione e Diritto*, n. 3, 2016, p.95 ss. Tale Fondo è costituito essenzialmente da azionisti privati (ad eccezione della Cassa depositi e prestiti), ma in una logica non orientata alla redditività di mercato degli investimenti realizzati: si è pertanto parlato di “*simulacro di intervento pubblico*”; così F. FIORAVANTI,

sottoscrivendo aumenti di capitale per complessivi 3,4 miliardi di euro ed ha proceduto alla sostituzione della *governance*, essendo il fondo divenuto socio al 99,3 % della BPVI ed al 98% di Veneto Banca⁵⁶. Nonostante la ricapitalizzazione effettuata dal Fondo Atlante, la situazione patrimoniale delle banche è rimasta insostenibile⁵⁷ al punto di decidere di avviare la procedura per accedere agli aiuti di Stato e presentare istanza di ricapitalizzazione precauzionale⁵⁸. A distanza di tre mesi dalla richiesta, il 23 giugno 2017, il Consiglio di Sorveglianza del Meccanismo di Vigilanza Unico ha accertato lo stato di dissesto delle banche (*failing or likely to fail*) ma il Comitato di risoluzione unico (Srb) ha affermato che in nessuno dei due casi l'interesse pubblico giustificasse l'avvio di una procedura di Risoluzione regolata dalla BRRD, non essendo presenti rischi sistemici tali da giustificare la risoluzione secondo le nuove regole e non svolgendo, le due banche, attività da considerare come funzioni essenziali⁵⁹. Così la ricapitalizzazione precauzionale è stata negata e i due Istituti sono stati posti in liquidazione coatta amministrativa⁶⁰ secondo le procedure ordinarie stabilite dal Testo unico bancario

Fondo Atlante bancario. Tra salvataggio pubblico e intervento dei privati, in *Amministrazione in cammino*, 2016. F. VELLA, *Banche italiane e crediti deteriorati. Alla ricerca di soluzioni efficienti e orientate alla crescita*, in *Bancaria*, n. 5, 2017, p. 11, evidenzia le ambiguità del ruolo e delle funzioni del Fondo Atlante. Le ambiguità sono dovute al fatto che “con la creazione del Fondo Atlante, il sistema bancario si è impegnato in un processo di guarigione dall'interno. Tale strumento può, infatti, essere pacificamente identificato come un paracadute privato ma con una mission pubblica. Tuttavia, se per un verso Atlante allontana la necessità di risoluzione nel settore bancario a breve termine, dall'altro accresce il rischio sistemico e il moral hazard nel lungo periodo” L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2020, p.55, nota 103.

⁵⁶ G. BEFANI, *Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato*, in *Dir. econ.*, n. 96, 2018, pp.414; F. CAPRIGLIONE, *Difficoltà applicative del SRM nel salvataggio delle popolari venete*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n.3 suppl., 2017, p.9 ss; G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.217; C. BARBAGALLO, *Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario Legge 12 luglio 2017*, n. 107, p.1.

⁵⁷ Sulle motivazioni di questa insufficienza cfr. R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.44.

⁵⁸ M. PELLEGRINI, *Il caso delle banche venete: le contraddittorie opzioni delle autorità europee e la problematica applicazione degli aiuti di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n.3 suppl., 2017, p.113.

⁵⁹ R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.47; G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.217; M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, fasc.1, 2019, p.17; D. ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle autorità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n.3 suppl., 2017, p.93, pp.104-106. Sulle competenze delle varie autorità cfr. L. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *AGE*, 2016, p. 567; D. ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle autorità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n.3 suppl., 2017, p.93, pp.108-110.

⁶⁰ “E’ appena il caso di ricordare che, nella logica seguita dal regolatore europeo di un generalizzato orientamento alla prevenzione nella gestione delle crisi bancarie, la messa in liquidazione coatta rappresenta

e sotto la competenza delle autorità nazionali, che però si sono avvalse della facoltà di chiedere alla Commissione il via libera all'impiego di fondi pubblici, sulla base della Comunicazione sul settore bancario del 2013: *“il 24 giugno l'Italia ha pertanto notificato alla Commissione l'intenzione di concedere aiuti di Stato per la liquidazione di Bpvi e Veneto banca, ai sensi degli artt. 107, par 3 (b) e 108 TFEU”*⁶¹.

La Commissione europea ha accertato la conformità dei provvedimenti in questione con il divieto di aiuti di Stato, ed in particolare con la *New banking communication*, specificando che, secondo la valutazione della Commissione, gli attuali azionisti e detentori di obbligazioni subordinate hanno dato il loro pieno contributo ai costi, conformemente con il principio della condivisione degli oneri, alleviando in questo modo l'onere dello Stato italiano. Le banche, pertanto, possono essere liquidate in modo ordinato e le attività cedute possono essere ridimensionate dall'italiana Banca Intesa, allo scopo di non consentire una distruzione di valore interrompendo la continuità operativa: *“ciò è avvenuto nell'ambito di un'operazione complessa che ha richiesto anche l'approvazione da parte della Commissione di un consistente aiuto di Stato a favore di Banca Intesa, al fine di prevenire un turbamento eccessivo dell'economia del Veneto nel quale i due istituti avevano una presenza molto rilevante”*⁶². Ad ogni modo, l'Autorità della concorrenza ha specificato che tale operazione non configura *“un aiuto di Stato in favore di Intesa, in quanto essa è stata scelta all'esito di una procedura di cessione aperta, equa e trasparente, che ha garantito che le attività fossero cedute alla migliore offerta disponibile”*⁶³. È stato

l'estrema ratio cui ricorrere in caso di situazioni patologiche” M. PELLEGRINI, *Il caso delle banche venete: le contraddittorie opzioni delle autorità europee e la problematica applicazione degli aiuti di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n.3 suppl., 2017, p.116.

⁶¹ Nello specifico la richiesta comprendeva: un intervento per cassa dello Stato per 4,785 miliardi di euro, di cui 3.5 miliardi a copertura del fabbisogno di capitale in capo a Intesa a seguito dell'acquisizione delle due banche; 1.3 miliardi per ristrutturazione aziendale tra cui gestione degli esuberanti di personale; garanzie dello Stato per un massimo di 12 miliardi di euro, costituite essenzialmente da garanzie per il finanziamento della massa fallimentare da parte di Intesa; cessione di parti delle attività delle due banche ad Intesa San Paolo, comprensivo del trasferimento dei dipendenti, ad un corrispettivo pressoché simbolico (1 euro); esclusione dalla cessione dei cd. crediti deteriorati (Npl) che vengono trasferiti alla Sga spa (una società interamente controllata dal Ministero dell'Economia e delle finanze- MEF- specializzata nel recupero dei crediti deteriorati.), la quale amministerà i crediti (ed altri rapporti giuridici acquistati) al fine di massimizzarne il valore e realizzarli al meglio. G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, pp.217-218.

⁶² M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, fasc.1, 2019, p.17.

⁶³ G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.218; R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018, p.50.

pertanto emanato *ad hoc* il d.l. n.99 del 25 giugno 2017 che ha stabilito le concrete modalità dell'operazione.

La liquidazione coatta delle due banche, grazie all'aiuto di Stato autorizzato dalla Commissione europea, ha evitato gli effetti disgregativi e gravemente pregiudizievoli dell'unica altra soluzione possibile, ovvero quella di una liquidazione atomistica che *“avrebbe comportato rischi per le passività non protette e avrebbe costretto a richiamare i crediti concessi dalle banche a centinaia di migliaia di famiglie e piccole imprese; avrebbe inoltre messo a repentaglio l'occupazione dei dipendenti delle banche”*⁶⁴; inoltre *“la percentuale dei crediti deteriorati che può essere recuperata mediante un “approccio paziente” da parte della SGA, dovrebbe consentire il ristoro pressoché integrale, seppure con tempi medio-lunghi, del finanziamento statale concesso”*⁶⁵.

Allo stesso tempo però la vicenda in esame suscita non poche perplessità.

In primis, desta stupore il lungo periodo trascorso dall'emersione delle irregolarità (2013/2014) senza l'adozione di misure efficaci da parte delle autorità di vigilanza, con l'onerosa e vana, in quanto attuata tardivamente, ricapitalizzazione degli istituti di credito da parte del Fondo Atlante; inoltre, una volta intrapresa la strada dell'aiuto di Stato, nel giro di pochi mesi le banche sono state ritenute dalle autorità europee prima solventi e poi insolventi, prima “sistemiche” ai fini della stabilità finanziaria e poi “locali”⁶⁶ e si sia proceduto alla liquidazione coatta, anziché procedere ad una risoluzione, facendo ricorso ad un aiuto di Stato di ingente quantità autorizzato *“dalla Commissione sul presupposto che esso fosse giustificato da un'adeguata condivisione degli oneri, seppure limitata agli azionisti (e tra essi, principalmente, il fondo Atlante, che ha ricapitalizzato le due banche) ed ai soli detentori di obbligazioni subordinate”*⁶⁷. Altro elemento di perplessità è risultato essere la vaghezza della motivazione data dalla Commissione a fondamento della compatibilità con la disciplina del 107 TFUE, sia per la scelta dell'acquirente sia del prezzo meramente simbolico da questo pagato, a tal punto che l'opinione generale diffusasi, parlando di *“soluzione creativa”*⁶⁸, ritiene che la scelta dell'Europa

⁶⁴ I. VISCO, *Banche e finanza dopo la crisi: lezioni e sfide*, in *Mon. cred.*, vol. 71, n.282, 2018, p.107. Nello stesso senso anche C. BARBAGALLO, *Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza*, in *Senato della Repubblica – Camera dei Deputati Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario Legge 12 luglio 2017*, n. 107, p.4.

⁶⁵ G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.218.

⁶⁶ L. REICHLIN, *La lezione della crisi bancaria*, in *Corriere della sera*, 2017.

⁶⁷ G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.218.

⁶⁸ R. LENER, *Profili problematici delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie*, in *Banca imp. soc.*, fasc. 1, 2018 p.24.

di ammettere tale operazione sia stata dettata dalla presenza di una situazione divenuta ormai di assoluta urgenza, dall'irreversibile dissesto delle banche e di diffusa percezione di rischio da parte del mercato, tale per cui *“si sia dovuto accettare il “prendere o lasciare” dell'unico offerente, che sembra aver sostanzialmente dettato le condizioni ed il contenuto della cessione”*⁶⁹.

La particolarità del caso è dovuta al fatto che l'Europa ha ammesso l'intervento statale e che, pertanto, si sia dimostrato come sostanzialmente *“il principio secondo cui le ricapitalizzazioni delle banche ed il loro salvataggio non vadano quasi mai effettuate con fondi pubblici è irrealistico. Nel settore bancario, anche in relazione ad istituti o gruppi bancari di dimensioni non particolarmente rilevanti, nessun risanamento radicale può avere effetto senza l'intervento, almeno temporaneo, dello Stato”*⁷⁰.

⁶⁹ G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed aiuti di Stato*, in *Questione giust.*, n.3, 2017, p.218, nota 43.

⁷⁰ *Ibid.* Nello stesso senso F. VELLA, *Banche italiane e crediti deteriorati. Alla ricerca di soluzioni efficienti e orientate alla crescita*, in *Bancaria*, n. 5, 2017, p.3.

Il cartello contrattuale sulla fideiussione per operazioni di credito.

Il vaglio delle questioni “sorte” (o diversamente “risorte”) sotto la lente del diritto dell’Unione e del principio di effettività.

Di Maria Laura Ficola

Lo scritto propone una rilettura critica delle diverse questioni sorte in relazione all’intesa attuata dalle imprese operanti nel settore del credito in tema di contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni, sotto la lente del diritto unionale antitrust e del fondamentale principio di effettività, da applicare alla materia.

L’analisi delle diverse questioni dibattute internamente sul tema, secondo questo suo essenziale, dovuto, approccio, per l’autore consente di rispettare l’esigenza di garantire la piena efficacia delle norme unionali e nazionali poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell’Unione, da tutelare in funzione protettiva, oltre che il principio di certezza del diritto, in applicazione dei criteri vincolanti sanciti dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il principio di effettività, quale “faro” che deve guidare l’operatore del diritto. – 2. Il cartello contrattuale in tema di fideiussione per operazioni di credito realizzato dalle imprese ABI. Il contesto storico-fattuale. – 3. In particolare. Sulla fideiussione c.d. specifica, ovvero senza clausola omnibus. – 4. La legittimazione attiva dei singoli utenti a fare valere la nullità o, meglio, non opponibilità, dell’intesa anticoncorrenziale, oltre al risarcimento del danno. – 5. La legittimazione passiva delle imprese che hanno realizzato o attuato l’illecito antitrust. – 6. La competenza a decidere sulla violazione della normativa antitrust. La contemporanea pendenza dei giudizi. – 7. La prova dell’illecito antitrust consistente nel cartello nazionale in tema di fideiussione per operazioni di credito bancario. – 8. Le conseguenze derivanti dalla violazione della normativa antitrust a fronte dell’intesa sul tema della contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito. – 8.1. La nullità assoluta di pieno diritto dell’accordo. Quale valutazione? – 8.2. La nullità parziale. Questioni “aperte”. – 8.2.1. La pretesa tardività nella formulazione dell’eccezione di estinzione ex art. 1957 c.c. Una (ri)lettura della questione secondo il principio di effettività e il principio di equivalenza. – 8.2.2. La condizione standardizzata di c.d. pagamento “a prima richiesta” dello schema ABI riprodotta nelle singole fideiussioni: la sua irrilevanza ai fini dell’applicazione della normativa antitrust. – Conclusioni.

Premessa.

Questo scritto origina dall’esigenza di tornare sul tema del cartello contrattuale sulla fideiussione, attuato dalle imprese operanti nel settore del credito in violazione della normativa antitrust, riconsegnandolo al suo essenziale approccio. Ogni giorno si assiste alla pubblicazione di diverse pronunce nazionali sull’argomento, da quelle di merito a quelle di legittimità, che finiscono col disorientare, e non poco, il lettore, comportando, oltre che la incertezza del diritto, prima ancora, una deviazione dalla realtà dei fatti.

Invero, seppur ci si trovi al cospetto di un’incertezza del diritto, in ragione delle diverse implicazioni, se non complicazioni, che si sono volute o si vorrebbero ancora inferire sul tema, per ogni profilo affrontato -a torto o a ragione, si valuterà-, non si è, però, di fronte ad un’incertezza dei fatti.

Il quadro riveniente dalle plurime pronunce interne ci restituisce, difatti, un’univoca, indubitabile, realtà.

Tutte le fideiussioni, con o senza clausola omnibus, imposte ai singoli utenti dalle imprese operanti nel settore del credito -prima, in epoca coeva o anche dopo la pubblicazione della nota decisione nazionale antitrust n. 55/2005-, sono conformi, in tutto o in parte, allo schema di contratto di fideiussione concertato, da tempo risalente, in seno alla propria associazione di categoria, quale l'Associazione Bancaria Italiana (c.d. ABI); segnatamente, tutte le fideiussioni includono, in modo più o meno conforme, nel loro significato sostanziale, una o più delle tre condizioni standardizzate giudicate lesive della concorrenza dall'Autorità nazionale di public enforcement -di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza.

Questo, potremo dire, è, ormai, un fatto notorio, oltre che un fatto attestato e oggettivamente attestabile.

Come è, altresì, notorio che, per il tramite di siffatte condizioni standard, unitamente alla condizione, sempre istituita in seno all'ABI, di c.d. pagamento "a prima richiesta" (di solito inserita all'art. 7 degli schemi ABI e replicata nei singoli modelli), le imprese associate, al pari dell'ABI, abbiano da sempre tentato, e oggi ancor di più, di qualificare, o meglio ri-qualificare, in modo seriale la fideiussione a garanzia di proprie operazioni creditizie come una garanzia atipica, avente funzione indennitaria di tipo solutorio, addirittura autonoma, sistematicamente diversa dalla fideiussione di cui all'archetipo codicistico posto agli artt. 1936 e ss., in uno ai diritti tipici riconosciuti dal legislatore al fideiussore.

Se all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994 del 30 dicembre 2021 sembrava che fosse stato messo un punto fermo alle discussioni ingeneratesi sull'intesa vietata di cui si tratta, in ragione di quanto accertato e giudicato, all'esito delle relative istruttorie, dall'Autorità nazionale antitrust, oltre che un punto fermo sui diritti sostanziali e sugli strumenti di tutela attribuiti dal sistema antitrust al singolo, oggi sembra, invece, che tutto sia andato perduto o, meglio, si stia perdendo.

Non si intende chiedersi perché, dopo neppure tre anni, questo sia successo e stia nuovamente succedendo. Si intende, piuttosto, analizzare le questioni "sorte" o diversamente "risorte" sul tema, tentando di ristabilire la dovuta semplicità, tenuto conto della realtà dei fatti da cui muovere per le relative valutazioni.

Nel fare ciò, la guida, in punto di diritto, sarà inevitabilmente solo una, sotto una duplice, a sua volta, declinazione.

Anzitutto, la guida dell'analisi sarà quella che fa perno sulla constatazione per cui la normativa antitrust è normativa pubblicistica di fonte unionale, ai criteri precettivi della quale, come chiariti dalla costante giurisprudenza vincolante della Corte di Giustizia, la normativa interna di ogni Stato Membro deve rispondere, sia nella sua interpretazione, sia nella sua applicazione; e questo:

- sia in forza del disposto di cui all'art. 1, comma quarto L. 287/1990 a mente del quale *“L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”*, pena la compromissione dell'attuazione del mercato interno;
- sia in ragione del fatto che in materia di concorrenza, come è noto, vi è competenza esclusiva dell'Unione quanto a linee direttrici di relativa applicazione negli Stati Membri (art. 3, lettera b) del TFUE), onde non compromettere, per l'appunto, l'attuazione del mercato interno;
- sia, ma non da ultimo, in ragione del fatto che nell'ipotesi all'esame si è anche al cospetto di un'intesa restrittiva della concorrenza realizzata dalle imprese del settore del credito che, in quanto estesa su tutto il territorio nazionale e realizzata per un notevole prolungato lasso temporale, è, per sua natura, attratta alla normativa europea, segnatamente all'art. 101 TFUE e ai relativi corollari applicativi per come sanciti dalla Corte di Giustizia¹.

Di poi o, meglio, ancor prima, la guida dell'analisi sarà quella che fa perno sulla constatazione per cui tutte le questioni rimesse, più o meno indirettamente, “sul tappeto” vanno interpretate, valutate e risolte al lume del fondamentale principio di effettività sotteso alle norme unionali antitrust, sancito, in linea generale, oltre dall'art. 19, par. 1, comma due del Trattato sull'Unione Europea (c.d. TUE), in combinato disposto con l'art. 4, comma tre TUE, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Un'ultima annotazione, sempre di metodo.

Per quanto possibile, non si farà riferimento alle plurime pronunce interne di segno contrario ogni giorno annotate o commentate sul tema.

¹ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenze del 26 novembre 1975, *Groupeement des fabricants de papiers peints de Belgique e a./Commissione*, 73/74, punti 25 e 26, nonché del 16 luglio 2015, *ING Pensii*, C 172/14, punto 49, nonché, da ultimo, sentenza del 29 giugno 2023 rese in C-211/2022 per cui *“la Corte ha già avuto modo di affermare che un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato FUE”*.

Lo scritto ha un diverso obiettivo: cercare di analizzare le diverse questioni, tenuto conto dei fatti storici e dei dati oggettivi raccolti, alla luce delle norme e dei principi rivenienti dal diritto dell'Unione, oltre che, per quanto possibile, con il criterio del pensiero critico.

In un contesto in cui, infatti, sembra che il riconoscimento dei diritti attribuiti dall'ordinamento ai singoli debba piegarsi al precedente giudiziale interno, il quale non è fonte di diritto, per di più in una situazione di totale quotidiana diversità di prese di posizioni e, quindi, di connaturata incertezza del diritto, altro non può farsi che ritornare, in rapporto alla questione posta, da vagliarsi nella sua reale portata sostanziale, alle norme vincolanti del diritto che la regolano: nella materia, le norme poste dal diritto dell'Unione, tenuto conto della loro *ratio* e del loro effetto utile, unitamente ai principi espressi nelle sentenze vincolanti, queste sì, della Corte di Giustizia.

È, pertanto, proprio dal principio di effettività, come sancito in ambito unionale e, per conseguenza, in ogni Stato Membro, vieppiù applicabile alla disciplina antitrust, che l'analisi qui proposta muoverà.

1. Il principio di effettività, quale “faro” che deve guidare l'operatore del diritto.

Come è noto, il principio di effettività può essere declinato sotto una duplice dimensione.

Sotto un profilo oggettivo, esso è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione nel singolo settore di sua competenza ed è sancito all'art. 19, par. 1, comma due del Trattato sull'Unione Europea (c.d. TUE), per cui: *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*.

Sotto un profilo soggettivo, il principio di effettività consolida i diritti riconosciuti dalle norme unionali ai singoli cittadini dell'Unione sul piano sostanziale, ma ha anche una dimensione processuale per come accentuata e sancita dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, avente valore pari a quello dei Trattati istitutivi (art. 6 TUE). L'art. 47 della Carta consacra il diritto del singolo a una tutela giurisdizionale effettiva elevando a diritto fondamentale: *“ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un*

ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”.

L'opera costante della Corte di Giustizia ha poi ulteriormente esteso la portata del principio di effettività, sia attraverso l'enunciazione di una serie di corollari applicativi, sia traendone importanti implicazioni che si riflettono sulle scelte istituzionali degli Stati membri, attribuendo ai giudici nazionali -primi giudici europei (art. 19 TUE)- il compito, non solo di garantire la piena efficacia delle norme unionali, ma anche di tutelare i diritti sostanziali da esse attribuite ai singoli; e tutto questo, con la rimozione, per il tramite degli strumenti vincolanti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione, di qualsivoglia ostacolo interno, vieppiù di carattere formalistico, normativo o frutto di interpretazioni giurisprudenziali nazionali che viola od eluda, anche solo indirettamente, l'effetto utile delle norme, tenuto conto della loro *ratio*, e il pieno esercizio dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Si pensi, al riguardo, alla costante opera della Corte di Giustizia in materia di tutela dei diritti del consumatore, che, in forza dell'applicazione del principio di effettività sotteso alla disciplina unionale, ha reso una serie di *dicta* a tutti ormai noti, tra cui, in particolare, tra i più rilevanti:

- il dovere del giudice nazionale di rilevare o accertare ex officio la nullità delle clausole abusive per contrasto alla Direttiva 93/13/CEE, anche in assenza di richiesta della parte²;
- il dovere del giudice nazionale di rimettere, per immediata conseguenza e in funzione protettiva, la parte pregiudicata dalla condotta illecita del professionista nella stessa situazione di fatto e di diritto antecedente alla conclusione della clausola nulla³;
- il dovere del giudice nazionale di disapplicare la regola della preclusione del c.d. giudicato implicito di fonte giurisprudenziale in assenza di un concreto precedente

² Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-40/2008 (Asturcom); sentenza 4 giugno 2009, in causa C-243/08 (Pannon); sentenza 17 dicembre 2009, C-227/08 (Eva Martin Martin); sentenza 14 giugno 2012 (Banco Espanol de Credito), in causa C-227/08; sentenza 18 febbraio 2016, C-49/14 (Finmadrid); sentenza 19 dicembre 2009, in causa C-453/18 (Bondora); sentenza 9 novembre 2010 (Penzugyi Lizing), in causa C-137/08; sentenza 26 gennaio 2017, in causa C-421714 (Banco Primus); sentenza 7 novembre 2019 (Profi Credit Polska), in causa C-419/18 e C-483/18; sentenza 11 marzo 2020 (Lintner), in causa C-511/17; sentenza 4 giugno 2020 (Kancelaria Medius), in causa C-495/19.

³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 25 aprile 2024, resa in causa C- 561/21.

vaglio giudiziale in merito alla violazione delle norme unionali istituite a protezione del consumatore⁴;

- il dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne di previsione di limitati periodi temporali, ad esempio, per la prescrizione dell'azione a tutela della parte lesa dalla condotta abusiva del professionista;

- il dovere del giudice nazionale di individuare la decorrenza del *dies a quo* di prescrizione dell'azione volta a far valere gli effetti utili e i rimedi sottesi alle norme di protezione dell'ordinamento unionale, identificandolo nel momento in cui il giudice rilevi o accerti la nullità delle clausole abusive, e non prima⁵.

Con particolare riguardo alla (più ampia) disciplina della concorrenza (in seno alla quale si inserisce la normativa consumeristica), è, altresì, costante l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui i giudici nazionali, per dare concreta applicazione della normativa europea della concorrenza, evitando un rischio sistemico di impunità per i fatti che integrano infrazioni non consentite ad ogni effetto dal diritto dell'Unione, o, peggio ancora, un rischio sistemico che le imprese che abbiano trasgredito al divieto o i loro aventi causa possano trarre il benché minimo indebito beneficio dalla condotta anticoncorrenziale, sono chiamati ad interpretare le disposizioni interne tenendo conto del risultato utile cui tali norme sono finalizzate, disapplicando tutte quelle interpretazioni interne che lo compromettano.

In questo senso la Corte di Giustizia ha in più occasioni rammentato agli Stati Membri e ai giudici nazionali l'obbligo di non adottare prescrizioni interne, sia di fonte legislativa sia di fonte giurisprudenziale, che consentano di eludere o violare la normativa istituita a tutela della concorrenza e l'effetto utile ad essa sotteso, e, ove presenti, di disapplicarle, tenuto conto della *ratio* di tale disciplina di ordine pubblico economico; e tutto questo, anche quando venga in rilievo un illecito antitrust di rilevanza nazionale, dovendo, difatti, come detto, l'interpretazione e l'applicazione della normativa interna essere operate dai giudici nazionali in

⁴ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenze del 17 maggio 2022, resa in causa C-693/19, riunita a C-831/19 (SPV Project, Banco Desio e della Brianza); C-600/19 (Ibercaja Banco); C-725/19 (Impul Leasing Romani); C-869/19 (Unicaja Banco), nonché in seguito anche sentenza 18 dicembre 2023, resa in causa C-231/13; sentenza 18 gennaio 2024, resa in causa C-531/22; sentenza 29 febbraio 2024, resa in causa C-724/22; sentenza 9 aprile 2024, in causa C-582/21.

⁵ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 25 aprile 2024, resa in causa C- 561/21.

conformità ai principi e alle norme del diritto dell'Unione, tanto più se l'intesa vietata è estesa su tutto il territorio dello Stato Membro⁶.

Inoltre, vieppiù in questo ambito la Corte di Giustizia è costante nel ricordare che le norme procedurali nazionali non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti sostanziali attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione posto a tutela della concorrenza⁷.

E' piuttosto dovere del giudice nazionale disapplicare tutte quelle interpretazioni anche formalistiche, anche di matrice giurisprudenziale, che siano in grado di comportare un sostanziale aggiramento della normativa in questione e del suo effetto utile mediante la previsione di barriere/ostacoli, con svuotamento dei diritti sostanziali riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione: dal regime degli effetti della nullità, al regime limitante la prova ovvero la prescrizione/decadenza e, quindi, l'esercizio dell'azione a tutela (di nullità/risarcimento), passando per il regime prevedente indebite preclusioni processuali, parimenti limitante l'esercizio dell'azione e la funzione di protezione sostanziale.

Infine, è altresì noto che il principio di effettività, per come inteso nel diritto unionale, costituisca, al pari del principio di equivalenza, il limite dell'esercizio dell'autonomia procedurale riconosciuta (solo nei relativi ambiti che non siano, però, già normati in sede europea) agli Stati Membri dall'Unione.

ooooo

La declinazione del principio di effettività sotteso al sistema pubblicistico unionale istituito a tutela della concorrenza, in funzione dell'attuazione del mercato interno, è stata di recente riaffermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21.

⁶ Si veda, in relazione alle previsioni in tema di prescrizione considerate quali indebite limitazioni interne all'attuazione dell'effetto utile sotteso alla normativa a tutela della concorrenza, *ex multis*, la sentenza della Corte di Giustizia del 17 gennaio 2019 (Dzivev e a.), resa in causa C-310/16; si veda, ancora, in relazione alla prova la sentenza della Corte di Giustizia del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/2022.

⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 28 marzo 2019 (Cogeco Communications), resa in causa C-637/17, punto 43, nonché da ultimo sentenza del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/2022 cit.; cfr., altresì, già sentenza 10 luglio 1997, resa in causa C-261/95; sentenza del 20 settembre 2001, resa in causa C-453/999; sentenza del 13 luglio 2006, resa nelle cause riunite C-295/04 e C-298/04; sentenza del 14 giugno 2011, resa in causa C-360/09; sentenza del 6 giugno 2013, resa in causa C-536/11.

In questa pronuncia, su cui si tornerà anche nel proseguo, la Corte di Giustizia, chiamata, anzitutto, dal giudice del rinvio a declinare l'efficacia probatoria, anche prima dell'emanazione della Direttiva (UE) 2014/104, delle decisioni nazionali definitive emesse dall'Autorità nazionale antitrust degli Stati Membri di accertamento della violazione della normativa antitrust da parte di un'impresa convenuta in un giudizio civile (di nullità/risarcimento danno) dal singolo pregiudicato o attinto dall'accertata altrui condotta anticoncorrenziale, lo risolve sulla base del fondamentale principio di effettività, imponendo al giudice di non ostacolare l'esercizio del diritto del singolo per come attribuito dall'Unione, con riconoscimento di pieno valore di tali giudicati, muovendo dalle seguenti significative premesse:

“49. Secondo una giurisprudenza consolidata, allo stesso modo in cui impone obblighi ai singoli, il diritto dell'Unione è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del patrimonio giuridico di detti singoli. Tali diritti sorgono non solo nei casi in cui i Trattati espressamente li menzionano, ma anche in relazione agli obblighi che i medesimi impongono in maniera ben definita sia ai singoli sia agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione (sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensazione Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

50 Occorre ricordare che l'articolo 101, paragrafo 1, e l'articolo 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza del 14 marzo 2019, Skanska Industrial Solutions e a., C-724/17, EU:C:2019:204, punto 24).

51 La piena efficacia di tali disposizioni e, in particolare, l'effetto utile dei divieti in esse sanciti sarebbero messi in discussione se per chiunque risultasse impossibile chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza (v., in tal senso, sentenze del 14 marzo 2019, Skanska Industrial Solutions e a., C-724/17, EU:C:2019:204, punto 25, e del 28 marzo 2019, Cogeco Communications, C-637/17, EU:C:2019:263, punto 39).

52 Infatti, le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione promosse dinanzi ai giudici nazionali garantiscono la piena efficacia dell'articolo 101 TFUE, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al paragrafo 1 del medesimo, e rafforzano così il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione, in quanto sono tali da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati,

che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

53 Come ha sottolineato l'avvocato generale, in sostanza, al paragrafo 82 delle sue conclusioni, lo stesso vale per le azioni di nullità promosse ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE.

54 Pertanto, qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e, di conseguenza, a invocare la nullità di un accordo o di una decisione vietata datale disposizione, di cui all'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, nonché a chiedere il risarcimento del danno subito qualora esista un nesso di causalità tra tale danno e tale accordo o tale decisione (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

*55 Come discende da una giurisprudenza costante, spetta ai giudici nazionali, incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le disposizioni del diritto dell'Unione, **non soltanto garantire la piena efficacia di tali disposizioni, ma anche tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli. È a tali giudici che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione aventi efficacia diretta** (v., in tal senso sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 52 e giurisprudenza ivi citata)".*

Non solo.

È sempre in questa sentenza che la Corte di Giustizia, nel rispondere al secondo quesito formulato dal giudice del rinvio circa la portata della nullità di pieno diritto sancita dall'art. 101, par. 2 TFUE (corrispondente al nostro art. 2, comma tre L. 287/1990), ribadisce, altresì, che: "70 [...] Poiché la nullità di cui all'articolo 101, paragrafo 2, TFUE ha carattere assoluto, un accordo nullo in forza di tale disposizione non ha effetto nei rapporti tra i contraenti e non è opponibile ai terzi. Inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (sentenza del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, punto 22)".

Il che porta la Corte di Giustizia a rammentare, per conseguenza, ai giudici nazionali l'obbligo di rilevare tutte le conseguenze derivanti dalla nullità assoluta (di pieno diritto) dell'intesa vietata anche verso i terzi, cui la stessa non è di per sé

opponibile, con tutti i conseguenti effetti (passati, presenti e futuri), da rimuoversi, senza se e senza ma. E tutto questo sempre in attuazione dello scopo utile e della *ratio* sottesi alla normativa pubblicistica in questione, oltre, che con il pieno riconoscimento da parte del giudice nazionale, in funzione protettiva, dei diritti sostanziali attribuiti dallo stesso sistema antitrust ai singoli pregiudicati o attinti dalle altrui inefficaci condotte anticoncorrenziali.

Da ultimo, va osservato come in ambito nazionale la Corte di Cassazione non sia rimasta indifferente, ma tutt'altro, all'applicazione del principio di effettività imposto dall'ordinamento unionale; la Corte nazionale ha, piuttosto, attuato tale precetto fondante l'ordinamento in molte pronunce, così riscoprendo valori costituzionali già presenti nel nostro sistema interno, ancorché spesso dimenticati, in uno ai loro concreti risvolti applicativi e rileggendo, quindi, le regole soprattutto processuali secondo questo essenziale angolo visuale. È tra queste sentenze, ad esempio, che si annovera la nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26242/2014 in tema di dovere officioso del giudice nel rilevare o accertare le nullità per violazione di norme di ordine pubblico, vieppiù di matrice unionale, con i conseguenti corollari, se pur di sovente non applicati o mal interpretati.

oooo

Posta questa imprescindibile premessa e sulla base della stessa, si intende ora procedere a leggere o, meglio, rileggere, le varie questioni, di cui ancora si controverte a livello interno, afferenti al tema qui affrontato, partendo dai fatti storici e dai dati oggettivi raccolti, per poi addentrarsi nei meandri delle relative implicazioni/complicazioni “sorte” o diversamente “risorte” al riguardo.

2. Il cartello contrattuale in tema di fideiussione per operazioni di credito realizzato dalle imprese ABI. Il contesto storico-fattuale.

E' noto che, a seguito dell'istruttoria compiuta sui modelli di fideiussione, già da tempo in uso presso gli intermediari associati all'ABI, la Banca d'Italia, nelle sue funzioni, all'epoca dei fatti, di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore del credito, con Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, reso su parere conforme dell'AGCM del 20 aprile 2005, ha statuito che le condizioni generali di contratto di fideiussione per operazioni di credito configurate agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI -ovvero le clausole di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza - si pongono in contrasto con l'art. 2, comma 2,

lettera a) della Legge 287/1990.

Le condizioni onerose in parola –di marcata deroga all’archetipo codicistico-comportano, secondo quanto sancito dall’Autorità nazionale antitrust, un ingiustificato significativo squilibrio e aggravamento della posizione contrattuale del fideiussorie degli intermediari, per di più addossando al singolo le conseguenze negative derivanti dall’inosservanza degli obblighi di diligenza imposti agli stessi intermediari dal sistema, ovvero dall’invalidità o dall’inefficacia dell’obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa (cfr. par. 96, Prov. 55/2005).

oooo

Per inquadrare correttamente il contesto in cui si inserisce la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, e, dunque, il suo reale ambito e significato sostanziale, va fatto un passo indietro.

L’Autorità nazionale antitrust (all’epoca sempre Banca d’Italia) venne interessata del cartello contrattuale in tema di fideiussioni realizzato dalle imprese associate all’ABI per la prima volta nel 1994, allorquando l’ABI sottopose alla sua valutazione, per quanto qui rileva, gli schemi-tipo di fideiussione confluiti nelle Norme Uniformi Bancarie (c.d. N.U.B.) del 1987 (Circolare ABI, Serie Tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987).

Si tratta di Circolare, denominata “REVISIONE DEI CONTRATTI BANCARI-TIPO (POS. 1195-II) NORME BANCARIE UNIFORME RELATIVE ALLE FIDEIUSSIONI”, che accorpava le diverse declinazioni dello schema-tipo di fideiussione elaborato dalle imprese associate in relazione alle operazioni creditizie, sia generiche sia determinate, sin dal 1964.

Segnatamente le N.U.B. comprendevano le declinazioni dello schema-tipo di fideiussione con riferimento a:

- a) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus)» (testo base che contiene la limitazione di importo);*
- b) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus senza limitazione di importo);*
- c) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato»;*
- d) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia dello sconto o della negoziazione di effetti cambiari»;*
- e) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia di operazioni varie*

comportanti rischi» (cfr. pag. 121, NUB 1987).

In detta Circolare veniva indicato il “testo base” delle clausole standardizzate declinato per le fideiussioni a garanzia di varie operazioni creditizie, di cui lo schema di fideiussione con clausola omnibus costituiva sostanzialmente il contratto base.

L'Autorità Antitrust avviò il procedimento istruttorio del 1994, sulla base della constatazione dell'esistenza di un'intesa rilevante ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990, ai fini dell'applicazione della normativa antitrust realizzata dagli intermediari in seno alla propria associazione di imprese, quale l'ABI, concludendo detto procedimento con il Provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994, pubblicato nel Bollettino n. 48 del 19 dicembre 1994 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In tale occasione, non vennero comminate sanzioni in ragione della manifestata collaborazione dell'ABI a rimuovere l'indicazione della obbligatorietà dei testi base, nonché le violazioni alla normativa sulla concorrenza in quella sede evidenziate.

In sostanza, nel periodo storico in questione fu ritenuto sufficiente per superare la violazione inerente alla pratica concordata e di cartello l'indicazione, meramente formale, di non vincolatività del modello elaborato dall'associazione di categoria bancaria.

Senonché il Provvedimento 12/1994 fu superato dalle indicazioni fornite in ambito unionale circa l'irrilevanza della formale obbligatorietà di una pratica concordata ai fini della disciplina antitrust, dovendosi dare rilievo al concreto coordinamento tra imprese, a maggior ragione se realizzato in seno alla propria associazione di categoria, mediante l'elaborazione di contratti-tipo.

Posto che la decisione nazionale antitrust del 1994 si basava su presupposti non rispondenti alla normativa unionale istituita a tutela della concorrenza, come interpretata dal legislatore di rango superiore europeo, con la decisione n. 55/2005 l'Autorità nazionale antitrust dovette, pertanto, riporre la propria attenzione in merito alle pratiche concordate dalle imprese operanti nel settore del credito, segnatamente sul tema della contrattualistica delle fideiussioni a garanzia delle relative operazioni.

Su sollecitazione della stessa ABI, l'Autorità nazionale antitrust prese, pertanto, in considerazione il testo base della fideiussione contenente anche la clausola

omnibus, censurando l'utilizzo, tra le clausole standardizzate oggetto di approfondimento, di quelle configurate e confluite agli artt. 2, 6 e 8 dello schema di contratto base di fideiussione, noto come schema ABI.

È, quindi, questo il contesto fattuale e storico in cui si inserisce il procedimento antitrust culminato con la decisione nazionale n. 55/2005, di cui tutti erano consapevoli ed emerge chiaro anche dalla mera lettura della decisione n. 55/2005 (cfr. par. 81) e dall'allegato parere dell'AGCM (cfr. par. 30, nonché par. 37).

Segnatamente, con la decisione antitrust sanzionatoria n. 55/2005 è stato rilevato in relazione ad ogni clausola standardizzata confluita agli artt. 2, 6 e 8 del contratto base di fideiussione:

- quanto all'art. 2 (v. parr. 84 e 85 Prov. 55/2005) “84. La clausola che dispone la “reviviscenza” della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (art. 2 dello schema) impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. art. 1953 cod. civ.). Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso. 85. Inoltre, la clausola in questione può comportare la deroga all'art. 1945 cod. civ. in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca per la restituzione di quanto ritenga di aver pagato in eccedenza rispetto al dovuto. In tal caso il fideiussore sarebbe comunque impegnato a rimborsare alla banca le somme che la stessa fosse tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni di pertinenza del debitore”;

- quanto all'art. 6 (v. par. 83, Prov. 55/2005) “83. Con riferimento alla deroga all'art. 1957 cod. civ. configurata dall'art. 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e

conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a svantaggio del garante”;

- quanto all’art. 8 (v. par. 86 Prov. 55/2005): “86. L’art. 8 dello schema estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore, derivanti dall’invalidità del rapporto principale. Tali obblighi sono ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell’adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in forza dei rapporti creditizi cui accede la fideiussione. Pertanto, una siffatta previsione non appare connaturata all’essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all’efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell’obbligazione di garanzia in capo al fideiussore omnibus al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate”.

In particolare, secondo l’Autorità nazionale antitrust le condizioni standardizzate configurate e confluite agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI, non solo non risultano giustificate da alcuna esigenza di tutela del sistema del credito, come costituzionalmente inteso (art. 47 Cost. e art. 41 Cost.), ma sono addirittura tali da esonerare “ex ante” le imprese operanti nel settore del credito dall’osservanza dei propri obblighi istituzionali concernenti l’attivarsi per la pronta tutela del credito. E, quindi, le dette condizioni contrattuali onerose, concertate a protezione del professionista, si pongono anche in aperto contrasto con quanto imposto dall’ordinamento agli intermediari, oltre che dalla Costituzione, altresì dal Testo Unico Bancario, disincentivando in sostanza la sana e prudente gestione del credito (così par. 96 Prov. 55/2005⁸).

Le statuizioni dell’Autorità nazionale antitrust hanno tratto le mosse dal presupposto per cui, se pur la standardizzazione contrattuale frutto di un’attività associativa non sia di per sé lesiva della concorrenza, tuttavia, la stessa non rispetta la normativa antitrust, per quanto ritenuto da orientamenti consolidati in materia, se gli schemi di contratto-tipo elaborati dai professionisti sono atti a:

“- fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in

⁸ Per cui: “96. [...] per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di “sopravvivenza” della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l’esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto [con l’esigenza di garanzia e tutela del sistema del credito]. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare 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”.

particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti;

- precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto” (par. 56 Prov. 55/2005).

Sottolinea l'Autorità nazionale antitrust *“Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza” (par. 56 Prov. 55/2005).*

L'Autorità nazionale antitrust ha, quindi, ritenuto che lo schema di contratto di fideiussione predisposto in seno all'ABI è idoneo a determinare di per sé una situazione di standardizzazione lesiva della concorrenza, considerato, tra l'altro, quanto ad effettivo grado di uniformità della diffusione, che, già all'epoca dell'istruttoria, i testi di fideiussione in uso nella prassi degli intermediari disciplinavano in modo sostanzialmente uniforme le condizioni oggetto dell'istruttoria, differenziandosi rispetto allo schema-tipo per un aggravamento della posizione contrattuale del fideiussore per operazioni di credito (questo in quanto l'intesa c'era in realtà sin dal 1987, ma anche da prima, come del resto risultava dal Provvedimento 12/1994, richiamato dal Provvedimento 55/2005).

L'Autorità antitrust ha concluso che le intese vietate sono quelle che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali istituiscano clausole, incidenti su aspetti significativi del rapporto, che impediscano *“un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti” (par. 94 Prov. 55/2005).*

Partendo da questi presupposti, l'Autorità nazionale antitrust ha ritenuto lecita la clausola c.d. omnibus, oggetto di separato sindacato (cfr. par. 13 decisione n. 55/2005), a maggior ragione all'esito degli interventi legislativi di cui alla L. 154/1992, e anche la clausola “a semplice richiesta” configurata all'art. 7 dello schema di contratto-base, seppur anch'essa frutto di un'intesa tra gli intermediari, in quanto ritenuta, per il suo significato sostanziale, funzionale a garantire l'accesso al credito. E ciò, però, solo nella misura in cui la detta clausola

standardizzata sia intesa come limitativa sì delle facoltà del fideiussore di sollevare eccezioni sul rapporto garantito, ma purché dette eccezioni possano essere sollevare dal fideiussore successivamente⁹.

Di contro, l'Autorità nazionale antitrust ha statuito che non rispettano le regole della concorrenza le condizioni standardizzate di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art.1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, ovvero quelle condizioni contrattuali seriali che hanno per oggetto di conferire una natura indennitaria, di tipo solutorio, alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie.

Tali clausole onerose, concertate a protezione dei professionisti del settore del credito, sono lesive della concorrenza perché: i) esonerano l'intermediario dai propri doveri di diligenza; ii) aggravano in modo ingiustificato la posizione del fideiussore e iii) non sono funzionali a garantire l'accesso al credito.

È noto che la decisione nazionale antitrust n. 55/2005 sia divenuta definitiva, non essendo stata impugnata.

ooooo

Ciò detto, vanno, da ultimo, ripercorse le argomentazioni rese dall'ABI, e, quindi, dalle imprese associate, nell'ambito del procedimento culminato con la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, per giustificare il prodotto di fideiussione

⁹ In particolare, con riferimento alla condizione standardizzata "a prima richiesta" l'Autorità Antitrust rileva che *"Ai sensi dell'art. 7 dello schema, "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio". In caso di ritardo nel pagamento, inoltre, il garante è tenuto nei confronti della banca a corrispondere gli interessi moratori, alle condizioni previste per il debitore principale. Egli sopporta altresì le conseguenze negative di un'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine. Ne deriva che il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca – che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale – ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento"* (par. 16 Provvedimento 55/2005).

Continua l'Autorità Antitrust che la clausola "a semplice richiesta" -ove assunta nel suo significato, comunemente inteso, di clausola che limita la possibilità del fideiussore di opporre eccezioni in relazione alla validità o all'esecuzione del contratto principale (e non del contratto di fideiussione), consentendogli di sollevare le dette eccezioni in un momento successivo- assolve ad *"un'adeguata protezione delle esigenze connesse al credito bancario, poiché permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione; al contempo, essa consente al fideiussore di far valere i suoi diritti in un momento successivo, al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione"* (par. 81 Provvedimento 55/2005).

In questo senso, pertanto, conclude l'Autorità Antitrust, la clausola in parola costituisce una *"standardizzazione contrattuale"* che *"non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali"*, non essendo *"ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola "a prima richiesta". Come emerso nel corso dell'istruttoria infatti essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario"* (par. 95 Provvedimento 55/2005).

concertato a garanzia delle relative operazioni di credito.

Come risulta dalla lettura dei paragrafi 27 e ss. della decisione n.55/2005, l'ABI ha affermato quanto segue:

“Natura giuridica della fideiussione omnibus

27. L'ABI ha sottolineato le peculiarità della garanzia in esame rispetto a quella disciplinata dal codice civile. Ad avviso dell'Associazione, la fideiussione omnibus è un istituto giuridico caratterizzato da una propria causa, consistente nella prestazione di una garanzia rivolta non ad assicurare l'adempimento di una determinata obbligazione altrui, bensì a tenere indenne la banca dal rischio dell'insolvenza del garantito in relazione al complesso dei rapporti che quest'ultimo ha o avrà con la banca medesima. Le disposizioni divergenti rispetto alle norme del codice civile rappresenterebbero proprio gli elementi che definiscono la specifica funzione di questa forma di garanzia, la cui legittimità andrebbe conseguentemente giudicata al di fuori dello schema legale costruito, in generale, per la fideiussione.

28. Riguardo alle singole clausole oggetto di approfondimento, l'ABI ha precisato che la disposizione relativa all'obbligo di pagamento del fideiussore a semplice richiesta scritta della banca non configura, in effetti, una garanzia “a prima richiesta”. Quest'ultimo contratto (derogatorio rispetto al regime civilistico delle eccezioni) presenta un carattere autonomo rispetto all'obbligazione principale, mentre, al contrario, la fideiussione omnibus ha natura di garanzia accessoria.

29. L'accessorietà della garanzia omnibus non consentirebbe alcuna deroga all'art. 1945 cod. civ., ma risulterebbe compatibile con un meccanismo, come quello previsto nello schema, del tipo solve et repete: il fideiussore, cioè, dovrebbe pagare a richiesta della banca l'importo dovuto, ma non perderebbe il diritto di far valere le eccezioni spettanti al debitore principale. La motivazione della clausola in esame risiederebbe, secondo quanto rappresentato dall'ABI, nella possibilità di rendere immediatamente esigibile il debito del fideiussore nei confronti della banca, anche al fine di ottenere un decreto ingiuntivo in caso di rifiuto di pagamento.

30. La rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ., ad avviso dell'ABI, va a beneficio del fideiussore, in quanto l'esercizio dell'azione giudiziale entro il breve termine previsto dalla norma “avrebbe un effetto di accelerazione delle difficoltà del debitore e potrebbe

verosimilmente precludere più favorevoli soluzioni stragiudiziali, che non sarebbero possibili nei termini assai brevi previsti dal codice”.

31. A proposito della clausola c.d. “di reviviscenza” prevista dall’art. 2 dello schema contrattuale, l’Associazione, per un verso, ribadisce il carattere accessorio dell’obbligazione fideiussoria (che escluderebbe la possibilità di derogare all’art. 1945 cod. civ.) e, per altro verso, ritiene ragionevole la permanenza della garanzia fino a quando non si realizzi la definitiva liberazione del debitore. La peculiare funzione della fideiussione omnibus è quella di garantire alla banca l’effetto solutorio definitivo, ma tale effetto non potrebbe dirsi compiutamente realizzato qualora il pagamento del debitore fosse annullato, dichiarato inefficace o revocato.

32. L’ABI osserva, inoltre, che 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”.

In definitiva, secondo l’ABI, e, quindi, secondo le imprese associate, fautrici del prodotto da esse concertato di fideiussione a garanzia di proprie operazioni di credito, le condizioni standardizzate oggetto di intesa sono essenziali e funzionali alla stessa configurazione di tale prodotto d’impresa confluito nello schema-tipo e, dunque, dell’accordo, connotandone causa, oltre che funzione e natura giuridica, prodotto che, in assenza di tali elementi (inscindibili), verrebbe meno.

3. In particolare. Sulla fideiussione c.d. specifica, ovvero senza clausola omnibus.

Non si intende entrare nel merito del dibattito -che vede divisa, a quanto si evince dalle ultime pronunce rese a distanza di poco tempo l’una dall’altra, anche la nostra Corte nazionale- circa l’inclusione o meno della fideiussione per operazioni di credito specifiche, senza la previsione della clausola omnibus ma riproduttiva, in tutto o in parte, delle stesse condizioni standardizzate di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all’art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, nell’ambito degli accertamenti e delle statuizioni operati dall’Autorità nazionale antitrust con la decisione definitiva n. 55/2005.

Vero è che, per onestà intellettuale, le Sezioni Unite della Cassazione di cui alla sentenza n. 41994/2021 hanno reso i relativi principi di diritto proprio a fronte di fideiussioni senza clausola omnibus, ovvero per operazioni di credito specifiche, riproduttive delle condizioni standardizzate giudicate anticoncorrenziali dall'Autorità Antitrust, ciò ricavandosi dalla lettura della ricostruzione dei fatti, par. 1 della decisione: *“1. La società Albatel I.C.T. Solution s.p.a. stipulava con la Sanpaolo Imi s.p.a. (ora Intesa Sanpaolo s.p.a.), in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da Giacinto Bosco, socio della Albatel, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006”* (al riguardo si vedano anche i casi affrontati da Cass., n.670/2024; Cass., n.6685/2024).

Certo è che, sempre per onestà intellettuale, in base all'impianto assunto dal nostro codice civile non c'è distinzione “di tipo” tra fideiussione a garanzia di singole determinate operazioni e fideiussione a garanzia di una pluralità di operazioni anche future, essendosi sempre al cospetto dell'unico tipo di contratto di fideiussione civilistica disciplinato dal nostro legislatore, con previsione di maggiori tutele normative, a partire dalla L. 154/1992, laddove con il contratto di fideiussione si vada a garantire una pluralità di obbligazioni indeterminate anche future, in esso prevedendosi la clausola c.d. omnibus (artt. 1938 c.c. e 1956 c.c.).

Qui si intende solo richiamare -partendo dai fatti storici e dai dati oggettivi raccolti, come anche sopra ripercorsi, altresì in ordine al contesto in cui si inserisce l'accertamento compiuto dall'Autorità nazionale antitrust, da ultimo, con la decisione n. 55/2005- i principi espressi in modo vincolante dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea anche in alcune recenti sentenze sul tema, in applicazione del principio di effettività.

Ciò, nella ferma convinzione che è proprio muovendo da tali principi, dettati a chiarimento delle norme unionali che vengono in rilievo, che si possa ritrovare, a mio avviso, la corretta prospettiva per (ri)leggere, valutare e risolvere, con la dovuta semplicità (figlia, essa stessa, del principio di effettività), le questioni insorte anche sul tema della fideiussione c.d. specifica.

Questo, certamente, in quelle ipotesi in cui il singolo fideiussore abbia, in un giudizio civile, richiesto di accertare l'esistenza della violazione della normativa

antitrust a fronte dell'intesa realizzata dalle imprese ABI, sottoforma di accordo/decisione/pratica concordata, in tema di contrattualistica (anche) della fideiussione per operazioni di credito specifiche, adducendo prove a questo fine sufficienti, oltre che chiedendo al giudice nazionale di completare il quadro probatorio emerso, come da propri doveri istruttori officiosi e in necessaria coerenza con i criteri elaborati nella materia dalle autorità di public enforcement.

I principi rivenienti dalla sentenza della Corte di Giustizia del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/22.

Con la sentenza del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/22, la Corte di Giustizia, ha ribadito, in linea di continuità con la propria costante giurisprudenza, che l'applicazione del principio di effettività esige, tra gli altri, che la prova di una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione, la quale ricorre quando l'intesa si estenda su tutto il territorio nazionale, avendo, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, possa essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti.

Afferma la Corte di Giustizia che *“l'esistenza di una pratica concordata o di un accordo, nella maggior parte dei casi, deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole di concorrenza (sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a., C-74/14, EU:C:2016:42, punti 36 e 37 e giurisprudenza ivi citata)”*.

Ricorda, inoltre, la Corte di Giustizia, in premessa ai *dicta* espressi anche in tale sentenza, che *“Secondo la giurisprudenza della Corte, in mancanza di norme dell'Unione relative ai principi che disciplinano la valutazione delle prove e il grado di intensità della prova richiesto nei procedimenti nazionali ai sensi dell'articolo 101 TFUE, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, in forza del principio di autonomia procedurale, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (v.,*

in tal senso, sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a., C-74/14, EU:C:2016:42, punti da 30 a 32 e giurisprudenza ivi citata)”.

I principi rivenienti dalla sentenza del 20 aprile 2023 resa in causa C-25/2021.

Con sentenza del 20 aprile 2023, resa in causa C-25/2021, già sopra citata, la Corte di Giustizia, in adesione a quanto rilevato dall’Avvocato Generale nelle conclusioni depositate l’8 settembre 2022, ha ribadito che le decisioni antitrust rese da Autorità nazionali di public enforcement devono essere interpretate e applicate da parte dei giudici civili degli Stati Membri nella loro portata materiale, avuto riguardo alla natura della violazione accertata, senza stravolgimenti di sorta.

Questo, difatti, è quanto è stato ribadito a più riprese dalla Corte di Giustizia proprio a fronte di violazioni antitrust denunciate a carico di imprese fautrici o partecipanti all’intesa denunciata che siano totalmente *o anche solo parzialmente coincidenti* con l’accertamento eseguito dall’Autorità pubblica antitrust (nazionale o europea), nell’ambito dello stesso contesto economico e giuridico, a maggior ragione se divenuto definitivo.

Evidenzia la Corte di Giustizia, anche nella sentenza in commento, che un tale approdo costituisce il necessario corollario dell’applicazione del principio di effettività e dell’esigenza di garantire la piena efficacia delle norme poste a presidio della concorrenza (l’art. 101 TFUE, cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990), oltre a costituire applicazione del principio di certezza del diritto.

L’approdo in questi termini si radica, sempre per quanto chiarito dalla Corte, anche in assenza di una specifica normativa dell’Unione, e, quindi, prima della sua emanazione, nelle stesse disposizioni del diritto primario (art. 101 TFUE, da cui deriva l’art. 2 L. 287/1990) e nei principi generali del diritto dell’Unione, come costantemente interpretati dalla giurisprudenza unionale.

I principi derivanti dalla sentenza del 29 luglio 2024, resa in causa C-298/22.

Con sentenza del 29 luglio 2024 resa in causa C-298/22 la Corte di Giustizia, chiamata in sede di rinvio pregiudiziale a declinare gli elementi da considerare da

parte dei giudici civili o delle autorità nazionali garanti della concorrenza per accertare l'esistenza di una restrizione della concorrenza, nella specie per oggetto, a fronte di accordi/decisioni di associazione di imprese/pratiche concordate, ha affermato, in adesione alle conclusioni dell'Avvocato Generale depositate il 5 ottobre 2023 e in rigetto delle deduzioni svolte dalle imprese sanzionate, che:

- posto che l'esistenza di un'esperienza solida e affidabile non è condizione preliminare ai fini della qualificazione come restrizione per oggetto di una pratica, i giudici o le autorità nazionali della concorrenza non devono necessariamente dimostrare l'esistenza di un precedente al fine di qualificare un comportamento sul mercato come restrizione della concorrenza per oggetto (cfr. par. 34 conclusioni Avvocato Generale e par. 41 sentenza);
- fermo quanto sopra, è ad ogni modo evidente come accordi o pratiche a comportamenti o categorie di comportamenti la cui dannosità per la concorrenza sia indubbia alla luce dell'esperienza acquisita dovranno essere dichiarati di per sé dannosi alla concorrenza da parte dei giudici (anche in assenza di una decisione pubblica) o delle autorità nazionali garanti della concorrenza (cfr. par. 38 conclusioni e par. 41 sentenza);
- in questo senso, difatti, per dirla con le parole dell'Avvocato Generale, cui la Corte si rifà, *“l'esistenza di una esperienza solida ed affidabile riguardo alla dannosità di una pratica che presenti le stesse caratteristiche di un'altra, precedentemente qualificata come restrizione della concorrenza per oggetto, lo sia a sua volta”* (cfr. par. 38 conclusioni); e tutto questo a maggior ragione allorquando nessun altro elemento specifico di detta pratica e, in particolare, il contesto giuridico ed economico nel quale essa si colloca possano mettere in discussione tale contestazione;
- per altro verso, l'accertamento dell'esistenza di una restrizione della concorrenza da parte del giudice o dell'autorità nazionale garante della concorrenza non è escluso neppure da un'eventuale mancanza di identità tra le caratteristiche di una pratica precedentemente sanzionata e quelle di una pratica da sanzionare, pena l'evidente vanificazione della normativa antitrust.

ooooo

Dai principi espressi in modo vincolante dalla Corte di Giustizia, anche nelle sentenze richiamate, si ritraggono validi spunti per leggere o, meglio, rileggere, a mio avviso, le questioni insorte in tema di violazione della normativa antitrust a fronte della fideiussione a garanzia di operazioni di credito specifiche, tenuto conto

della realtà dei fatti, come sopra ripercorsi, e al lume, sempre, del principio di effettività, sotteso alle norme da applicare in materia.

Quanto all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale sul tema della fideiussione c.d. specifica, ritengo che le strade siano tre, non quattro.

La prima. La portata materiale della decisione nazionale antitrust n. 55/2005, la quale ha riguardato, sostanzialmente, le singole condizioni standardizzate, nell'occasione confluite nello schema ABI esaminato e che ha fatto seguito alla precedente decisione nazionale antitrust n. 12/1994, è tale da estendersi, per le relative implicazioni, in applicazione del principio di effettività, anche alla fideiussione c.d. specifica riproduttiva in tutto o in parte delle condizioni anticoncorrenziali standardizzate di c.d. reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza. In questo senso, non rileva il "contenitore" in cui sono inserite le condizioni standardizzate giudicate di per sé anticoncorrenziali, ma, per l'appunto, le clausole concertate tra le imprese di per sé lesive della concorrenza, in quanto tali vietate e nulle nonché prive di ogni effetto, per la loro capacità di falsare o restringere il mercato.

La seconda. Ove ciò non si ritenesse, resta comunque che, allegata e accertata l'uniformità della standardizzazione nella concertazione o adozione da parte delle imprese delle clausole in contestazione anche nella fideiussione c.d. specifica, a sua volta rinvenienti, storicamente, da moduli o formulati elaborati in seno all'ABI (le N.U.B. su fideiussione per singole operazioni di credito, cfr. *supra* § 2), al pari di quanto accertato dalla stessa Autorità nazionale antitrust -sia tale concertazione considerata come accordo o decisione dell'associazione o pratica concordata-, la decisione antitrust nazionale n. 55/2005 configura un *indubbio precedente* di cui deve tenersi conto ai fini delle relative valutazioni richieste, soprattutto in tema di dannosità dell'intesa realizzata dalle imprese del settore con le condizioni contrattuali standardizzate di cui si tratta.

In questo senso, mutuando dall'esperienza pratica, gli argomenti valevoli sul tema, in conformità al percorso tracciato dalla Corte di Giustizia, in applicazione delle norme vincolanti e dei criteri da applicare alla materia antitrust, sempre al lume

del fondamentale principio di effettività, così potrebbero essere criticamente sviluppati, al ricorrere delle relative condizioni:

- è indubbio che le clausole contrattuali standardizzate contenute anche nella fideiussione c.d. specifica oggetto dell'intesa realizzata tra le imprese operanti nel settore del credito -istituite nelle NUB/Circolari ABI, ovvero diffuse in tutti i modelli utilizzati dalle imprese da lungo tempo e su tutto il territorio nazionale, attestanti il loro concreto coordinamento - siano le stesse identiche condizioni contrattuali istituite o, meglio, poi confluite, nello schema standard ABI dell'ottobre del 2002 portato a conoscenza nell'occasione dell'Autorità antitrust nazionale;

- la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, laddove ha accertato e decretato la dannosità delle condizioni contrattuali standard -di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, aventi per oggetto la restrizione della concorrenza, istituite e confluite, nel loro testo base, nello schema ABI 2002 - è il frutto di un accertamento solido e affidabile, in ragione dell'istruttoria compiuta dall'Autorità di public enforcement, non oggetto di alcuna contestazione (il provvedimento è definitivo), oltre che alla luce dei criteri consolidati elaborati nella materia e applicati dalla stessa autorità, in conformità agli orientamenti elaborati in ambito unionale;

- d'altro canto, è dalla mera lettura della decisione nazionale antitrust n. 55/2005 ad emergere che l'intesa tra le imprese ABI oggetto di sindacato, in relazione alle condizioni standardizzate di cui si tratta, è stata qualificata e considerata dall'Autorità antitrust nazionale come una restrizione della concorrenza *per oggetto*, secondo i canoni espressi dalla Corte di Giustizia al riguardo;

- basti, a questo fine, considerare che le statuizioni dell'Autorità di public enforcement sono rese in relazione a condizioni contrattuali standardizzate essenziali e strategiche per le relative imprese (si vedano anche le argomentazioni rese al riguardo dell'ABI, paragrafi 27 e 36 Prov. n. 55/2005) istituite in uno schema contrattuale concertato in seno alla loro associazione (l'ABI), di cui è vietata la diffusione e riproduzione anche nel futuro da parte delle imprese associate; e questo, in ragione del fatto che le condizioni standardizzate in questione hanno ad oggetto, nel contesto giuridico ed economico considerato, la restrizione della concorrenza, al di là dell'esame dei loro effetti (rileva l'Autorità di public enforcement che la violazione della normativa antitrust è nello schema -

il cartello contrattuale- e nella sua capacità di restringere di per sé il mercato in danno ai relativi utenti, cfr., par. 56 decisione n. 55/2005);

- secondo questa prospettiva, la decisione nazionale antitrust n. 55/2005 è, pertanto, un precedente che il giudice civile deve considerare ai fini della valutazione della dannosità dell'intesa denunciata in relazione alle clausole standardizzate in contestazione istituite anche negli schemi di fideiussione per operazioni di credito specifiche, non potendo esserne disconosciuta la relativa portata;

- e questo perché tale decisione antitrust ha ad oggetto statuizioni afferenti ad un'intesa avente le stesse identiche caratteristiche dell'intesa in tema di contrattualistica della fideiussione contenente la clausola c.d. omnibus, e tanto più nel caso in cui non emerga alcun elemento specifico, da parte delle imprese, dell'intesa, anche in tema di contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito specifiche, diverso rispetto all'intesa sanzionata con la decisione n. 55/2005 e, dunque, tale da richiedere differenti valutazioni in punto di dannosità della restrizione della concorrenza, essendo, piuttosto, attestato che si è al cospetto dello stesso contesto giuridico ed economico in cui l'intesa pur sempre si inserisce.

Al riguardo è indubitabile che:

-come detto, il tipo di contratto, nel contesto del quale sono inserite le condizioni standardizzate all'esame, è sempre e solo quello di fideiussione a garanzia, nella specie, di operazioni di credito bancario, al di là del fatto che si tratti di operazioni determinate o generiche, ragion per cui vi è l'attestazione dell'identità del contesto giuridico di riferimento delle intese (i cartelli contrattuali sulla fideiussione) in considerazione;

-le imprese che hanno posto in essere l'intesa sul tema (anche) della contrattualistica della fideiussione c.d. specifica, in relazione alle medesime condizioni standardizzate di cui si tratta, sono sempre le associate ABI, dovendo ricondursi il modulo di contratto da esse uniformemente adottato anche per le operazioni di credito determinate, a sua volta ad un medesimo modello elaborato in seno alla propria associazione (le N.U.B.) ed essendo, inoltre, interessato sempre il mercato nazionale del credito istituzionale; ragion per cui vi è l'attestazione anche dell'identità del contesto economico di riferimento delle intese (i cartelli contrattuali sulla fideiussione per operazioni di credito, concertati dalle imprese in seno alla propria associazione) in considerazione;

-d'altro canto, l'intesa restrittiva ha ad oggetto condizioni essenziali e strategiche, quali le condizioni di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza (il nucleo base della fideiussione per operazioni di credito, in qualsiasi declinazione)- per le imprese associate all'ABI, trattandosi, come è noto, e dalle stesse notoriamente dichiarato, di condizioni fissate in modo standardizzato con l'obiettivo di "trasformare" la fideiussione civilistica in una garanzia atipica o addirittura autonoma, sottratta, ma in modo non consentito e così, anche bandito, dall'Autorità Antitrust nazionale, alle norme dettate dal legislatore (sia che si tratti di fideiussione c.d. omnibus, sia che si tratti di fideiussione c.d. specifica).

ooooo

Così ricondotta la questione, ritornano, in tutta la loro efficacia espansiva, le conclusioni della decisione nazionale antitrust n. 55/2005 di cui ai paragrafi 91-96, dalla lettura delle quali ci si rende conto della loro sostanziale applicabilità, nel senso tracciato dalla Corte di Giustizia, anche all'intesa realizzata, in relazione delle condizioni contrattuali standardizzate – di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza – istituite dalle imprese ABI nella fideiussione c.d. specifica:

"91. L'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché "le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari". Le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.

92. Il successivo comma dell'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta "le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali", quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti. Relativamente a quest'ultimo profilo, la restrizione della concorrenza derivante da una

siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI.

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. Tale uniformità discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo.

94. La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali. Essa può risultare compatibile con le regole di concorrenza a condizione che gli schemi uniformi non 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.

95. In questo senso, non è ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola "a prima richiesta". Come emerso nel corso dell'istruttoria – infatti – essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario. Tale valutazione trova conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola stessa essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio.

96. Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare 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".

La terza. Nei giudizi civili la richiesta del singolo fideiussore di accertare l'intesa anticoncorrenziale attuata dalle imprese operanti nel settore del credito sul tema della contrattualistica (anche) della fideiussione per operazioni di credito specifiche, altresì in assenza, ove così ritenuto, di un accertamento dell'Autorità antitrust nazionale in tal senso (fermo, ad ogni modo, quanto indicato al riguardo dalla Corte di Giustizia, cfr. *supra*), può certamente essere suffragata dall'allegazione di una serie di indizi oggettivi e concordanti, non essendo, di

contro, necessario addurre delle prove dirette; in questo caso, quindi, occorre procedere ad accertare, completando eventualmente il quadro istruttorio in via officiosa, la violazione della normativa antitrust da parte dei giudici nazionali, in applicazione dei criteri consolidati elaborati nella materia, facendo necessario riferimento, per coerenza, all'esperienza maturata dalle autorità di public enforcement. E questo tanto più ove non risulti, come solitamente accade, la specifica allegazione e dimostrazione, da parte delle imprese, di una valida, coerente e logica spiegazione effettivamente alternativa rispetto all'uniformità sostanziale dei loro comportamenti, di per sé, pacificamente, indicativa dell'esistenza e persistenza di un'intesa; e questo perché si tratta di comportamenti *“collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato”* (così, *ex multis*, Cons. Stato nn.4506/2014, 4511/2014, 4513/2014; Cons. Stato n. 4010/2018, in attuazione dei principi espressi in ambito unionale).

oooo

Una *“quarta”* strada, consistente nel sostanziale rifiuto di indagare sul tema a fronte della richiesta del singolo, come da proprio diritto sostanziale, ritengo non sia di per sé consentita. Questo perché, di fatto, ipotesi che sarebbe contraria al sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza dal diritto dell'Unione, in funzione dell'attuazione del mercato interno, e al principio di effettività, secondo le linee direttrici tracciate, per ogni profilo, dalla Corte di Giustizia nelle sentenze vincolanti rese sul tema.

4. La legittimazione attiva dei singoli utenti a fare valere la nullità o, meglio, non opponibilità, dell'intesa anticoncorrenziale, oltre al risarcimento del danno.

Come si evince dai principi espressi dalla Corte di Giustizia, anche nelle sentenze sopra richiamate, in ambito unionale non vi è mai stato un reale dubbio in ordine al fatto che, ai sensi dell'art. 101 TFUE (già art. 81 TCE, nonché art. 85 TCEE), cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, l'intesa anticoncorrenziale -posto che non ha, e ne può avere, alcun minimo effetto, pena la compromissione dell'attuazione del mercato interno- non possa essere, per logica conseguenza, di per sé opposta, *nei suoi effetti, passati, presenti e futuri*, oltre che ai contraenti in

confronto ai quali l'intesa è nulla, neppure ai terzi estranei all'intesa, i quali hanno, pertanto, in questa prospettiva, piena legittimazione a far valere i propri diritti pregiudicati dall'altrui condotta anticoncorrenziale.

Il dubbio è sorto -a torto o a ragione- nel nostro ordinamento, risolvendolo con la categoria del c.d. contratto "a valle" attuativo dell'intesa illecita "a monte" e del suo nesso funzionale con la seconda, quando, invero, nel diritto unionale, la questione è molto più semplice e rispondente al principio di effettività, trasversale a tutti gli ordinamenti interni degli Stati Membri, da cui riviene la risoluzione anche della legittimazione attiva del singolo attribuita dal sistema.

L'illecito antitrust, in quanto vietato, è affetto da nullità assoluta di pieno diritto per come sancito dalla norma unionale, avente efficacia diretta, posta all'art. 101 TFUE e non può, pertanto, essere azionato, eseguito o perseguito dalle imprese in qualsiasi forma o modo lo stesso si realizzi o concretizzi; se l'illecito consiste in un'intesa orizzontale tra imprese in danno agli utenti, come nel caso di cartelli contrattuali attuati tra tutti i professionisti operanti nello stesso settore, a maggior ragione in seno alla propria associazione di categoria, la sua riproduzione nel singolo contratto, costituendone attuazione, è di per sé investita dalla nullità assoluta o, meglio, avuto riguardo ai terzi estranei al cartello contrattuale, da una sua non opponibilità al terzo, sotto ogni profilo.

Tradotto in parole ancora più semplici: qualsiasi prestazione formalmente rivendicata sulla base di un illecito antitrust vietato, in ogni sua forma, dal sistema pubblicistico (e, quindi, incorporato o meno in un singolo contratto, che, nella specie, ne è l'effetto) è di per sé ineseguibile, non attribuendo al relativo trasgressore alcun minimo diritto, né direttamente né indirettamente, con obbligo anche del giudice nazionale di rilevare o accertare siffatta sua non eseguibilità o non opponibilità verso i terzi estranei al cartello.

Per conseguenza, il terzo estraneo all'intesa ha piena legittimazione ad opporsi alla stessa, facendo valere, prima ancora che il risarcimento del danno, la non eseguibilità nei suoi confronti, in reazione o prevenzione, dell'intesa vietata realizzata tra le imprese, tanto più se si è al cospetto di una intesa orizzontale realizzata in suo danno, in relazione ad ogni sua attuazione e ogni suo effetto, nella specie, attestati dal singolo contratto che concretizza, recependolo, l'accordo illecito.

5. La legittimazione passiva delle imprese che hanno realizzato o attuato l'illecito antitrust.

Sempre in ambito unionale, non vi è dubbio che in tema di illecito antitrust la responsabilità operi secondo un principio di c.d. continuità economica, secondo la quale la stessa ricade in capo non solo a colui che genera l'infrazione, ma anche a coloro che la perseguono, in casi di mutamenti di qualsivoglia genere, pena l'aggiramento della normativa pubblicistica antitrust¹⁰.

Ai fini pratici, l'illecito antitrust non può essere perseguito né dall'impresa che ha trasgredito al divieto di intese anticoncorrenziali, né dai suoi aventi causa, a prescindere dalla forma o dalla modalità dei trasferimenti o cessioni realizzati, proprio perché l'illecito in questione, in quanto vietato dal sistema pubblicistico antitrust e attinto da nullità assoluta di pieno diritto, non ha alcun effetto sul mercato, né diretto, né indiretto.

6. La competenza a decidere sulla violazione della normativa antitrust. La contemporanea pendenza di giudizi.

È ben noto che nel nostro ordinamento la competenza a decidere con efficacia di giudicato sulle questioni di violazione della normativa antitrust, anche in questa materia, siano devolute alla competenza esclusiva delle Sezioni Specializzate in Materia delle Imprese, e, a partire dalla novella di cui al D.lgs 3/2017, a quelle di Milano, di Roma o di Napoli, in relazione ai rispettivi ambiti territoriali.

Ma è, altresì, noto che, in seno a giudizi civili, in cui si controverta di domande di pagamento promosse dalle imprese o da loro aventi causa fondate sull'illecito antitrust, è compito del giudice investito bloccarne la relativa richiesta, con accertamento in via incidentale al riguardo.

Del resto, ogni diversa soluzione non sarebbe compatibile con l'ordinamento unionale. Questo in quanto, come detto, è a tutti i giudici nazionali, primi giudici europei, che compete l'obbligo di assicurare d'ufficio il rispetto della normativa unionale, tra cui in particolare quella antitrust (cfr., in questo senso, altresì quanto si ricava dalle norme della Direttiva (UE) 104/2014), bloccando ogni forma di

¹⁰ Così si è espressa la Corte di Giustizia in diverse sentenze, tra cui possono citarsi, tra le tante, la sentenza del 14 marzo 2019 resa in causa C-724/17 (Skanska), la sentenza dell'11 dicembre 2007, resa in causa C-280/06 (ETI), la sentenza del 7 gennaio 2004, resa nelle cause riunite C-204/00, C-205/00, C-213/00, C-217/00 e C-219/00 (Aalborg Portland), la sentenza del 28 marzo 1984, resa nelle cause riunite C-29/83 e C-30/83 (Compagnie Royale asturienne des mines).

rivendicazione degli effetti, passati, presenti e futuri, che su quell'illecito antitrust si intenderebbero fondare; e questo a maggior ragione se nei confronti di terzi estranei all'accordo vietato, come nei cartelli contrattuali, costituenti intese orizzontali realizzate tra le imprese di un settore in danno ai consumatori/utenti. Altra questione è se nella contemporanea pendenza di un giudizio di accertamento con efficacia di cosa giudicata innanzi il giudice antitrust della violazione della normativa a tutela della concorrenza e applicazione dei conseguenti effetti e di un giudizio avente ad oggetto una domanda di pagamento fondata su illecito antitrust, nell'ipotesi attribuito, in via esclusiva, al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c., tale ultimo giudizio debba essere o meno sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. per la pregiudizialità dell'accertamento oggetto del giudizio antitrust (e questo, in ragione della competenza funzionale inderogabile del giudice dell'opposizione a decidere sulla domanda di pagamento azionata in via monitoria dall'impresa ricorrente).

Al riguardo, è noto che esistano anche sul punto contrasti nella giurisprudenza interna, che, si auspica, possano trovare una loro ricomposizione all'esito del pronunciamento richiesto alle Sezioni Unite della Cassazione con ordinanza interlocutoria n. 27927 del 29 ottobre 2024.

Ciò che qui si intende evidenziare è che la soluzione alla questione posta, se è pur vero che debba essere rinvenuta sulla base delle norme dell'ordinamento interno, nell'ambito dell'autonomia procedurale riconosciuta ad ogni Stato Membro, in tanto potrebbe, però, ritenersi compatibile con il diritto unionale, in quanto vengano rispettati i noti limiti del principio di effettività e del principio di equivalenza.

7. La prova dell'illecito antitrust consistente nel cartello nazionale in tema di fideiussione per operazioni di credito bancario.

Come risulta dalla decisione nazionale n. 55/2005, l'illecito antitrust in essa giudicato risiede nella concertazione tra le imprese confluita nello schema di contratto-tipo elaborato in seno all'ABI e nella capacità di tale schema, in particolare delle relative condizioni contrattuali dichiarate lesive della concorrenza, di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, di restringere o falsare di per sé il mercato (cfr. par. 56 decisione per cui *“Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la*

standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza”).

Se questo è, ne consegue che, a ben vedere, per l'accertamento dell'attuazione da parte del giudice civile di tale illecito antitrust (il cartello contrattuale), realizzato dalle imprese ai danni dei terzi estranei, basta verificare, posto che la violazione della normativa antitrust è già stata decretata dall'Autorità nazionale antitrust con decisione definitiva, il fatto della sua inclusione nel singolo contratto (lo strumento di attuazione del cartello contrattuale realizzato tra le imprese del settore), non opponibile ai terzi, estranei all'accordo vietato.

Di contro, la diffusione di tale illecito antitrust presso altre imprese ABI dopo la decisione nazionale definitiva 55/2005 non è un requisito di sua configurazione. Questo in quanto l'illecito in questione sta, per l'appunto, già nel cartello contrattuale realizzato, tramite la concertazione attestata dallo schema elaborato in seno all'ABI, tra le imprese associate.

In merito, vanno riportati i principi già espressi dalla Cassazione con pronuncia n.13846/2019, ripresi dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n.41994/2021: *“Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207 (cfr. in tema anche Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, 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 andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI da cui non fossero state espunte le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: giacché, come è chiaro, l'illecito concorrenziale poteva configurarsi anche nel caso in cui l'ABI non avesse contravvenuto a quanto disposto dalla Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, ma la Banca Popolare di Bergamo avesse egualmente sottoposto all'odierno ricorrente un modulo negoziale includente le disposizioni che costituivano comunque oggetto dell'intesa di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a)”.*

Tali principi sono, del resto, conformi ai criteri espressi, in attuazione del principio di effettività, dalla Corte di Giustizia nelle sentenze rese sul tema, tra cui, da ultimo, nella pronuncia del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21 sopra citata.

Per inciso, non si intende qui sostenere che, tenuto conto anche della non uniformità delle opinioni al riguardo, non sia opportuno, nei relativi giudizi civili, dimostrare anche la (notoria) diffusione del cartello anticoncorrenziale di cui si tratta presso altre imprese dopo la pubblicazione della decisione antitrust n. 55/2005. Questo, però, costituisce, a mio avviso, solo un mero scrupolo difensivo, che non può, e non deve, condurre ad uno stravolgimento del reale senso delle cose.

8. Le conseguenze derivanti dalla violazione della normativa antitrust a fronte dell'intesa sul tema della contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito.

8.1. La nullità assoluta di pieno diritto dell'accordo. Quale valutazione?

Se è pur vero che le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 41994/2021 abbiano preferito, come è noto, l'opzione della nullità parziale, ovverossia confinata alle singole condizioni dichiarate anticoncorrenziali dall'Autorità antitrust di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, sulla base delle considerazioni ivi svolte, tuttavia, è dalla stessa pronuncia ad emergere che tale opzione non costituisce, e né potrebbe esserlo, un assioma.

In particolare, sono le stesse Sezioni Unite ad affermare che la nullità totale va decretata nella misura in cui risulti che le singole condizioni dichiarate anticoncorrenziali dall'Autorità nazionale antitrust siano essenziali nel contesto dell'accordo in cui sono inserite.

Tanto, però, la Corte nazionale ha affermato, nel relativo caso, formulando considerazioni -pur nella premessa della specialità della materia antitrust e delle sanzioni comminate dal sistema di derivazione unionale anche in termini di nullità, distinte da quelle civilistiche, come ancor sancito dalla Cassazione sin dal 1999 (Cass., n. 827/1999) - attestanti l'adozione di un approccio che, poi, di fatto, finisce per fare ricorso a categorie del diritto interno e non del diritto unionale, come dovuto.

Ciò detto, ritengo che per la valutazione della questione qui posta possa adottarsi un diverso approccio, segnatamente quello tracciato dallo stesso art. 101 TFUE,

cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, unitamente alle indicazioni già fornite al riguardo dalla Corte di Giustizia; il tutto, ben dovendo ricordare, che, come è noto, allorquando venga in rilievo una questione attratta alla disciplina unionale occorre utilizzare, da parte degli operatori, solo le categorie dell'ordinamento unionale, in luogo di quelle dell'ordinamento interno, pena il venir meno della coerenza e della uniformità di interpretazione e applicazione imposte a tutti gli Stati Membri dal sistema sovraordinato europeo, in funzione, anch'esse, dell'attuazione del mercato interno.

Non osta a questo diverso proposto approccio la considerazione per cui le conseguenze della nullità antitrust spetterebbero, nella relativa regolamentazione, all'ordinamento interno di ogni Stato Membro nell'ambito della propria autonomia procedurale. Una tale considerazione è smentita dal tenore testuale dello stesso art. 101 TFUE, che pone, oltre che la regola del divieto di intese anticoncorrenziali, la regola della nullità delle intese in questione, come precisata dalla stessa Corte di Giustizia (cfr. *supra*); tanto è vero che più volte la Corte europea è stata investita dai giudici del rinvio a fornire, ai sensi dell'art. 267 TFUE, criteri interpretativi proprio in rapporto alla regola della nullità assoluta di pieno di diritto posta dalla norma unionale e alla sua portata ed estensione.

Detto in altri termini, in questo ambito non c'è autonomia degli Stati Membri nello stabilire la sanzione per la violazione del divieto di intese sancito dalla normativa antitrust. Questo perché la sanzione, in tale specifico caso, è chiaramente scritta nel Trattato in una disposizione primaria che ha efficacia diretta, individuandosi nella nullità assoluta di pieno diritto verso i contraenti l'intesa vietata, da un lato, e nell'inopponibilità dell'intesa in questione verso i terzi ad essa estranei, dall'altro lato, da applicarsi secondo i principi di effettività e di proporzionalità.

Per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, come richiamata anche nella sentenza del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21 cit., se è vero che, in linea teorica, la nullità assoluta sancita dall'articolo 101, paragrafo 2, TFUE si applica ai soli elementi dell'accordo vietati dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e questo per un principio di proporzionalità, tuttavia, è anche vero che, in concreto, "*L'insieme dell'accordo è nullo [...], se questi elementi non sono scindibili dall'accordo stesso (v., in tal senso, sentenza del 28 febbraio 1991, Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, punto 40)*" (così sentenza in C-25/21 del 23 aprile 2023; nonché già sentenza 30 giugno 1966 (Société technique minière), resa in causa C- 56/65).

Dalla lettura delle sentenze della Corte di Giustizia rese sul punto, in risposta ai quesiti posti dai giudici del rinvio, segnatamente circa la portata della nullità assoluta di pieno diritto sancita dal sistema antitrust, emerge che la valutazione imposta al riguardo dall'art. 101 TFUE, cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, debba riferirsi "all'accordo", ovverosia all'intesa realizzata tra due o più imprese, in rapporto al quale verificare se gli elementi vietati dello stesso, perché solo questi formalmente giudicati lesivi della concorrenza, risultino, sostanzialmente, inseparabili, nel qual caso esso sarà colpito nel suo complesso.

In altri termini, la valutazione richiesta a questi fini va sempre operata restando al livello dell'intesa realizzata tra le imprese sottoposta a sindacato di lesività ai fini della concorrenza, senza, di contro, sconfinare in valutazioni che finiscono per approdare ai rapporti "a valle" con i terzi estranei all'intesa oggetto di sindacato, per di più con valutazioni *ex post* e non *ex ante*.

Se questo è, ne consegue, avuto riguardo al caso all'esame, che, posto che l'intesa è il contratto-tipo recepito da una decisione di un'associazione di imprese, quale lo schema ABI, è a questo "accordo" assunto tra le relative imprese che deve guardarsi, costituendo il singolo contratto solo l'attuazione (l'effetto) dell'intesa realizzata, non opponibile ai terzi ad essa estranei.

Ne deriva, pertanto, per l'ulteriore effetto, che è sempre e solo in relazione allo schema di contratto (ovvero il cartello contrattuale), concertato dalle imprese in seno all'ABI, che dovrà valutarsi, ai fini di cui qui si discute, se i suoi elementi, attinti dalla nullità speciale antitrust in ragione delle statuizioni dell'autorità nazionale di public enforcement, da esso non siano scindibili o separabili, investendo, in questa ipotesi, la nullità speciale antitrust l'intero accordo (l'intesa orizzontale-il cartello) nel suo complesso.

Di contro, focalizzare l'attenzione sul singolo "contratto a valle", per di più adottando, ma in modo non consentito, le categorie del diritto interno afferenti alle nullità propriamente civilistiche, in luogo, come imposto, delle categorie unionali, alla ricerca, addirittura, di una volontà del singolo utente che subisce l'intesa orizzontale attuata tra le imprese del settore e, rispetto alla quale, lo stesso è "terzo" estraneo, finisce per disconoscere la stessa portata della nullità speciale di pieno diritto comminata dall'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, come delineata dalla Corte di Giustizia, e, ancor prima, la stessa struttura e configurazione dell'intesa di cui si tratta.

Posta questa chiave di lettura, torniamo, quindi, a rileggere i dati che emergono dalla decisione nazionale antitrust n. 55/2005 anche al riguardo.

Come rilevato (cfr. *supra* § 2), dai punti 27 e ss. della decisione antitrust n. 55/2005 risulta che l'ABI, e, quindi, le imprese associate, hanno dichiarato, nel relativo procedimento, che le condizioni giudicate anticoncorrenziali da parte dell'Autorità nazionale antitrust di cui allo schema di contratto esaminato, ovverosia le condizioni di c.d. sopravvivenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. reviviscenza, sono essenziali nel contesto del prodotto di garanzia da esse elaborato. Dichiara l'ABI, in particolare, che sono questi elementi a connotare la causa del prodotto di fideiussione per operazioni di credito confluito nello schema, in mancanza del quale verrebbe meno la stessa natura giuridica, oltre che causa e funzione, del prodotto di garanzia in questione.

Del resto, questo tipo di approccio è quello che ancora oggi viene sistematicamente assunto, come è noto, dalle imprese associate all'ABI o da loro aventi causa nei vari giudizi civili, di cui alle diverse pronunce annotate o commentate sul tema, in linea di continuità con il passato, giungendo, come detto in premessa, le stesse imprese, addirittura, a ritenere la natura autonoma della propria garanzia, grazie, sostanzialmente, a quelle condizioni anticoncorrenziali, contenuta nel modello di fideiussione per operazioni di credito conforme allo schema ABI.

Se questo è, ritengo che, applicando i criteri indicati dalla Corte di Giustizia al riguardo, e dovendo la valutazione in termini di reale portata/estensione della nullità ex art. 101 TFUE, cui corrisponde l'art. 2 L. 287/1990, operarsi, come detto, in rapporto allo schema concertato dalle imprese -che è l'intesa, ovverosia l'accordo rilevante ai fini della normativa a tutela della concorrenza- ne deriva che risulta attestato, per stesse ammissioni dell'ABI e delle imprese associate, che, posto che le condizioni/gli elementi dell'accordo attinti dalla nullità speciale antitrust non sono da esso scindibili ovvero separabili, risultandone, in difetto, compromessa causa e funzione del prodotto di garanzia normato dallo schema, oltre che natura giuridica, l'insieme dell'accordo (lo schema) è nullo nel suo complesso, ai sensi dell'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990; e con esso è privo di ogni effetto, passato, presente e futuro, nella sua interezza qualsiasi strumento che lo attui e concretizzi (*i.e.* il singolo contratto) verso i terzi estranei.

8.2. La nullità parziale. Questioni “aperte”.

Non vi è dubbio che la sanzione di nullità speciale antitrust colpisca le condizioni giudicate lesive della concorrenza dalla decisione nazionale n. 55/2005 e, segnatamente, le condizioni standardizzate, oltre che di c.d. reviviscenza e di c.d. sopravvivenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. incluse nella singola fideiussione in attuazione dell'illecito antitrust.

Parimenti non vi è dubbio che si tratti di una nullità speciale imposta dal sistema antitrust che va rilevata o accertata d'ufficio dal giudice nazionale in ogni stato e grado del processo civile, come ribadito, oltre che dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 41994/2021, dalla Corte di Giustizia anche nelle sentenze sopra citate.

Invero, tale compito officioso dovrebbe essere esercitato, ancora più a monte, dallo stesso giudice investito, in particolare in sede monitoria, dall'impresa che ha trasgredito o dal suo avente causa di una domanda di pagamento fondata su illecito antitrust e, dunque, sin da questa fase, con rigetto della relativa indebita pretesa.

Insomma, nulla di diverso, a ben vedere, da quanto è stato imposto nel nostro ordinamento dai *dicta* vincolanti della Corte di Giustizia resi, come è noto, in materia di tutela del consumatore, in applicazione della relativa normativa pubblicistica (che ha lo scopo anch'essa di tutelare, altresì, la concorrenza e la realizzazione del mercato interno), dovendosi, peraltro, ricordare che in materia antitrust non sono ammesse deroghe di alcun tipo.

I dubbi, invece, “sorti” o “risorti” a livello interno sono di altro tipo; tali dubbi afferiscono, in particolare, avuto riguardo alla condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c.:

- da un lato, alla ritenuta natura di eccezione in senso stretto del rilievo o della richiesta, da parte del singolo, di estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c. e tempistica di sua formulazione entro i termini di preclusione processuale;

- dall'altro lato, alle richieste delle imprese associate all'ABI o di loro aventi causa, *vuoi*, di introdurre una deroga indiretta all'art. 1957 c.c. per il tramite, in particolare, della condizione standardizzata di pagamento “a prima richiesta”, *vuoi*, di procedere ad una (ri)qualificazione, anche grazie a questa condizione, in uno a quelle giudicate anticoncorrenziali (2, 6 e 8), della natura del prodotto di fideiussione per operazioni di credito confluita nello schema ABI, segnatamente

come garanzia atipica o autonoma; e questo, onde così ritenere irrilevante l'applicazione della normativa antitrust.

8.2.1. La pretesa tardività nella formulazione dell'eccezione di estinzione ex art. 1957 c.c. Una (ri)lettura della questione secondo il principio di effettività e il principio di equivalenza.

In varie pronunce nazionali si legge che, seppur rilevata o accertata la nullità speciale antitrust della condizione standard di deroga all'art. 1957 c.c., di poi, in assenza della formulazione di una tempestiva eccezione di parte (nei termini di preclusione processuale) di estinzione o decadenza ex art. 1957 c.c., inquadrata come "eccezione in senso stretto", il giudice non potrebbe decretare l'estinzione della singola fideiussione ai sensi di tale disposizione codicistica non validamente derogata dalla condizione abusiva, pur ricorrendone i relativi presupposti di fatto (*i.e.* mancata proposizione di istanze giudiziali da parte del creditore nei termini previsti dall'art. 1957 c.c. dalla scadenza dell'obbligazione garantita).

La tesi non è, a mio avviso, conforme al diritto antitrust dell'Unione e al principio di effettività ad esso sotteso, oltre che al principio di equivalenza, occorrendo rileggerla sotto questa lente; e questo al pari, in sostanza, di quanto è stato imposto al nostro ordinamento in materia di applicazione della normativa a tutela del consumatore contro abusi contrattuali dei professionisti e relative conseguenze.

i) L'applicazione del principio di effettività.

Declinando in concreto il principio di effettività imposto dal diritto dell'Unione, in uno ai suoi corollari applicativi enunciati dalla Corte di Giustizia, come sopra indicati (cfr. § 1), ne deriva l'obbligo -una volta rilevata o accertata d'ufficio, da parte del giudice nazionale, la nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga dell'art. 1957 c.c., riprodotta nella singola fideiussione, disapplicandola- di riconoscere al singolo il corrispondente effetto liberatorio sotteso alla norma codicistica; e questo, a prescindere da una richiesta o meno, nei termini o meno di preclusione processuale stabiliti dal diritto interno, da parte del singolo.

Segnatamente, è obbligo del giudice nazionale rilevare e/o dichiarare, per immediata conseguenza, il naturale effetto estintivo della fideiussione conforme allo schema ABI, laddove emerga il mancato rispetto di tale disposizione normativa, il cui effettivo esplicarsi precettivo è stato inibito dalla condotta

anticoncorrenziale dell'impresa e che, seppur giudicata illecita dall'Autorità nazionale antitrust, e, in quanto tale, di per sé inutilizzabile, è stata, comunque, attuata in violazione della normativa antitrust.

L'assenza di tale effetto estintivo, conseguente di per sé alla disapplicazione della condizione abusiva di deroga all'art. 1957 c.c., infatti, pregiudicherebbe l'effetto deterrente che l'art. 101 par. 2 TFUE e il corrispondente art. 2, comma 3 L. 287/1990 mira a collegare all'accertamento della natura anticoncorrenziale della intesa attuata dalle singole imprese con il contratto riproduttivo in tutto o in parte della prima, come tale radicalmente vietata e nulla per il sistema antitrust, con rimozione di tutti gli effetti passati, presenti e futuri.

Inoltre, l'assenza del rilievo automatico di tale effetto estintivo della singola fideiussione riproduttiva della condizione lesiva della concorrenza, quindi, anche in assenza di richiesta di parte o nei termini di preclusione processuale interni, implicherebbe la violazione dell'obbligo del giudice nazionale di attivare i propri doveri officiosi in funzione protettiva dei singoli, cui l'ordinamento dell'Unione attribuisce diritti sostanziali, che vanno tutelati e ristabiliti nella loro pienezza proprio dal giudice nazionale, per come imposto dalla Corte di Giustizia, ristabilendo l'equilibrio compromesso dall'altrui illecito anticoncorrenziale.

D'altro canto, l'attuazione del principio di effettività imposto dal legislatore dell'Unione, segnatamente per i diritti derivanti dall'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990 a favore dei singoli, implica la disapplicazione di ogni disposizione processuale interna che inibisca la realizzazione di tali effetti, vieppiù la disapplicazione di tutti quegli orientamenti giurisprudenziali nazionali, anche se consolidati, comportanti l'impossibilità o l'eccessiva gravosità nell'esercizio dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto unionale, mediante la creazione di barriere formalistiche al rilievo e ai conseguenti effetti, ma che si risolvono, a ben vedere, in fattori pregiudicanti, di per sé, l'attuazione della normativa antitrust e del suo risultato utile.

Se questo è, risulta, pertanto, che, una volta accertata o rilevata la nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., inclusa nella singola fideiussione, la conseguenza non può che essere, in applicazione del principio di effettività, in uno alla *ratio* sottesa alla disciplina pubblicistica posta a presidio della concorrenza, che quella di rilevare o dichiarare, per l'immediato effetto, da parte dello stesso giudice nazionale, anche in funzione protettiva, e

vieppiù se lo stesso è stato investito di una domanda di pagamento fondata sull'illecito antitrust, l'estinzione della singola fideiussione per mancata proposizione da parte del creditore di istanze giudiziali nei termini previsti dall'art. 1957 c.c., indipendentemente dalla richiesta tempestiva o meno, sotto un profilo processuale interno, di parte.

Al riguardo, difatti, non può opporsi alcuna pretesa tardività, a livello processuale, a fronte della legittima richiesta del singolo di far valere, anche dopo le pretese preclusioni di rito interne, l'effetto estintivo riconnesso ai diritti riconosciuti dagli art. 1957 c.c., le cui condizioni di deroga frutto di intesa illecita, ex art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, devono essere disapplicate, rimuovendo e/o inibendo, appunto, tutti gli effetti passati, presenti e futuri dell'illecito, per come imposto dalla Corte di Giustizia.

Il tutto, pertanto, con ripristino automatico per il soggetto pregiudicato dall'altrui condotta anticoncorrenziale, accertata dall'Autorità nazionale antitrust, della stessa situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato se la condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c. non fosse stata concertata e imposta al singolo, e, quindi, da considerarsi come mai esistita, in violazione della normativa antitrust.

In altri termini, questo significa che non potrà giammai essere dichiarata la tardività della richiesta di applicazione di un effetto conseguente alla declaratoria di nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., quale l'estinzione, non avendo alcun senso discorrere in tali ipotesi di eccezioni in senso stretto o meno, ovvero ancora di preclusioni processuali ecc., frutto di interpretazione giurisprudenziale interna, incompatibile, però, con il principio di effettività sancito a livello unionale.

È evidente, difatti, come ammettere il rilievo officio della nullità speciale antitrust, per violazione della relativa disciplina pubblicistica, della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c. per poi, però, continuare a sostenere una preclusione di carattere processuale e, in particolare, di decadenza processuale nel far valere gli effetti che conseguono di per sé all'applicazione della sanzione di nullità speciale antitrust, quali nella specie l'estinzione ex art. 1957 c.c. della fideiussione, implicherebbe di cadere in una chiara inversione metodologica, o meglio in un vero e proprio "cortocircuito".

Difatti, se il rilievo d'ufficio della nullità speciale antitrust con le relative conseguenze applicative ha anche, come in effetti la stessa ha, una funzione protettiva dei diritti sostanziali, che l'ordinamento unionale riconosce ai singoli, da parte del giudice nazionale, e, segnatamente, a favore della parte pregiudicata dall'altrui condotta anticoncorrenziale, essendo compito del giudice ristabilire l'equilibrio reale compromesso, preclusioni e decadenze processuali non possono di per sé essere opposte come barriere al rilievo della piena attuazione dei diritti sostanziali attribuiti al singolo pregiudicato dalla medesima condotta anticoncorrenziale (nella specie, la condizione lesiva della concorrenza di deroga standardizzata dell'art. 1957 c.c.). E questo perché si tratta di barriere che costituiscono, esse stesse, un evidente limite al pieno dispiegarsi proprio del principio di effettività, che, anzi, risulta così in radice gravemente minato.

Ne deve, pertanto, conseguire la necessaria interpretazione conforme delle norme interne al principio di effettività, sotteso alla normativa antitrust, e, comunque, la disapplicazione, in attuazione dei principi del diritto dell'Unione, di ogni contraria interpretazione tesa a valorizzare asserite preclusioni processuali interne meramente formalistiche -per di più di fonte giurisprudenziale-, pena un aggiramento, non consentito in forza degli obblighi assunti da ogni Stato Membro con la firma dei Trattati, del principio di effettività imposto dall'Unione, per come declinato dalla Corte di Giustizia nel suo concreto atteggiarsi.

In questa prospettiva, è di tutta evidenza come impedire l'esplicarsi dell'effetto liberatorio/estintivo riconnesso alla sanzione di nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., accogliendo, addirittura, la domanda di pagamento di una impresa ABI o di un suo avente causa, laddove sia, di contro, attestato fondarsi su una fideiussione estinta ex art. 1957 c.c., norma non validamente derogata dalla condizione abusiva, sia tale, in sostanza, da comportare:

- la vanificazione della stessa sanzione di nullità speciale antitrust imposta dal sistema unionale ex art. 101 TFUE e, quindi, nazionale ex art. 2 L. 287/1990,
- il venir meno dell'effetto deterrente sotteso alla regola del divieto e alla regola della nullità speciale sanciti dal sistema antitrust a presidio di interessi superindividuali,

- la violazione della funzione protettiva imposta al giudice nazionale nella tutela dei diritti sostanziali riconosciuti ai singoli dall'Unione, nella specie dalle norme pubblicistiche antitrust.

Il tutto, in finale, con l'ulteriore paradossale conseguenza di arrivare a riconoscere alla impresa ABI, o a suoi pretesi aventi causa, addirittura benefici rivenienti dall'illecito antitrust attuato in danno al singolo, per appigli formalistici, con evidente configurarsi, in questa ipotesi, anche di una responsabilità risarcitoria verso il singolo medesimo, quindi, con ulteriore "cortocircuito".

Del resto, sul punto va evidenziato come siano state le stesse Sezioni Unite della Cassazione ad aver espressamente statuito, anche nella sentenza n. 41994/2021, che qualsiasi indebito pagamento effettuato dal singolo fideiussore a fronte dell'illecito antitrust di cui si tratta è foriero di azione di ripetizione, oltre a dare diritto al singolo al risarcimento dei danni procuratigli dall'intesa vietata e sua attuazione/perpetrazione (cfr. par. 2.20.3., sentenza S.U. n. 41994/2021).

Il che, indirettamente, significa che l'illecito antitrust vietato e i suoi effetti, da inibire o reprimere *ex se*, sotto ogni forma, per quanto imposto dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza, sono insensibili a qualsiasi rilievo di formale preclusione, tanto più se processuale.

ii) L'applicazione del principio di equivalenza.

Ma alla conclusione indicata si perviene, invero, applicando anche i criteri interni del nostro ordinamento, segnatamente in relazione agli effetti conseguenti -dopo e non prima- ad una declaratoria di nullità di un titolo contrattuale, quindi, in applicazione, altresì, del principio di equivalenza.

Come è noto, in base al nostro ordinamento, in tanto una parte può far valere i diritti inibiti da un titolo contrattuale in quanto quel titolo venga prima rimosso dal giudice con una pronuncia dichiarativa di nullità.

Difatti, il contratto o le sue clausole hanno forza di legge tra le parti (1372 c.c.).

Del pari, è, altresì, noto che gli effetti cogenti disciplinati nel titolo contrattuale possano essere rimossi nel nostro ordinamento, rimettendo le parti nella situazione di fatto e di diritto antecedente alla stipula del titolo medesimo, solo con un provvedimento di un giudice che ne accerti e dichiari la nullità.

La possibilità giuridica di invocare e far valere in concreto i diritti inibiti nel loro esercizio dal contratto o dalla clausola contrattuale, in questa prospettiva, con formulazione anche delle relative speculari eccezioni, sorge, pertanto, solo dopo

che il giudice abbia rimosso, con la pronuncia giudiziale di declaratoria di nullità, il pregiudizio che comporta in questo senso il contratto o la clausola contrattuale (sul punto cfr. *ex multis, mutatis mutandis*, Cass., n.12038/2000).

Questo significa che, fintantoché non sia intervenuta una pronuncia di accertamento di invalidità, ancorché avente natura dichiarativa, del titolo contrattuale che esclude il diritto e ne inibisce il suo esercizio *-nella specie di invalidità del patto di deroga al diritto sancito dall'art. 1957 c.c. per violazione della normativa antitrust da parte del giudice competente-* alla parte non è concessa di per sé la possibilità legale di far valere il diritto escluso dal titolo, in uno ai relativi effetti, che, difatti, si presenta come un titolo presuntivamente valido; e questo, per l'appunto, sino a che lo stesso non venga rimosso dal panorama giuridico da parte di un giudice con la pronuncia di accoglimento della richiesta volta a farne valere la nullità e che risulta, a tal fine, necessaria.

Avuto riguardo al diritto del singolo fideiussore di far valere l'estinzione della singola fideiussione riproduttiva della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., per mancata proposizione delle azioni giudiziali da parte del creditore nel termine decorrente dalla scadenza dell'obbligazione principale, sancito dalla norma codicistica, è evidente che, se l'esercizio di tale diritto è inibito perché derogato con patto del contratto di fideiussione sottoscritto dalla parte, il diritto medesimo non potrà essere giuridicamente fatto valere fintantoché la clausola contrattuale di deroga all'esercizio del relativo diritto non sia rimossa con una pronuncia giudiziale di nullità.

In altri termini, è solo la declaratoria giudiziale di nullità della clausola di deroga all'art.1957 c.c. a determinare l'applicabilità *ipso jure* della norma in questione, costituendo un effetto consequenziale naturale proprio dell'accertata nullità del titolo ad opera, e solo, del giudice.

Risulta, pertanto, anche sotto questa prospettiva, errata la tesi che fa leva su una pretesa tardività, per mancata asserita tempestiva formulazione della relativa richiesta nei termini di preclusione processuale, scorrendo impropriamente di eccezioni in senso stretto, nell'esercizio del diritto da parte del singolo fideiussore di far valere la decadenza/estinzione della fideiussione ai sensi dell'art.1957 c.c., derogato dalla condizione anticoncorrenziale, avente forza di legge tra le parti

(1372 c.c.), contenuta nel singolo contratto attuativo dell'illecito antitrust, finché non rimossa dalla pronuncia del giudice.

Pertanto, anche per il principio di equivalenza, oltre che per il principio di effettività come sopra declinato, entrambi sanciti dal diritto dell'Unione quali limiti dell'esercizio dell'autonomia procedurale degli Stati Membri nelle materie unionali, si approda sempre alla stessa conclusione.

Rilevata o dichiarata da parte del giudice nazionale la nullità speciale antitrust d'ufficio o su sollecitazione del singolo anche oltre i termini di preclusione processuali "interni", della condizione anticoncorrenziale di deroga -diretta o indiretta- all'art. 1957 c.c., ne deriva, per immediata conseguenza, stante il ripristino del soggetto pregiudicato dall'altrui illecito anticoncorrenziale nella stessa situazione di fatto e di diritto antecedente, la declaratoria, quale effetto naturale della nullità, di estinzione della singola fideiussione, in forza della norma sostanziale (l'art. 1957 c.c.) non più derogata ma efficace, al ricorrere delle relative condizioni. Di contro, non può opporsi alcuna preclusione, neppure processuale, alla relativa richiesta di estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c., che, anzi, come detto, deve essere di per sé decretata quale effetto naturale, automatico e conseguenziale dell'accertamento dell'illecito antitrust e dell'applicazione della sanzione di nullità speciale disposta dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza.

ooooo

8.2.2. La condizione standardizzata di c.d. pagamento "a prima richiesta" dello schema ABI riprodotta nelle singole fideiussioni: la sua irrilevanza ai fini dell'applicazione della normativa antitrust.

Dalle plurime pronunce annotate o commentate sul tema risulta che la pressoché totalità delle difese delle imprese associate all'ABI, o di loro aventi causa, si focalizzi sulla persistente affermazione per cui la contestazione di violazione della normativa antitrust, a fronte delle fideiussioni rispondenti allo schema ABI -segnatamente in relazione alla condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c.- e dei conseguenti effetti, sia, di fatto, da ritenersi superata per la presenza, nei modelli, della condizione standardizzata di c.d. pagamento "a prima richiesta".

Si tratta, come è noto, della condizione istituita nello schema ABI di fideiussione, segnatamente all'art. 7 della versione dell'ottobre 2002, per cui *“il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio”* (anche le precedenti versioni dei contratti-tipo elaborati in seno all'ABI riportavano una simile condizione standard, prevedendo l'aggiunta *“anche in caso di opposizione del debitore”*, poi eliminata all'esito delle prime osservazioni formulate dall'Autorità nazionale antitrust).

Più in particolare.

Secondo una prima variante della tesi, la condizione standardizzata di pagamento “a prima richiesta” non richiederebbe l'attivazione, da parte dall'impresa ABI o di suoi aventi causa, di istanze giudiziali per il recupero del credito, per come, invece, imposte dall'art. 1957 c.c. (non validamente derogato dalla condizione anticoncorrenziale di cui all'art. 6 dello schema), con la sufficienza, di contro, dell'inoltro di mere istanze stragiudiziali, così dovendosi intendere il significato della condizione in questione; il che renderebbe irrilevante l'accertamento della violazione della normativa antitrust e l'applicazione della relativa sanzione di nullità speciale.

Secondo una seconda variante della tesi, la condizione standardizzata di pagamento “a prima richiesta” trasformerebbe la fideiussione per operazioni di credito, conforme allo schema ABI, in un contratto di garanzia atipica o autonoma, non soggetto all'applicazione, in questa prospettiva, al disposto di cui all'art. 1957 c.c., non validamente derogato dalla condizione anticoncorrenziale di cui all'art. 6 dello schema; il che renderebbe, sempre, irrilevante, secondo questa prospettiva, l'accertamento della violazione della normativa antitrust e l'applicazione della relativa sanzione di nullità speciale. Invero, la tesi sulla natura atipica o autonoma della fideiussione per operazioni di credito, corrispondente allo schema ABI, poggia, più o meno dichiaratamente, ancora più a monte, altresì, sulle stesse condizioni contrattuali dichiarate lesive della concorrenza, che configurerebbero, nel loro complesso, secondo le imprese, natura indennitaria di tipo solutorio alla fideiussione per operazioni di credito elaborata con lo schema di contratto-tipo adottato in seno all'ABI.

Tali tesi non elidono, ma confermano le valutazioni da operarsi sul tema.

In disparte la constatazione per cui le tesi all'esame poggiano, in ogni loro variante, su un'interpretazione della condizione di pagamento "a prima richiesta" istituita dalle imprese nello schema ABI che si scontra con lo stesso significato che, della clausola in questione, è stato assunto, oltre che dall'ABI, anche dall'Autorità Antitrust nazionale nella decisione n. 55/2005 (cfr., rispettivamente, par. 28 e par. 81) e, financo, dalla dottrina tradizionale (cfr., per tutti, PORTALE, *Le Garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, 1989), quello che qui si intende evidenziare è come le stesse risultino:

-in primo luogo, del tutto irrilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust unionale, tenuto conto della *ratio* e dell'effetto utile ad essa sotteso;

-in secondo luogo, confermativo, esse stesse, delle effettive conseguenze rivenienti, per la violazione del divieto imposto dalla normativa antitrust, dalla sanzione di nullità speciale sancita dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza. Quanto al primo profilo, è dall'applicazione del principio di effettività sotteso alle norme unionali antitrust a derivare che, nella misura in cui la condizione standardizzata di pagamento "a prima richiesta" fosse intesa come una sorta di deroga *indiretta* all'art. 1957 c.c., la cui condizione di deroga *diretta* è già stata giudicata lesiva della concorrenza, alla stessa va applicata, a ben vedere, la stessa sanzione di nullità speciale antitrust decretata dall'Autorità nazionale con la decisione definitiva n. 55/2005 per la condizione standard di deroga all'art. 1957 c.c. di cui all'art. 6 dello schema; e questo, in sostanza, per le medesime constatazioni svolte in merito dall'autorità all'esito del procedimento antitrust.

Di poi, sempre il principio di effettività, come declinato dalla Corte di Giustizia, porta a ritenere come sia del tutto irrilevante, ai fini dell'applicazione della normativa pubblicistica antitrust, la qualificazione della natura assunta, sotto un profilo giuridico interno, dell'accordo vietato dal sistema o della sua attuazione con i terzi, atteso che un tale accordo resta comunque vietato e nullo *ex se*, oltre che privo di ogni minimo effetto, ai sensi dell'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990.

Del resto, al riguardo si è già espressa la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 41994/2021, in risposta ad analoghe argomentazioni svolte dalla impresa ricorrente nel relativo giudizio, statuendo al paragrafo 2.21 della decisione che è del tutto insignificante, ai fini dell'applicazione della normativa di ordine pubblico istituita a tutela della concorrenza, la qualificazione della natura della garanzia riproduttiva dell'intesa vietata, come garanzia "a prima richiesta",

autonoma o altro ancora. Così si legge al paragrafo 2.21: *“da tutto quanto suesposto discende, dunque, con riferimento al caso concreto, la nullità parziale delle fideiussioni stipulate dal B. con Intesa Sanpaolo, ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto del primo e secondo motivo di ricorso, restando assorbite le questioni – contenute nei motivi terzo e quarto – concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilità della norma di cui all'art. 1957 c.c. È del tutto evidente, infatti, che la nullità speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura – in quanto attuative dell'intesa a monte vietata – di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione”*.

Quello che, difatti, rileva in questo caso è solo che si sia al cospetto di un'intesa vietata e di un contratto attuativo dell'intesa in questione con i terzi ad essa estranei, che ne è l'effetto; il che comporta, per l'immediata conseguenza, l'applicazione della sanzione di nullità speciale antitrust disposta dall'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, che non ammette deroghe di alcun tipo.

Quanto al secondo profilo, le costanti ammissioni o, meglio, confessioni, delle imprese associate ABI o di loro aventi causa, così espresse già in seno al procedimento antitrust che ha condotto alla decisione n. 55/2005, per il tramite della propria associazione (cfr. parr. 27 e ss.), attestano che le condizioni standardizzate giudicate lesive della concorrenza, tra cui la condizione di deroga, *diretta o indiretta*, all'art. 1957 c.c., sono elementi indispensabili del cartello contrattuale da esse realizzato, di talché l'intero accordo (lo schema ABI) è nullo nel suo complesso, nonché interamente privo di ogni effetto anche verso i terzi estranei all'intesa.

In definitiva, sotto questa prospettiva, vi è la conferma che nella fattispecie di illecito antitrust all'esame, in applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia di cui sopra si è dato conto (cfr. § 8.1.), la sanzione di nullità speciale, riveniente dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 L. 287/1990, ha un'estensione e portata tali da investire, in effetti, l'intero accordo (il cartello-lo schema, di cui il singolo contratto è l'effetto), e non i soli elementi formalmente dichiarati anticoncorrenziali dall'Autorità nazionale antitrust, che dall'accordo, posto in essere tra le relative imprese, ne sono, dichiaratamente, inscindibili e inseparabili, dunque, essenziali.

Conclusioni.

Il vaglio delle questioni “sorte” o diversamente “risorte” a fronte del cartello realizzato dalle imprese del settore del credito sul tema della contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni -mediante concertazione di schemi di contratto-tipo in seno alla propria associazione o mediante persistente coordinamento del loro comportamento- non può prescindere dall’applicazione dei criteri che governano la disciplina unionale antitrust, cui la normativa interna di ogni Stato Membro deve rispondere, per le plurime ragioni evidenziate, e, più che altro, dall’applicazione del fondamentale principio di effettività.

La risoluzione delle diverse questioni, senza tenere conto della realtà fattuale dell’intesa orizzontale di cui si tratta, oltre che dei criteri elaborati nel settore dalle autorità di public enforcement -da applicarsi, in dovuta coerenza, anche nei giudizi civili- per di più facendo ricorso a categorie del diritto interno, in luogo, come dovuto, di quelle del diritto dell’Unione, non è l’approccio imposto dall’ordinamento sovraordinato europeo.

Piuttosto, un tale approccio rischia, esso stesso, di minare l’attuazione del mercato interno voluto dall’Unione, di cui la concorrenza costituisce il “super principio”, da preservare contro ogni sua violazione, diretta o indiretta.

Continuare a leggere, valutare e risolvere le questioni variamente sorte sul tema qui affrontato, senza adottare la prospettiva imposta dal diritto unionale e più volte rammentata dalla Corte di Giustizia, significa continuare a pregiudicare, eludendoli, gli obiettivi fissati dall’Unione Europea e la loro realizzazione, in violazione degli obblighi spettanti ad ogni Stato Membro.

L’adozione della prospettiva imposta dal diritto unionale, tanto più nella materia antitrust, e dal principio di effettività, unitamente ai corollari applicativi che, di tale fondante principio, sono stati sanciti, sotto plurimi profili, dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di risolvere le diverse questioni sorte sul tema con lo sguardo teso alla realtà dei fatti, nel rispetto dell’esigenza di garantire la piena efficacia delle norme poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell’Unione, da tutelare in funzione protettiva e ripristinare.

Questo approccio consente poi di assicurare, invece che di pregiudicare, ristabilendola, anche l’applicazione del principio di certezza del diritto.

Ogni dubbio interpretativo nella materia che viene qui in rilievo va risolto secondo i canoni precettivi rivenienti dal diritto dell'Unione e dai principi espressi dalla Corte di Giustizia, che, ove non ritenuti già sufficientemente chiari, anche per effetto delle vincolanti indicazioni al riguardo fornite nelle diverse sentenze, impongono di rivolgere domande pregiudiziali di corretta interpretazione e applicazione delle norme unionali antitrust solo alla Corte di Giustizia, a tanto esclusivamente competente a deciderle (artt. 19 e 267 TFUE).

Il tutto, ben dovendo, ad ogni modo, ricordare che le intese vietate dalla normativa pubblicistica antitrust -unionale e nazionale - vanno represses in ogni loro effetto, diretto o indiretto, passato, presente e futuro, perché è solo questo che, certamente, impongono la regola del divieto e la regola della nullità scritte all'art. 101 TFUE e all'art. 2 L. 287/1990, evitando ogni loro perpetrazione diretta o indiretta, anche in sede giudiziale.

Approfondimenti

Le cessioni di crediti bancari: questioni aperte e rimedi giurisprudenziali.

Di Valentino Vecchi

SOMMARIO: Premessa. – 1. La natura dell’avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale. – 2. Società di *servicer* e art. 106 TUB. – 3. La titolarità passiva delle cessionarie del credito. – 4. Conclusioni.

Premessa.

Il proliferare delle cessioni di crediti bancari – condotte generalmente nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione ex legge n.130/1999 – ha alimentato, negli ultimi tempi, un ampio dibattito giuridico-processuale al centro del quale sono poste le cessionarie e le società da queste ultime incaricate di rappresentarle in giudizio e di curare l’incasso del credito (cd società di *servicer*).

Le questioni dibattute sono varie e di ampia portata.

1. La natura dell’avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

Una prima questione posta all’attenzione della giurisprudenza ha riguardato la natura dell’avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale e, in particolare, la valenza di tale avviso a dare prova dell’intervenuta cessione del credito.

Al riguardo, nella giurisprudenza di legittimità, si è oramai consolidato il principio secondo cui la detta comunicazione di natura pubblicistica assume efficacia ai fini della sola notificazione al debitore ceduto, ma non è idonea a dar prova dell’avvenuta cessione del credito a fronte di una specifica contestazione da parte di quest’ultimo. In tal caso, difatti, la cessionaria è onerata di produrre il contratto di cessione da cui possa evincersi l’avvenuta cessione dello specifico credito (Corte di Cassazione, ordinanza n.24798 del 05.11.2020; ordinanza n.17944 del 22.06.2023; ordinanza n.3405 del 06.02.2024; ordinanza n.5478 del 29.02.2024).

Secondo la Cassazione, *“in tal modo, si finisce però per confondere il requisito della “notificazione” della cessione al debitore ceduto, necessario ai fini dell’efficacia della cessione stessa nei confronti di quest’ultimo e dell’esclusione del carattere liberatorio dell’eventuale pagamento dal medesimo effettuato in favore del cedente, con la prova dell’effettiva avvenuta stipulazione del contratto di cessione e, quindi, dell’effettivo trasferimento della titolarità di quel credito, prova necessaria per dimostrare l’effettiva*

legittimazione sostanziale ad esigerlo da parte del preteso cessionario, laddove tale qualità sia contestata dal debitore ceduto” (Corte di Cassazione, ordinanza n.17944 del 22.06.2023).

In sintesi, *“in linea generale, ai fini della prova della cessione di un credito, benché non sia di regola necessaria la prova scritta, di certo non può ritenersi idonea, di per sé, la mera notificazione della stessa operata al debitore ceduto dal preteso cessionario ai sensi dell’art. 1264 c.c., quanto meno nel caso in cui sul punto il debitore ceduto stesso abbia sollevato una espressa e specifica contestazione, trattandosi, in sostanza, di una mera dichiarazione della parte interessata*” (Corte di Cassazione, ordinanza n.17944 del 22.06.2023).

Peraltro, come rilevato dal Tribunale di Benevento con ordinanza del 07.01.2024, *“la pubblicità notizia sulla Gazzetta Ufficiale non è soggetta ad un controllo di contenuto, il quale viene predisposto, come nel caso in esame, dalla società cessionaria”*.

Invero, alla luce dell’evoluzione della giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi che la valenza probatoria dell’avviso in Gazzetta Ufficiale dipenda dal tipo di contestazione mossa dal debitore, che potrebbe negare in radice l’esistenza del contratto di cessione ovvero limitarsi a negare che il proprio debito fosse ricompreso tra quelli ceduti (sul punto anche Corte di Cassazione, ordinanza n.13289 del 14.05.2024).

Come dettagliatamente chiarito dal Supremo Collegio mediante la richiamata ordinanza n.17944/2023, nel primo caso si rende necessaria l’esibizione del contratto di cessione laddove, di contro, se la contestazione è confinata alla tipologia di credito è sufficiente che l’avviso in G.U. rechi specifica indicazione dei criteri utilizzati per l’individuazione dei crediti ceduti e dar prova che quello oggetto di contestazione li rispetti.

Inequivocabile l’arresto della Cassazione sul tema: *“in caso di cessione di crediti individuabili blocco ai sensi dell’art. 58 T.U.B., quando non sia contestata l’esistenza del contratto di cessione in sé, ma solo l’inclusione dello specifico credito controverso nell’ambito di quelli rientranti nell’operazione conclusa dagli istituti bancari, l’indicazione delle caratteristiche dei crediti ceduti, contenuta nell’avviso della cessione pubblicato dalla società cessionaria nella Gazzetta Ufficiale, può ben costituire adeguata prova dell’avvenuta cessione dello specifico credito oggetto di contestazione, laddove tali indicazioni siano sufficientemente precise e consentano, quindi, di ricondurlo con certezza tra quelli compresi nell’operazione di trasferimento in blocco, in base alle sue caratteristiche concrete”*. *“Diverso è, però, il caso in cui (come certamente accaduto nella specie) sia oggetto*

di specifica contestazione da parte del debitore ceduto la stessa esistenza del contratto (ovvero dei vari contratti) di cessione: in questo caso, detto contratto deve essere certamente oggetto di prova e, a tal fine, come sopra chiarito, di regola non può ritenersi sufficiente una mera dichiarazione della parte cessionaria e, quindi, come tale, neanche la mera “notificazione” della cessione da questa effettuata al debitore ceduto, neanche se tale notificazione sia avvenuta mediante avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell’art. 58 T.U.B., dalla società cessionaria di rapporti giuridici individuabili in blocco”. Neppure ha valenza la dichiarazione di avvenuta cessione del credito rilasciata dalla banca cedente, talvolta finanche incaricata di curare l’incasso del credito ceduto, in ragione della significativa commistione con la cessionaria (Tribunale di Brescia, ordinanza del 17.04.2023; Tribunale di Pistoia, ordinanza del 31.12.2023). Dirimente è quanto sul punto osservato dal Tribunale di Milano con sentenza del 21.05.2024: *“Non rileva infine la dichiarazione della cedente in ordine all’inclusione, nel contratto, del credito ceduto. La stessa, anzitutto, non integra una confessione (la cedente, da tale dichiarazione, non trae alcun nocumento processuale, del resto non essendo neppure parte). Se fosse tale, e andasse quindi a danno della parte debitrice, si avrebbe il “mostriciattolo” di una confessione che opera a svantaggio del debitore ma di cui è autore il soggetto antagonista sul piano sostanziale di quest’ultimo”¹¹.*

Resta inteso, ovviamente, che l’onere di provare l’intervenuta acquisizione del credito sussiste *“salvo che la controparte non l’abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta”* (Corte di Cassazione, ordinanza n.5857 del 22.02.2022).

Va soggiunto che *“In materia di cessione dei crediti in blocco ex art. 58 del T.u.b., la questione dell’essere il credito compreso tra quelli ceduti è rilevabile d’ufficio dal giudice di merito, attenendo al fondamento della domanda proposta dal cessionario”* (Corte di Cassazione, ordinanza n.5857 del 22.02.2022).

2. Società di servicer e art. 106 TUB.

Ulteriore questione posta più di recente al centro del dibattito concerne i requisiti che deve avere la cessionaria – e soprattutto la società di *servicer* che cura l’incasso del credito (attività spesso ulteriormente delegata a società di *special servicer*) – nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione disposte ai sensi della legge n.130/1999, il cui articolo 2, al comma 6, prevede che *“i soggetti incaricati della*

¹¹ Nei medesimi termini il Tribunale meneghino si era già espresso con sentenza n.6087 del 12.07.2022.

riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento” siano iscritti all’albo previsto dall’art.106 TUB¹².

Invero, sovente accade che le società *servicer*, incaricate di curare l’incasso del credito e di rappresentare in giudizio la cessionaria, non siano iscritte al ridetto albo. È per tale ragione che, a partire dalla fine dello scorso anno, sono stati emessi, da molteplici tribunali italiani, provvedimenti che sanzionano tale anomalia. Sono fioccati, negli ultimi mesi, provvedimenti di sospensione dei procedimenti esecutivi in corso perché coltivati – su delega della cessionaria del credito – da soggetti sprovvisti di potere di rappresentanza, difettando del requisito dell’iscrizione all’albo previsto dall’art.106 TUB (*ex plurimis*, Tribunale di Livorno, ordinanza del 18.12.2023; Tribunale di Arezzo, provvedimento del 24.01.2024; Tribunale di Monza, ordinanza del 22.01.2024; Tribunale di Siena, ordinanze del 26.01.2024 e 01.02.2024).

In taluni casi, pur trattandosi di opposizione all’esecuzione promossa tardivamente, il Giudice, riqualificandola quale "*sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi del GE di controllo della legittimità della procedura*", ha sospeso le attività di vendita rilevando la mancata iscrizione all'albo ex art.106 TUB del soggetto incaricato della riscossione del credito e ritenendo insufficiente quella all'albo previsto dall’art.115 TULPS (tra i vari, Tribunale di Arezzo, provvedimento del 24.01.2024).

La questione, per la sua rilevanza, è giunta sino alla Suprema Corte, espressasi con ordinanza n.7243 del 18.03.2024. Secondo la Cassazione, evidentemente preoccupata delle conseguenze giuridico-processuali del nuovo corso della giurisprudenza di merito, “*le succitate norme non hanno alcuna valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione (amministrativa) del settore bancario (e, più in generale, delle attività finanziarie), la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri (anche sanzionatori) facenti capo all'autorità di vigilanza (cioè, alla Banca d'Italia) e presidiati anche da norme penali; conseguentemente, non vi è alcuna valida ragione per trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale (o*

¹² La sezione intitolata “*Principi organizzativi relativi a specifiche attività o profili di rischio*” contenuta nel Titolo III, Capitolo 1, della Circolare del 3 aprile 2015 n.288 recante “*Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*”, contiene la normativa regolamentare applicabile agli intermediari finanziari ex art.106 TUB che svolgono il ruolo di *servicers* in operazioni di cartolarizzazione ai sensi dell’art.2, comma 3, lett. c) legge 30 aprile 1999 n.130.

persino sugli atti di riscossione compiuti) le conseguenze delle condotte difformi degli operatori, al fine di provocare il travolgimento di contratti (cessioni di crediti, mandati, ecc.) o di atti processuali di estrinsecazione della tutela del credito, in sede cognitiva o anche esecutiva (precetti, pignoramenti, interventi, ecc.), asseritamente viziati da un'invalidità "derivata"".

Detto in altri termini, il contratto di cessione e di mandato, così come gli atti processuali, restano pienamente validi ed efficaci. Dunque, *"dall'omessa iscrizione nell'albo ex art. 106 T.U.B. del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici (titolo VIII, capo I, del T.U.B.)"*.

L'arresto di legittimità testé richiamato non ha però convinto parte della giurisprudenza di merito, ferma nel ritenere la mancata iscrizione all'albo di cui all'art.106 TUB motivo di difetto di rappresentanza.

Chiara è la posizione al riguardo espressa dal Tribunale di Firenze, che con ordinanza del 27.05.2024 ha dettagliatamente illustrato le ragioni del proprio dissenso (rispetto al principio sancito dalla Cassazione) e sanzionato la mancata iscrizione all'albo ex art.106 TUB della società di *special servicer* costituitasi in giudizio per conto della cessionaria, assegnando termine perentorio *"per la sanatoria del difetto di rappresentanza"*.

La decisione del Tribunale di Firenze discende dalla natura imperativa attribuita all'art.2 della legge n.130/1999 in ragione di un percorso argomentativo incentrato sull'analisi della sentenza n.8472/2022 delle SS.UU., di cui il Giudice toscano riporta lunghi stralci.

Secondo il Tribunale di Firenze, *"la disposizione di cui all'art.2 presenta un contenuto precettivo specifico e chiaro ponendo un determinato requisito in capo ad una delle parti del rapporto (iscrizione all'albo ex art.106 TUB), ovvero il soggetto incaricato della riscossione. Si tratta di una norma imperativa in quanto, in difetto di determinate condizioni soggettive (iscrizione all'albo ex art.106 TUB), è vietata la stipula stessa del contratto, ovvero la delega delle attività di riscossione, ponendosi quindi tali atti in diretto contrasto con la norma"*.

Il Tribunale, richiamando anche SS.UU. n.26724/2007, osserva che *"le Sezioni Unite hanno affermato che le norme previste in materia di intermediazione finanziaria hanno carattere imperativo in quanto «dettate non solo nell'interesse del singolo contraente*

di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale dell'integrità dei mercati finanziari» (Cassazione civile sez. un., 19/12/2007, n.26724)".

In sintesi, secondo il Giudice di Firenze *"si deve quindi concludere che la disposizione che riserva ai servicer iscritti all'albo ex art.106 TUB l'attività di riscossione dei crediti cartolarizzati ha natura imperativa"*.

Accertata l'imperatività della norma, il Tribunale ha inteso *"verificare se la sua violazione abbia rilievo anche civilistico e possa determinare la nullità del contratto oppure se, come sostenuto dalla Cassazione nell'ultima sentenza richiamata (il riferimento è all'ordinanza n.7243 del 18.03.2024, n.d.r.), la sua violazione determini solamente l'applicazione di sanzioni amministrative ed eventualmente penali"*.

A conclusione anche in tal caso di un ragionamento ampiamente argomentato, il Tribunale fiorentino, conferendo rilievo civilistico alla norma in esame, ha concluso nel senso che *"in tali casi il rimedio della nullità è quello che meglio assicura l'effettività della norma"*.

Sebbene la Suprema Corte abbia poi confermato, seppur con inciso laconico, il proprio orientamento (Corte di Cassazione, sentenza n.12007 del 03.05.2024), il Tribunale di Firenze, con successiva ordinanza del 14.08.2024 e richiamando espressamente il proprio precedente del 27 maggio 2024, ha sospeso la procedura esecutiva per difetto di rappresentanza.

Peraltro, la pratica diffusasi nel tempo di delegare la rappresentanza in giudizio e le attività di recupero del credito a società di *special servicer* differenti dalla società di *servicer* incaricata ai sensi dell'art.2 della legge n.130/1999¹³ è stata oggetto della comunicazione della Banca d'Italia dell'11.11.2021 titulata *"Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischio e linee di vigilanza"*.

L'istituto di vigilanza, dopo aver ribadito che *"L'attività di servicing in operazioni di cartolarizzazione è disciplinata a livello nazionale dalla legge n.130/99, che riserva a banche e intermediari finanziari iscritti albo ex art. 106 TUB la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento (art. 2, comma 3) nonché le verifiche di conformità delle operazioni alla legge e ai prospetti informativi /art. 2, comma 6 bis)"*, ha stigmatizzato la prassi diffusasi in tale ambito di affidare il recupero del credito a società di *"special servicer"*, iscritte all'albo 115 TULPS ma non vigilate dalla Banca

¹³ In tali casi, le società di *servicer* assumono la denominazione di *master service* perché devono garantire un'attività di controllo sul soggetto delegato.

d'Italia. Secondo la Banca d'Italia, questo sistema delle deleghe multiple crea opacità anche per ciò che concerne gli obblighi di monitoraggio¹⁴.

3. La titolarità passiva delle cessionarie del credito.

Ulteriore questione posta al centro del dibattito giurisprudenziale ha riguardato la legittimazione passiva della cessionaria del credito in caso di azione di ripetizione promossa - o domanda riconvenzionale spiegata - dal correntista.

Il caso che si verifica non di rado è quello di posizioni bancarie recanti saldi apparentemente a debito del correntista – da questi contestati – che, all’esito delle indagini tecniche disposte dal giudice in corso di causa, evidenziano un saldo creditore in luogo dell’esposizione debitoria risultante dalla contabilità della banca.

In pratica occorre comprendere se, laddove si tratti di posizioni cedute dalla banca nell’ambito di operazioni di cessione del credito, il correntista – accertata l’esistenza di un proprio credito – possa o meno accampare pretese restitutorie nei confronti della cessionaria.

La questione assume grande rilevanza con riguardo alle operazioni di cartolarizzazione ex legge n.130/1999, fondate sul principio della “separazione dei patrimoni”.

Difatti, ai sensi del secondo comma dell’art.3, i crediti acquistati mediante ciascuna operazione di cartolarizzazione costituiscono *“patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni”*. La norma poi chiarisce che *“su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l’acquisto dei crediti stessi”*.

La questione è stata scrutinata per la prima volta dalla Corte di Cassazione con sentenza n.21843 del 30.08.2019, che ha dato conto della tesi (all’epoca) accolta

¹⁴ La Banca d'Italia, con comunicazione dell'11.11.2021, ha osservato che *“L’affidamento allo “special” dell’incarico di recupero avviene sovente mediante schemi contrattuali complessi, che ruotano intorno alla figura dell’investitore (anche nella scelta dello special stesso) e relegano su un piano meramente formale il ruolo del servicer vigilato, con incertezze nell’individuazione del perimetro delle responsabilità, nell’ambito della gestione del portafoglio soprattutto nelle ipotesi di underperformance dei recuperi. Ne è conseguita opacità nella individuazione dei soggetti effettivamente coinvolti nelle attività di recupero dei crediti e limitazioni ai poteri dell’Organo di vigilanza, a fronte di un impianto normativo che invece, attraverso il presidio sull’esternalizzazione di funzioni operative importanti (FOI), mira ad assicurare che i servicers siano in grado di monitorare e gestire i rischi connessi alle attività affidate a soggetti terzi, rimanendone responsabili”*.

dalla giurisprudenza di merito maggioritaria, *“secondo cui – (anche) in caso di cessione “in blocco” dei crediti, effettuata ai sensi degli artt. da 1 a 4 della legge 30 aprile 1999, n. 130 – sarebbe ravvisabile una successione a titolo particolare, in capo al cessionario, di tutti i rapporti giuridici facenti capo al cedente, donde la possibilità per il debitore ceduto di far valere tutte le eccezioni relative al rapporto sottostante”*; ciò conformemente alla disciplina ordinaria dettata in tema di cessione del credito nonché di quella speciale prevista dall’art.58 TUB.

Ebbene, gli ermellini, discostandosi dal riferito orientamento di merito, hanno osservato che *“questa ricostruzione, benché non risulti priva di un adeguato sostrato argomentativo, non è, tuttavia, corretta”*.

Invero la Cassazione, richiamando la distinzione tra cessione del credito e cessione del contratto, ha motivato il proprio dissenso in ragione delle specificità delle operazioni di cartolarizzazione dei crediti disciplinate dalla legge del 1999.

Come rilevato dai giudici di legittimità, *“Per espressa disposizione di legge (art. 3, comma 2) i crediti che formano oggetto di ciascuna operazione di cartolarizzazione costituiscono un vero e proprio “patrimonio separato”, ad ogni effetto, rispetto a quello della società veicolo e rispetto a quello relativo ad altre operazioni di cartolarizzazione. Tale patrimonio, secondo quanto espressamente previsto dall’art. 1, comma 1, lett. b), della legge è a destinazione vincolata, in via esclusiva, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l’acquisto dei crediti, nonché al pagamento dei costi dell’operazione. In altri termini, il flusso di liquidità che l’incasso dei crediti è in grado di generare è funzionale, in via esclusiva, al rimborso dei titoli emessi, alla corresponsione degli interessi pattuiti ed al pagamento dei costi dell’operazione.*

Ciò detto, in un simile quadro, consentire ai debitori ceduti di opporre in compensazione, al cessionario, controcrediti da essi vantati verso il cedente (nascenti da vicende relative al rapporto con esso intercorso ed il cui importo, pertanto, lungi dall’essere noto alla “società veicolo” al momento della cessione, deve essere accertato giudizialmente), e addirittura consentire, come nella specie, la proposizione di domande riconvenzionali, significherebbe andare ad incidere, in modo imprevedibile, su quel “patrimonio separato a destinazione vincolata” di cui si diceva, “scaricandone”, così, le conseguenze sul pubblico dei risparmiatori ai quali spetta, invece, ed in via esclusiva, il valore del medesimo.

I possessori dei titoli emessi dallo “special purpose vehicle” possono essere, infatti, esposti solo al rischio che deriva dal fatto che i crediti cartolarizzati non siano incassati – perché non soddisfatti dai debitori, ovvero perché inesistenti o, al limite, perché già estinti anche

per compensazione – ma non anche a quello (pena, altrimenti, la negazione del meccanismo della separazione come tracciato dall'art. 1, comma 1, lett. b, della legge n. 130 del 1999) che sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa, generati dalla riscossione dei crediti cartolarizzati, possano soddisfarsi anche altri creditori”.

Peraltro, la Cassazione ha anche osservato che ai sensi dell'art.4, comma 2, della legge n.130/1999, *“in deroga ad ogni altra disposizione, non è esercitabile dai relativi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i crediti di tali debitori nei confronti del cedente sorti posteriormente a tale data”* (data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale ovvero data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione).

L'arresto di legittimità ha trovato conferma nell'ordinanza di Cassazione n.13735 del 02.05.2022, ove è ribadito che nelle operazioni di cartolarizzazione di crediti non si realizza una successione a titolo particolare.

In sintesi, tenuto conto che le cessioni dei crediti bancari vengono usualmente strutturate come operazioni di cartolarizzazione ex legge n.130/1999, deve escludersi che la cessionaria del credito possa essere chiamata a rispondere dei pagamenti indebiti fatti in favore della banca cedente, potendo al più rischiare l'accertamento dell'inesistenza del credito acquistato.

Laddove, quindi, il cliente della banca voglia opporre l'esistenza di un proprio controcredito, andrà valutata l'opportunità/necessità di chiamare in causa anche l'istituto cedente.

4. Conclusioni.

Le operazioni di cessione di crediti bancari sono oggi al centro di un dibattito molto acceso. Molteplici, difatti, sono le questioni sulle quali la giurisprudenza si interroga, pervenendo a risposte in ordine alle quali non sempre si registra piena condivisione da parte dei giudici.

Invero, la crescente attenzione nei confronti delle cessionarie dei crediti bancari non concerne unicamente gli aspetti, qui esaminati, di carattere giuridico-processuale, bensì anche la stessa genesi dell'operazione di cessione, non necessariamente svolta nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione disciplinate dalla legge n.130/1999.

Difatti, recenti servizi di giornalismo d'inchiesta hanno evidenziato che talvolta queste operazioni – soprattutto quando seguono lo schema delle “cessioni multiple” – si reggono su logiche spesso molto distanti da quella, fondante la *ratio* della legge n.130/1999, riconducibile alla finalità di “alleggerimento” dei bilanci degli istituti di credito.

In tali casi, invero, si registra un minore interesse delle cessionarie a monetizzare la posizione mediante la definizione di accordi transattivi, circostanza che fa registrare una certa preoccupazione per i debitori ceduti. Spesso, difatti, la cessione del credito dalla banca ad una società cessionaria apre al debitore le porte di una transazione vantaggiosa per tutti: al vantaggio della banca cedente che registra una perdita sul credito ceduto a “sconto” ma beneficia di vantaggi fiscali si aggiungono, difatti, quello della cessionaria che recupera un importo maggiore rispetto a quello pagato per acquistare il credito e quello del debitore, che ha la possibilità di estinguere il proprio debito con un esborso minore di quanto invece dovuto.

Il diffondersi di operazioni di cessione ispirate da logiche malsane ostacola, se addirittura non impedisce, la definizione di accordi transattivi, a tutto svantaggio del debitore, che non solo perde l'opportunità di estinguere una posizione passiva mediante un esborso sopportabile ma, addirittura, vede lievitare il proprio debito per l'accumularsi di interessi di mora e spese legali.

La moratoria nel Piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore dopo il “Correttivo-ter”: ammissibilità dei piani di rientro a lungo termine alla luce della nuova normativa e della giurisprudenza.

Di Monica Mandico

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Evoluzione normativa. – 3. Analisi dell'articolo 67 CCII. – 4. L'articolo 70 CCII e la contestazione di convenienza. – 5. Implicazioni della nuova normativa sulla moratoria ultrannuale. – 6. Giurisprudenza rilevante. – 6.1. Pronunce della Corte di Cassazione. – 6.2. Pronunce di merito. – 7. Argomentazioni a favore dei piani di rientro a lungo termine. – 7.1. Natura non imperativa del termine biennale. – 8. Criticità e soluzioni proposte. – 9. *Ratio* della normativa sul sovraindebitamento. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'evoluzione normativa in materia di sovraindebitamento ha subito significative modifiche con l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII), che ha abrogato la precedente Legge 27 gennaio 2012, n. 3. Il Correttivo ter (D.Lgs. n. 136/2024) ha ulteriormente modificato il CCII, reintroducendo una moratoria fino a due anni per il pagamento dei crediti privilegiati nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 67, comma 4, CCII).

Queste novità hanno sollevato interrogativi riguardo alla possibilità per i debitori di proporre piani di rientro a lungo termine, con dilazioni nel pagamento dei crediti privilegiati superiori ai due anni previsti dalla moratoria. La questione è particolarmente rilevante alla luce delle disposizioni dell'articolo 70 del CCII, che disciplina l'apertura e l'omologazione del piano, introducendo meccanismi specifici per la contestazione della convenienza da parte dei creditori.

Il presente contributo si propone di esaminare l'ammissibilità dei piani di rientro a lungo termine nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, alla luce della nuova normativa e della giurisprudenza più recente, fornendo un quadro aggiornato e strumenti utili per i professionisti che si confrontano con giudici restii ad ammettere piani di lunga durata.

2. Evoluzione normativa.

- **Abrogazione della Legge 3/2012:** Con l'entrata in vigore del CCII, la Legge 27 gennaio 2012, n. 3, è stata abrogata. Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sono ora disciplinate dal CCII.

- Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII): Il CCII ha riorganizzato la materia, introducendo nuove disposizioni per la ristrutturazione dei debiti del consumatore, tra cui l'articolo 67.
- Correttivo ter (D.Lgs. n. 136/2024): Ha apportato modifiche al CCII, reintroducendo la moratoria per il pagamento dei crediti privilegiati nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, estendendola fino a due anni (art. 67, comma 4, CCII).

3. Analisi dell'articolo 67 CCII.

L'articolo 67, comma 4, del CCII, come modificato dal Correttivo ter, dispone:

"La proposta può prevedere, per i crediti di cui al primo periodo, una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento e sono dovuti gli interessi legali."

A una prima lettura, questa disposizione potrebbe essere interpretata nel senso che il debitore sia obbligato a pagare i crediti privilegiati entro il termine massimo di due anni, senza possibilità di ulteriori dilazioni. Tuttavia, un'interpretazione più approfondita, supportata dalla giurisprudenza e dalla ratio della normativa, suggerisce che è possibile prevedere dilazioni più lunghe, purché vengano rispettate determinate condizioni.

4. L'articolo 70 CCII e la contestazione di convenienza.

L'articolo 70 del CCII disciplina l'apertura e l'omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore. In particolare, il comma 7 prevede:

"Il giudice, verificata l'ammissibilità e la fattibilità del piano, risolve ogni contestazione, omologa il piano con sentenza con la quale dichiara chiusa la procedura [...]. Quando uno dei creditori o qualunque altro interessato, con le osservazioni di cui al comma 3, contesta la convenienza della proposta, il giudice omologa il piano se ritiene che il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione controllata."

Questa disposizione introduce un meccanismo specifico per la contestazione della convenienza del piano da parte dei creditori, permettendo al giudice di omologare il piano anche in presenza di contestazioni, se ritiene che il credito dell'opponente sia soddisfatto in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria.

5. Implicazioni della nuova normativa sulla moratoria ultrannuale.

Alla luce dell'articolo 70 del CCII, l'assenza di un limite massimo invalicabile per la moratoria nel piano del consumatore appare evidente. La possibilità per i creditori di contestare la convenienza del piano e il ruolo attivo del giudice nell'omologazione consentono di prevedere dilazioni ultrannuali, purché il piano sia conveniente per i creditori e rispetti gli obiettivi della procedura.

6. Giurisprudenza rilevante.

La giurisprudenza ha affrontato il tema della moratoria ultrannuale nel piano del consumatore, ammettendo la possibilità di dilazioni oltre i termini previsti dalla legge, a condizione che vengano rispettate determinate condizioni.

6.1. Pronunce della Corte di Cassazione.

- Cassazione Civile, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4451:

Massima: "Nel piano del consumatore, la moratoria nel pagamento dei crediti privilegiati prevista dall'art. 8, comma 4, della L. n. 3/2012 ha natura sostanziale e non processuale, incidendo sulla struttura del rapporto obbligatorio e differendo il termine di esigibilità della prestazione. Pertanto, in assenza di consenso espresso, non è possibile dilatare ulteriormente detto termine."

- Cassazione Civile, Sez. I, 3 luglio 2019, n. 17834:

Massima: "Negli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento e nei piani del consumatore, è possibile prevedere una dilazione del pagamento dei crediti privilegiati oltre il termine di un anno previsto dall'art. 8, comma 4, della L. n. 3/2012, purché ai titolari di tali crediti sia attribuito il diritto di voto o, nel caso del piano del consumatore, sia data loro la possibilità di esprimersi sulla proposta."

- Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2019, n. 27544:

Massima: "Nel piano del consumatore è ammissibile la previsione della dilazione dei pagamenti dei crediti privilegiati oltre il termine di un anno, anche in assenza di liquidazione dei beni gravati da prelazione, purché sia data ai creditori la possibilità di esprimere le proprie osservazioni e il giudice valuti la convenienza del piano."

- Cassazione Civile, Sez. I, 20 agosto 2020, n. 17391:

Massima: "La dilazione di pagamento dei crediti privilegiati nel piano del consumatore non determina un problema di fattibilità giuridica, ma influisce sulla valutazione di convenienza per i creditori. Il giudice può omologare il piano se ritiene che il credito dell'opponente sia soddisfatto in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria."

- Cassazione Civile, Sez. I, 21 febbraio 2024, n. 576 (est. Perrino):

Massima: "Nel piano del consumatore è ammissibile la previsione della dilazione dei pagamenti di significativa durata, anche superiore ai cinque o sette anni, dei crediti assistiti da privilegio, purché i creditori possano esprimere le proprie osservazioni e il giudice valuti la convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria."

6.2. Pronunce di merito.

- Tribunale di Mantova, 29 maggio 2018:

Massima: "È ammissibile nel piano del consumatore la previsione di una moratoria ultrannuale per il pagamento dei crediti privilegiati, purché sia data ai creditori la possibilità di esprimere le proprie osservazioni e il giudice valuti la convenienza del piano."

- Tribunale di Napoli, 7 luglio 2021:

Massima: "Nel piano del consumatore, la moratoria ultrannuale per il pagamento dei crediti privilegiati è ammissibile, purché il piano sia più conveniente per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria e il giudice valuti positivamente la fattibilità e la convenienza del piano."

7. Argomentazioni a favore dei piani di rientro a lungo termine.

7.1. Natura non imperativa del termine biennale

Il termine di due anni per la moratoria previsto dall'articolo 67, comma 4, CCII non ha natura imperativa, ma dispositiva. Ciò significa che la norma fissa un periodo durante il quale il debitore può sospendere il pagamento dei crediti privilegiati senza necessità di consenso dei creditori. Tuttavia, non esclude la possibilità di prevedere dilazioni più lunghe, purché vengano rispettate le condizioni previste dalla legge.

La natura non imperativa del termine biennale è supportata da diverse argomentazioni:

- Finalità della Norma: La moratoria mira a facilitare la ristrutturazione del debito, consentendo al debitore di sospendere temporaneamente i pagamenti per

ripristinare l'equilibrio finanziario. Limitare rigidamente la durata della moratoria contrasterebbe con l'obiettivo di favorire il risanamento del debitore.

- **Giurisprudenza Consolidata:** La Corte di Cassazione ha affermato che la moratoria ultrannuale è ammissibile, a condizione che i creditori possano esprimere le proprie osservazioni e che il giudice valuti la convenienza del piano. Questo orientamento evidenzia che il termine biennale non è un limite invalicabile.
- **Meccanismo di Contestazione della Convenienza:** L'articolo 70 CCII consente ai creditori di contestare la convenienza del piano. Il giudice, valutate le contestazioni, può omologare il piano se ritiene che il credito dell'opponente sia soddisfatto in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria. Questo meccanismo sostituisce la necessità di un consenso espresso per le dilazioni ultrannuali.
- **Natura Concorsuale della Procedura:** Il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore è una procedura concorsuale che coinvolge tutti i creditori, i quali possono essere trattati in modo differenziato purché vengano rispettati i principi di par condicio e di tutela dei diritti fondamentali.

Pertanto, il termine biennale non può essere considerato una norma imperativa che impedisce qualsiasi dilazione ulteriore, ma piuttosto una disposizione che stabilisce il periodo di moratoria "automatica", lasciando aperta la possibilità di prevedere piani di rientro a lungo termine, soggetti alla valutazione del giudice.

8. Criticità e soluzioni proposte.

Alcune decisioni di merito hanno espresso perplessità sull'ammissibilità della moratoria ultrannuale nel piano del consumatore, principalmente per l'assenza di una fase di voto dei creditori. Tuttavia, l'introduzione del meccanismo di contestazione della convenienza nell'articolo 70 CCII supera questa criticità, consentendo ai creditori di esprimere le proprie osservazioni e al giudice di valutare la convenienza del piano.

Imporre la necessità di un consenso espresso dei creditori privilegiati per le dilazioni ultrannuali introdurrebbe elementi di negozialità estranei alla natura concorsuale del piano del consumatore. La procedura è concepita per consentire al debitore di proporre

un piano unilateralmente, soggetto alla valutazione del giudice, senza la necessità di accordi individuali con i creditori.

9. *Ratio* della normativa sul sovraindebitamento.

La finalità della normativa sul sovraindebitamento è quella di offrire al debitore una seconda chance, consentendogli di superare la crisi attraverso un piano sostenibile, e di garantire ai creditori una soddisfazione più efficace rispetto all'alternativa liquidatoria. Un'interpretazione restrittiva del termine di moratoria contrasterebbe con questa ratio, mortificando l'efficacia delle procedure di composizione della crisi e penalizzando sia i debitori sia i creditori, che potrebbero ottenere una soddisfazione migliore attraverso un piano di rientro a lungo termine.

Come affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 245/2019):

"Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento perseguono l'obiettivo di consentire al debitore di superare la situazione di difficoltà economica, evitando il ricorso a procedure esclusivamente liquidatorie e garantendo ai creditori una soddisfazione, anche solo parziale, governata dalla par condicio."

10. Conclusioni.

Alla luce della nuova normativa e della giurisprudenza, è possibile sostenere che:

- La moratoria biennale non rappresenta un termine massimo invalicabile: Dilazioni ulteriori sono ammissibili, purché il piano sia conveniente per i creditori e il giudice ne valuti positivamente la fattibilità.
- Il giudice ha il potere di omologare piani con dilazioni ultrannuali: Dopo aver valutato la fattibilità e la convenienza del piano, nonché le eventuali contestazioni dei creditori, il giudice può omologare il piano anche in presenza di dilazioni oltre i due anni.
- I creditori hanno strumenti di tutela: Possono presentare osservazioni e contestazioni sulla convenienza del piano ai sensi dell'articolo 70 CCII, e il giudice deve tenere conto di tali osservazioni nella sua valutazione.

Un'interpretazione flessibile e orientata agli obiettivi della normativa sul sovraindebitamento consente di raggiungere soluzioni più efficaci e sostenibili, a beneficio di tutte le parti coinvolte.

11. Indicazioni per i professionisti

Per i professionisti chiamati a difendere i debitori in situazioni di sovraindebitamento, è fondamentale:

- Conoscere la nuova normativa: Aggiornarsi sulle disposizioni del CCII e del Correttivo ter, in particolare sugli articoli 67 e 70.
- Valutare attentamente la fattibilità e la convenienza del piano: Proporre piani realistici, sostenibili e più vantaggiosi per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria.
- Prepararsi a gestire le contestazioni dei creditori: Essere pronti a dimostrare la convenienza del piano e a rispondere alle osservazioni dei creditori.
- Argomentare sulla ratio della normativa: Sottolineare che l'obiettivo della legge è favorire la composizione della crisi, offrendo al debitore una seconda chance e garantendo ai creditori una soddisfazione migliore.

12. Riferimenti normativi e giurisprudenziali

- Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII): Articoli 67 e 70.
- D.Lgs. n. 136/2024 (Correttivo ter): Modifiche al CCII, reintroduzione della moratoria nel piano del consumatore.
- Cassazione Civile, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4451.
- Cassazione Civile, Sez. I, 3 luglio 2019, n. 17834.
- Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2019, n. 27544.
- Cassazione Civile, Sez. I, 20 agosto 2020, n. 17391.
- Cassazione Civile, Sez. I, 21 febbraio 2024, n. 576.
- Corte Costituzionale, sentenza n. 245/2019.
- Tribunale di Mantova, 29 maggio 2018.
- Tribunale di Napoli, 7 luglio 2021.
- Tribunale di Verona, 5 febbraio 2021.

FIDEIUSSIONE O CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA?

Continua lo scontro interpretativo sulla “bastevolezza” della clausola di pagamento “a prima richiesta”

Alla “direzione ostinata e contraria” del Tribunale di Siena si contrappone il diverso indirizzo della Corte d’Appello di Cagliari (e non solo ...).

Di Veronica Valeria Loi

L’inquadramento giuridico delle garanzie bancarie è da sempre oggetto di discussione.

Il nodo della discordia è, principalmente, se la garanzia prestata costituisca una mera fideiussione o un contratto autonomo di garanzia¹.

Per la seconda ipotesi, specialmente in sede di contenzioso giudiziario, spingono le difese dei vari istituti di credito, con tutti gli effetti giuridici che ne conseguono, che, come si vedrà, non sono pochi.

Il **contratto autonomo di garanzia**, infatti, è un **contratto atipico** che “*si caratterizza, rispetto alla fideiussione, per l’assenza dell’accessorietà della garanzia, derivante dall’esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in*

¹ Sull’argomento si vedono, sempre su questo portale: B. TEMPESTA: *Validità delle fideiussioni post-provvedimento Banca d’Italia 2005, distinzione con i contratti autonomi di garanzia e contestuale mancata applicazione della norma di cui all’art. 1957 c.c.*, nota a Trib. di Catania, Sez. IV, 15 ottobre 2024, n. 4855; C. VINCENTI *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione omnibus: l’eterna diatriba*. Nota a Trib. Monza, 6 settembre 2024, n. 2193; S. RESCIGNO: *Sulla qualificazione del contratto come fideiussione omnibus e differenze con il contratto autonomo di garanzia*, nota a Trib. di Roma, Sez. XVII, 5 settembre 2024, n. 13684; V.V. LOI: *La tutela del garante consumatore nell’opposizione a decreto ingiuntivo: la fideiussione ABI non è contratto autonomo di garanzia (e la deroga ai termini ex art. 1957 c.c. è nulla)*, nota a Trib. di Cagliari, Sez. I, 17 luglio 2024; S. MICCI: *La natura della garanzia prestata: fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, nota a Trib. Brescia, Sez. V, 18 giugno 2024, n. 2616; A. ZURLO: *Il cobra non è un serpente e la fideiussione “a semplice richiesta scritta” non è un contratto autonomo di garanzia*, nota a Trib. di Roma, Sez. XVII, 2 febbraio 2024, n. 1974; S. PEZZOTTA: *Nessuna distinzione tra fideiussione omnibus e specifica ai fini della nullità della clausola di deroga all’art. 1957 c.c. per violazione della normativa antitrust e ulteriori considerazioni sull’art.1957 c.c.*, nota a Trib. di Lanciano, 18 settembre 2023, n. 317; A. ZURLO: *Con cento conigli, non si fa un cavallo; con tre clausole derogatorie, non si fa un contratto autonomo di garanzia: la Corte d’Appello di Napoli definisce il confine con la fideiussione omnibus*, nota a Corte d’App. di Napoli, Sez. III, 8 febbraio 2023; B. CAPOCCIA, *Fideiussioni modello ABI e decadenza art. 1957 c.c.*, nota a Corte d’App. di Napoli, Sez. VII, 18 ottobre 2022, n. 4336; A. ZURLO: *Fideiussione omnibus o contratto autonomo di garanzia: l’erma bifronte della giurisprudenza*, nota a Corte App. Lecce (Sez. Taranto), 23 settembre 2022, n. 317; A. ZURLO: *Le api californiane saranno anche pesci, ma le fideiussioni omnibus non sono contratti autonomi di garanzia*, nota a Corte App. di Napoli, Sez. III, 13 luglio 2022, n. 3378; A. ZURLO: *La fideiussione omnibus è contratto autonomo e il termine semestrale si interrompe con una missiva stragiudiziale: la sentenza “cigno nero”*, nota a Trib. di Padova, ord. del 28 marzo 2022. Sempre in tema di distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia si vedano anche: A. FERRAGUTO, M. F. MAZZEO, *“Fideiussione e Contratto autonomo di garanzia”*, su www.dirittobancario.it; A. RANELLI *Fideiussione, prassi bancaria e clausole del modello ABI*, su <https://www.altalex.com>.

*deroga all'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo"*².

Nel contratto di **fideiussione**, al contrario, siamo cospetto di **negozio tipico**, in cui il fideiussore *“sebbene sia terzo rispetto al contratto stipulato tra creditore garantito e debitore principale, può nondimeno opporre al primo tutte le eccezioni spettanti al secondo (ad eccezione di quelle derivanti dall'incapacità)”*³.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia da tempo tracciato un preciso perimetro interpretativo che non avrebbe dovuto portare a sconfinamenti⁴, nella giurisprudenza di merito continuano a registrarsi orientamenti contrapposti. Le contrapposizioni interpretative nascono, specialmente, rispetto alle ipotesi in cui nel contratto di garanzia risulta presente la **clausola di pagamento “a prima richiesta”, da sola o congiunta a quella “senza eccezioni”**.

Contrasti giurisprudenziali che sono divenuti di grande attualità con la crescita esponenziale del contenzioso legato alle fideiussioni su modello ABI, soprattutto, a seguito alla sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021 n. 41994/2021.

Nello schema contrattuale in parola, sanzionato dalla Banca d'Italia col noto Provvedimento n. 55/2005, infatti, oltre alla c.d. **“clausola di reviviscenza”** (Art. 2)⁵,

² Così, Cass. civ., sez. II, 17/06/2022, n.19693.

³ Cfr.: Cass. civ. n. sentenza n. 14469 del 30 maggio 2008.

⁴ Cfr.: Cass., Sez. Un., sent. del 18/02/2010, n. 3947 secondo cui: «il contratto autonomo di garanzia ... ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un 'vicario' del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita (e non necessariamente sovrapponibile ad essa), perché non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore». Ma si vedano anche Cass. Cass., sez. III civ., sent. del 3 novembre 2021, n. 31313; Cassazione civile sez. II, 17/06/2022, n.19693; Cass. del 29 febbraio 2024, n. 5478.

⁵ L'Art. 2, la c.d. “clausola di reviviscenza” prevede che «il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

alla “**clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c.**” (Art. 6)⁶ e alla c.d. “**clausola di sopravvivenza**” (Art. 8)⁷, è presente anche la c.d. “**clausola di pagamento a prima richiesta**” (Art. 7) secondo cui il garante «è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio. In caso di suo ritardo nel pagamento, il fideiussore è tenuto a corrispondere alla banca gli interessi moratori nella stessa misura ed alle stesse condizioni previste a carico del debitore. L’eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine si intenderà automaticamente estesa al fideiussore. Dell’avvenuta decadenza la banca dà tempestiva comunicazione al fideiussore». Ed è di tutta evidenza la stretta connessione di questa clausola con la reviviscenza del termine decadenziale previsto dall’art. 1957 c.c.

Invero, già la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 3947 del 2010, aveva statuito che “l’inserimento in un contratto di fideiussione di una **clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”** vale di per sé a qualificare il negozio come **contratto autonomo di garanzia**, in quanto incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione, **salvo quando vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione negoziale**”, principio ribadito più volte dagli Ermellini anche in seguito.

Ma proprio l’individuazione degli elementi contrattuali caratterizzanti l’uno o l’altro tipo di garanzia continua ad essere assai controverso in giurisprudenza, soprattutto, laddove nella clausola in oggetto manchi l’ulteriore espressione “senza eccezioni”.

Si annotano, infatti, decisioni di merito “*piuttosto ondivaghe, nel senso che si registrano pronunce per le quali sarebbero necessarie, al fine della qualificazione della garanzia come autonoma, entrambe le clausole (“a prima richiesta” e “senza eccezioni”); altra parte della giurisprudenza ha, per converso, dedotto la bastevolezza della sola clausola “a prima richiesta” o, alternativamente e disgiuntamente, di quella “senza eccezioni”*”⁸.

⁶ A norma dell’Art. 6, la c.d. “clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c.”, «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall’articolo 1957 c.c., che si intende derogato».

⁷ L’Art. 8, la c.d. “**clausola di sopravvivenza**”, dispone che «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogato».

⁸ Cfr.: Corte d’App. di Napoli, Sez. III, 8 febbraio 2023, con nota di A. ZURLO, *Con cento conigli, non si fa un cavallo; con tre clausole derogatorie, non si fa un contratto autonomo di garanzia: la Corte d’Appello di Napoli definisce il confine con la fideiussione omnibus*, cit.

La sentenza del Tribunale di Pisa n. 727/2024 e la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari n. 3006/2024 ne sono l'emblema. Infatti, entrambe le sentenze, emesse a pochi giorni di distanza l'una dall'altra, affrontano il dilemma della natura del contratto di garanzia, giungendo però, a conclusioni diametralmente opposte.

La decisione del Tribunale di Siena

Sulla natura del contratto di garanzia: fideiussione o contratto autonomo di garanzia?

Il Tribunale toscano ha affrontato questa dibattuta questione nell'ambito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. Nell'introdurre il giudizio, l'opponente, garante della società debitrice principale, di cui era anche il legale rappresentante, infatti, aveva eccepito, tra le altre cose, la *“violazione degli obblighi di correttezza e buona fede e conseguente liberazione del garante ex art. 1956 c.c.”* e *“la nullità del contratto di fideiussione per violazione delle norme ABI con riferimento alle clausole di cui agli artt. 2, 6, 7 e 8 del contratto di fideiussione, rilevando anche la mancanza della doppia sottoscrizione”*.

Come quai sempre accade in fattispecie analoghe a questa, costituitasi in giudizio, la Banca convenuta *“ha contestato gli assunti avversari, eccependo che la garanzia prestata dall'attore costituiva **contratto autonomo di garanzia e non una fideiussione ...**”*.

Ebbene, il Giudice toscano, ai fini di **qualificare la natura della garanzia prestata come fideiussione o come contratto autonomo di garanzia**, ha iniziato il suo iter motivazionale richiamando l'orientamento espresso dalla Cassazione secondo il quale *«il contratto autonomo di garanzia (...) si caratterizza rispetto alla fideiussione per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'articolo 1945 c.c., dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo, là dove l'accessorietà della garanzia fideiussoria postula, invece, che il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'articolo 1952 c.c., comma 2, all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far*

valere nei confronti del creditor»⁹. Pertanto, “l’inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione”¹⁰.

Proseguendo il suo percorso argomentativo, il giudicante ha affermato che *“la diversità della fideiussione dal contratto autonomo di garanzia risiede (...), nel fatto che il secondo, espressione dell’autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, contrariamente al contratto del fideiussore, che garantisce l’adempimento della medesima obbligazione principale altrui - attesa l’identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante”¹¹.*

Non solo, ma nella sentenza si legge che *“l’orientamento della Suprema Corte” sarebbe “quindi attestato nel senso che l’assunzione da parte del garante dell’impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all’invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva con il duplice limite, però, dell’esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l’exceptio doli e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l’ordinamento vieta”.*

Gli indici da cui si ricava il carattere autonomo della garanzia secondo il Tribunale di Siena.

⁹ Cfr.: Cass. 14.6.2016 n. 12152, cfr. Cass. 31.7.2015 n. 16213; Cass. 27.9.2011 n. 19736, cfr. Cass. 27619/20.

¹⁰ Cfr.: Cass. del 27.9.2011 n. 19736.

¹¹ Cfr.: SS.UU. 3947/10.

Sulla base di tali presupposti, il Giudice senese, riferendosi al modulo contrattuale *sub judice*, ha individuato alcuni ***“indici” rivelatori del carattere autonomo della garanzia***.

1) Innanzitutto, viene ritenuta **sufficiente la presenza nella clausola** di cui al citato art. 7, **della sola espressione “a prima o semplice richiesta”**. Secondo il giudicante, ***“... se pure l’espressione letterale della previsione non faccia riferimento anche alla impossibilità di sollevare eccezioni, secondo l’orientamento giurisprudenziale sopra richiamato si ritiene che sia sufficiente la presenza di almeno una delle clausole “a prima o semplice richiesta o senza eccezioni”***.

2) Inoltre, viene reputato **irrilevante il nomen juris di fideiussione**. Nella sentenza si legge, difatti, che ***“la reale natura autonoma del contratto, (...), non può essere messa in dubbio dal nomen iuris usato dalle parti che fanno riferimento alla “fideiussione” e al “fideiussore”***. Secondo il giudice senese, ***“a prescindere dal nomen utilizzato negli atti pattizi e dalla denominazione della garanzia contenuta nel ricorso monitorio (nel quale si fa riferimento alla fideiussione prestata da fideiussore per la debitrice principale), l’opponente ha assunto, nei confronti della una vera e propria garanzia a prima richiesta. Ciò si evince dal chiaro dettato della clausola n. 7 della lettera fideiussoria del 27.07.2009, la quale, testualmente, stabilisce che: 7) il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio ...”***.

Pertanto, ***“ricondata la fideiussione nell’alveo della garanzia a prima richiesta o, meglio, del contratto autonomo di garanzia”***, secondo il giudicante, ***“è assai chiaro che il primo effetto di una simile figura negoziale consiste nel divieto del garante di muovere al creditore eccezioni derivanti dal rapporto intercorrente tra quest’ultimo ed il debitore principale”***¹².

Sulla problematica della validità del c.d. contratto “monofirma”

Rimandando alla lettura completa della sentenza per l’esame delle singole eccezioni, per quanto qui di interesse, l’attenzione viene focalizzata solo sugli ulteriori passaggi del provvedimento legati strettamente al contratto di garanzia.

¹² Cfr.: Trib. Firenze, sent. 18.07.2016, Trib. Firenze, sent. 15.11.2016.

Ebbene, anche tutte le ulteriori eccezioni sollevate dal garante rispetto al contratto di garanzia sono state ritenute infondate.

In particolare, viene affermato che **“non può validamente sostenersi la nullità della garanzia per assenza di sottoscrizione da parte della banca; infatti, «l’obbligazione fideiussoria nella sua configurazione tipica ex art. 1936 c.c. nasce da un contratto risultante dalla proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore, non richiedendo quindi per perfezionarsi l’accettazione espressa di quest’ultimo ai sensi dell’art. 1333 c.c., sicché l’eventuale conferma inviata dal creditore costituisce un elemento esecutivo del negozio già concluso»¹³ . Per altro il richiamo che sembra aver effettuato l’attrice alla problematica della validità del **c.d. contratto “monofirma”** si era posto in riferimento ai contratti bancari che richiedono la forma scritta ad substantiam ex art. 117, co. 1 TUB ed è stato, in ogni caso, risolto nel senso della valida conclusione del contratto con la sola sottoscrizione del correntista/cliente dalla nota pronuncia delle SSUU n. 898/18. Ad ogni modo ad abundantiam si rileva che la garanzia in oggetto, per come confermata dall’atto confermativo ed integrativo del 27.10.2004, è stata anche sottoscritta per accettazione dalla banca”**.

Sulla ritenuta “non” vessatorietà delle clausole 2, 6, 7, e 8

Parimenti **infondate sono state ritenute “le eccezioni di nullità delle clausole n. 2, 6, 7, e 8 della garanzia per la loro vessatorietà e la mancata specifica sottoscrizione relativamente alle clausole nn. 2 e 8”**.

Secondo l’organo giudicante, **“le clausole nn. 6 e 7 risultano specificamente sottoscritte dalla garante ai sensi dell’art. 1341, co. 2 c.c. con modalità, indicazione del numero e della rubrica della clausola, che la giurisprudenza di legittimità ritiene idonee** («Nel caso di contratto per il quale non sia prescritta la forma scritta, l’obbligo della specifica approvazione per iscritto, di cui all’art. 1341 cod. civ., rimane limitato alla sola clausola vessatoria, senza necessità di trascrizione integrale del contenuto della clausola, essendo sufficiente il richiamo, mediante numero o titolo, alla clausola stessa, in quanto in tal modo si permette al sottoscrittore di conoscerne il contenuto»¹⁴).

Sulla clausola n. 6 contenente la deroga all’art. 1957

¹³ Cfr.: Cass. n. 3606/18.

¹⁴ Cfr.: Cass. n. 12708/14.

Con specifico riferimento “alla clausola n. 6 contenente la deroga all’art. 1957 c.c.”, viene evidenziato che “nel caso in esame **non appare determinante l’accertamento della validità in relazione alla qualità di consumatore, infatti, anche ove a quest’ultimo venisse riconosciuta la qualità di consumatore** (circostanza questa da escludere nel caso di specie dato che all’epoca il oltre ad essere garante era anche il legale rappresentante della società debitrice principale) **e si ritenesse la conseguente nullità della clausola n. 6, nella presente fattispecie la banca ha azionato la propria pretesa, se pure in via stragiudiziale, tempestivamente al momento della revoca dell’affidamento**, con comunicazione contestuale alla debitrice principale e ai garanti, tra cui l’odierno attore (...). Infatti, “**in tema di contratto autonomo di garanzia, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire “a prima richiesta”, l’eventuale rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all’art. 1957, comma 1, c.c., deve intendersi riferito - giusta l’applicazione del criterio ermeneutico previsto dall’art. 1363 c.c. - esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento**, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare “a prima richiesta” l’adempimento subordinato all’esercizio di un’azione in giudizio”¹⁵.

A parere del giudice, **non possono essere definite vessatorie** neanche le **clausole nn. 2 e 8, in quanto non rientranti nella previsione di cui all’art. 1341, co. 2 c.c.**: infatti non stabiliscono, a favore del predisponente, limitazioni di responsabilità, facoltà di recesso dal contratto o di sospensione dell’esecuzione dello stesso, né sanciscono a carico del contraente debole decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria. **Ma anche a voler ritenere delle clausole vessatorie, il contratto resterebbe in ogni caso valido ed efficace tra le parti**, con l’esclusione delle predette clausole, che ai fini della decisione non assumono rilievo.

¹⁵ Cfr.: Cass. n. 22346/17.

Sulla nullità per violazione delle norme ABI o ex art. 2 L. 287/90

Sempre in relazione alle **clausole n. 2, 6 e 8**, non è stata accolta neanche **“la domanda di parte attrice di nullità per violazione dell’art. 2 L. 287/1990, ovvero ex art. 1418 c.c., ovvero ancora per contrarietà della causa all’ordine pubblico economico ex art. 1343 c.c., delle clausole n. 2, 6 e 8 stipulate in violazione dell’art. 2 L. 287/1990 non avendo (...) depositato il modello ABI, necessario al fine di accertare la corrispondenza delle clausole al predetto modello”**.

A tal proposito, il giudice si è limitato a richiamare il principio della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui *“in tema di accertamento dell’esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall’art. 2 della l. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d’Italia di accertamento dell’infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall’art. 19, comma 11, della l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un’elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all’attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all’ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario”*¹⁶.

Sulla liberazione del garante per violazione della disciplina di cui all’art. 1956 c.c.
Non è stato ritenuto fondato neanche “l’ultimo motivo relativo alla violazione, da parte della banca, degli obblighi di buona fede e correttezza ex. Artt. 1175 e 1375 c.c. e art. 5 TUB e la conseguente liberazione della garante ai sensi dell’art. 1956 c.c.”.

Infatti, rispetto all’invocata *“liberazione del garante per violazione da parte della banca della disciplina di cui all’art. 1956 c.c.”*, viene richiamato il principio di carattere generale espresso dalla Suprema Corte secondo cui *«in tema di fideiussione per obbligazioni future,*

¹⁶ Cfr.: SSUU sent. n. 41994/21.

la persistente erogazione di finanziamenti da parte della banca creditrice a favore di una società, debitore principale, senza chiedere al garante la necessaria autorizzazione pur in presenza di un peggioramento delle condizioni economiche e finanziarie del debitore garantito in ragione delle perdite notevolmente superiori al capitale sociale e di un saldo di conto corrente permanentemente in passivo, costituisce comportamento non improntato al rispetto dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, idoneo a determinare la liberazione del fideiussore dalle obbligazioni future»¹⁷. Nel percorso motivazionale della sentenza si sostiene, inoltre, che “ai fini dell'applicazione della norma in esame è, quindi, innanzitutto necessario che la banca creditrice continui ad erogare nuovi finanziamenti; nella fattispecie in oggetto l'odierna convenuta non ha continuato ad erogare credito alla avendo, al contrario revocato l'affidamento e chiesto il rientro di quanto dovuto. La sola maturazione degli interessi su un debito già esistente in capo al debitore non è equiparabile alla concessione di ulteriore credito da parte della banca, con conseguente non applicabilità della disciplina di cui all'art. 1956 c.c.”.

Il conseguente **rigetto dell'opposizione** ha comportato la piena ed integrale **conferma del D.I. opposto, dichiarato definitivamente esecutivo** e contestuale **condanna dell'attore al pagamento delle somme tutte ivi ingiunte.**

L'indirizzo diametralmente opposto della Corte d'Appello di Cagliari:

la clausola a semplice richiesta non fa della garanzia un contratto autonomo di garanzia

A distanza di pochi giorni, il **26/10/2024**, sugli stessi temi affrontati dal Tribunale di Siena, quasi in una sorta di “botta e risposta”, si è espressa **la Corte d'Appello di Cagliari**, dando un'interpretazione di segno diametralmente opposto.

Il Collegio isolano, infatti, **con la sentenza n. 3006/2024**, in riforma di una sentenza del Tribunale di Cagliari - Sez. Specializzata in materia di Impresa (avente ad oggetto, anche qui, un'opposizione a decreto ingiuntivo), con riferimento alla domanda dichiarativa della nullità di alcune fideiussioni prestate dall'attore opponente in data 30 aprile 2004 a favore di un noto Istituto di credito, **ha affermato che la garanzia sub judice non è contratto autonomo di garanzia (solo per la clausola a semplice richiesta) bensì fideiussione omnibus.**

¹⁷ Cfr.: *ex multis* Cass. n. 16827/16.

Sull'onere probatorio rispetto alla violazione dell'art. 2 della L. n. 287/1990

La Corte territoriale sarda, innanzitutto – in disaccordo anche su questo aspetto col Tribunale toscano –, ha reputato **infondata la censura della banca secondo cui “gli attori avrebbero dovuto produrre, nei termini ex art. 183 c. 2 c.p.c., il modello ABI contenente le clausole da porre a raffronto con quelle oggetto di censura, essendo loro onere dimostrare la coincidenza tra le clausole contrattuali in questione e quelle giudicate frutto di intesa anticoncorrenziale”**, restando “*dunque precluso, a fronte di tale carenza probatoria, qualsiasi accertamento richiesto dagli attori*”.

Secondo il Collegio cagliaritano, “***le clausole in discorso, difatti, risultano riportate, nel loro contenuto pressoché testuale, nel provvedimento della tempestivamente prodotto dagli attori, sicché è stato ben possibile per il Tribunale, e lo è per la Corte, esaminarle e porle a raffronto con quelle contenute nei contratti oggi in discussione, onde dichiararne l'illiceità se coincidenti – come effettivamente lo sono nel loro tenore letterale – in ipotesi di ritenuta fideiussione omnibus***”.

Manifestamente infondato è stato ritenuto anche l'ulteriore assunto della Banca secondo il quale “*i garanti non avrebbero fornito la prova, com'era loro onere, della presenza nel mercato di un'applicazione uniforme, da parte del sistema bancario, delle clausole contestate, in epoca anteriore al provvedimento (...), idonee a contenere l'illecito comportamento in questione*”.

All'uopo la Corte territoriale ha richiamato la recente **sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 17108/2024** dove si afferma che «***in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dall'art. 2 della legge n. 287/1990, (nel)la stipulazione a valle di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di intese illecite concluse “a monte” (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) sono ricompresi anche i contratti stipulati in un momento diverso rispetto a quello esaminato in fase di accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (per quello bancario, la , con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, in vigore fino al trasferimento dei poteri all' , con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016), a condizione che l'intesa sanzionata sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo***».

In punto di onere probatorio, gli Ermellini avevano altresì precisato che «... *nel caso in cui il garante intenda eccepire in giudizio la nullità della fideiussione sottoscritta per contrasto con la normativa antitrust, dovrà fornire piena prova dell'avveramento della predetta condizione, quantomeno in tutti i casi in cui il contratto sia stato concluso in un momento diverso al periodo esaminato dalla (ottobre 2002 – maggio 2005)*». Nella specie, i **contratti sub judge** risultano stipulati nel 2004, in data antecedente alla pronuncia del provvedimento della Banca d'Italia, ma successiva all'intesa sanzionata, *“e si colloca all'interno dell'arco temporale preso in considerazione della Autorità garante, **il cui provvedimento, prodotto in giudizio, costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale della banca, con conseguente esonero degli attori dal relativo onere probatorio**”*.

Sulla natura della garanzia: gli indici rilevatori della natura di fideiussione

Tanto rilevato, il Collegio sardo ha quindi affermato che *“le **garanzie di cui trattasi**, contrariamente a quanto stabilito dal primo giudice, **devono essere qualificate senz'altro fideiussioni omnibus**”*.

Il primo elemento significativo in tal senso è stato ravvisato nel *“**dato letterale della qualificazione di fideiussione omnibus riportata sul modulo predisposto dalla stessa banca, sottoscritto dai garanti**”*.

I giudici isolani, preliminarmente, rilevano che *«a norma dell'art. 1362 c.c., il dato testuale del contratto, pur importante, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione della volontà delle parti, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito solo al termine del processo interpretativo, che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé chiare, atteso che un'espressione "prima facie" chiara può non risultare più tale se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti; ne consegue che l'interpretazione del contratto, da un punto di vista logico, è un percorso circolare che impone all'interprete, dopo aver compiuto l'esegesi del testo, di ricostruire in base ad essa l'intenzione delle parti e quindi di verificare se quest'ultima sia coerente con le restanti disposizioni del contratto e con la condotta delle parti medesime. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione, alla stregua di contratto autonomo di garanzia,*

della polizza cauzionale assunta da una banca a garanzia dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione da parte di una società espressamente qualificata come concessionaria di un pubblico servizio, valorizzando l'elemento della natura infungibile della prestazione principale, ad onta della definizione formale del contratto stesso come fideiussione¹⁸).

E, proprio alla stregua di tali prescrizioni, **la Corte territoriale sarda - in perfetta antitesi rispetto a quanto affermato dal Tribunale di Siena - ha evidenziato che** ***“nella specie il nomen iuris indicato sul modulo sottoscritto dai garanti deve essere ritenuto rispondente alla effettiva volontà delle parti, segnatamente della banca, che ha agito sulla base di tale figura contrattuale fin dalla sede monitoria, reiterando la medesima rappresentazione nelle sue successive difese”***.

In ogni caso, al di là del dato letterale, sempre secondo il Collegio, ***“non si rinvencono, nella specie, elementi contenutistici che si pongano in contrasto con la fattispecie in oggetto alterandone significativamente le caratteristiche”***. Infatti, non sono stati ritenuti tali:

1) né ***“le clausole nn. 2, 6, 8 “(i cui contenuti sono richiamati nella sentenza impugnata e riportati nell’espositiva) ricalcanti le clausole presenti sulla modulistica ABI utilizzata nella stipulazione delle fideiussioni omnibus” e sanzionata dalla Banca d’Italia col noto Provvedimento. 55/2005;***

2) né ***“la clausola n. 7” (la cd “clausola di pagamento a prima richiesta”),*** che era stata ritenuta dal giudice di primo grado rivelatrice dell’autonomia della garanzia.

In particolare, rispetto a tale disposizione contrattuale viene ***“precisato che più volte è stata affermata in giurisprudenza la non incompatibilità della clausola a prima richiesta con il contratto di fideiussione omnibus¹⁹, nel caso in esame non è ravvisabile una rinuncia (implicita) del garante a sollevare eccezioni, risultando, al contrario, persistenti la finalità satisfattiva e il carattere accessorio rispetto alle obbligazioni assunte dal debitore principale (come desumibile dal dato testuale tratto dalla seconda parte della clausola medesima, che riconosce al creditore il diritto di stabilire a quali obbligazioni del debitore principale imputare i pagamenti fatti dal fideiussore).***

A tal proposito, la Corte richiama ***“la circolare n. 55/05 della nella parte in cui sono esposte le argomentazioni dell’ABI e le valutazioni conclusive dell’Autorità***

¹⁸ Cfr.: Cass. civ., Ord. n. 32786 del 08/11/2022.

¹⁹ Cfr.: Cass. n. 15091/2021.

garante in ordine alla legittimità dello schema standardizzato di fideiussione omnibus”.

In detto provvedimento, infatti, si legge: «*Riguardo alle singole clausole oggetto di approfondimento, l'ABI ha precisato che la disposizione relativa all'obbligo di pagamento del fideiussore a semplice richiesta scritta della banca non configura, in effetti, una garanzia a prima richiesta. Quest'ultimo contratto (derogatorio rispetto al regime civilistico delle eccezioni) presenta un carattere autonomo rispetto all'obbligazione principale, mentre, al contrario la fideiussione omnibus ha natura di garanzia accessoria. L'accessorietà della garanzia omnibus non consentirebbe alcuna deroga all'art. 1945 c.c., ma risulterebbe compatibile con un meccanismo, come quello previsto nello schema, del tipo *solve et repete*: il fideiussore, cioè, dovrebbe pagare a richiesta della banca l'importo dovuto, ma non perderebbe il diritto di far valere le eccezioni spettanti al debitore principale. La motivazione della clausola in esame risiederebbe, secondo quanto rappresentato dall'ABI, nella possibilità di rendere immediatamente esigibile il debito del fideiussore nei confronti della banca, anche al fine di ottenere un decreto ingiuntivo in caso di rifiuto di pagamento*»²⁰.

Si legge altresì che, «*ai fini del riconoscimento della garanzia personale come strumento di riduzione dei requisiti patrimoniali della banca finanziatrice, è essenziale che il contratto non consenta al fideiussore di evitare o ritardare il pagamento di quanto dovuto, in caso di inadempimento del debitore principale. La garanzia, in altri termini, deve essere escutibile immediatamente, senza che alla banca possano essere opposte eccezioni*»²¹.

Ecco, dunque, che, secondo il Collegio isolano, letta “*in questi termini, la clausola a prima richiesta svolge una funzione di rafforzamento della posizione del creditore e quindi agevola il mercato del credito, ma non implica di per sé la rinuncia dei garanti a proporre le eccezioni spettanti alla debitrice principale, ai sensi dell'art. 1945 c.c., la cui opponibilità risulta soltanto spostata in avanti rispetto al pagamento, secondo lo schema del c.d. *solve et repete*”.*

Ne consegue che “*la clausola di pagamento “a prima richiesta”, accompagnata dalla previsione “senza eccezioni” - peraltro non ricorrente nella specie - può essere compatibile con il principio di accessorietà avuto riguardo all'intero contenuto*

²⁰ Cfr. punti 28 e 29 del Provvedimento n. 55/2005.

²¹ Cfr.: punto 77 e v. anche punto 81 del Provvedimento n. 55/2005.

*della convenzione negoziale²², mentre “costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall’esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l’impossibilità per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall’obbligazione principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, **il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l’adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta**”.*

Di conseguenza, *“per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila decisivo l’impiego o meno di espressioni quali “a prima richiesta” o “a semplice richiesta”, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l’obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze infatti devono essere ricercate sul piano dell’autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di solve et repete ai sensi dell’art. 1462 c.c.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia”²³.*

Non solo, ma, prosegue ancora la Corte sarda, con la natura accessoria della garanzia è compatibile anche la rinuncia preventiva a far valere la decadenza ex art. 1957 c.c., «trattandosi di pattuizione rimessa alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l’assunzione per il garante del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore»²⁴.

Sulla nullità delle singole clausole di cui agli Artt. 2, 6, 8 del modulo contrattuale

²² Come è evidenziato da Cass. S.U. n. 3947/10.

²³ Cass. Civ., Sez. III, del 28.02.07 n. 4661; si veda anche Cass. n. 16213/15; Cass. n. 16825/16; Cass. n. 19693/22.

²⁴ Cfr.: Cass. Civ. n. 28943/2017.

Qualificata la garanzia fideiussione “omnibus”, seguendo l’orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 41994/2021²⁵, i giudici del gravame hanno dichiarato “**la nullità delle singole clausole (2, 6, 8) – non già dell’intero contratto**”²⁶.

Nella fattispecie esaminata, infatti, il Collegio ha rilevato “**che vi è piena evidenza che l’accertata illiceità delle clausole non produca l’invalidità integrale delle fideiussioni**, contrariamente a quanto prospettato dagli attori, **non risultando che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto** (art. 1419 c.c.). Tale circostanza non solo non è stata allegata dagli attori, ma non è neppure ipotizzabile, essendo evidente che siffatte clausole risultano poste esclusivamente a favore dell’istituto bancario”

Pertanto, “**pur essendo qualificate fideiussioni omnibus le garanzie** sottoscritte dagli (...) appellanti **e dichiarate nulle le clausole citate**, non risulta affatto dimostrato che in dipendenza di tali clausole illegittime essi abbiano subito dei patemi d’animo, e tantomeno che in difetto di tali pattuizioni non si sarebbero visti ingiungere il pagamento della somma garantita, con tutte le ripercussioni dal punto di vista personale descritte”. Posto anche che “**non solo i danni non patrimoniali lamentati sono stati solo meramente e genericamente allegati, ma neppure risulta dimostrato, a monte, un fatto illecito idoneo a generare un danno suscettibile di risarcimento** (le conseguenze, in concreto, della dichiarata nullità, sono inscindibilmente legate, anche sul piano non patrimoniale, alla sorte dell’obbligazione dedotta in sede monitoria, oggetto del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, i cui presupposti non sono stati oggetto di allegazione specifica né di indagine in questa sede, seppure ai limitati fini dell’accertamento dell’esistenza del nocumento lamentato, non desumibile, sic et

²⁵ Cfr.; Sez. Un., sent. n. 41994 del 30/12/2021 secondo cui “i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata, debbono ritenersi parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell’art. 1419 cod. civ., salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti” (cfr. Corte App. di Cagliari, sent. 3006/2024, qui in commento).

²⁶ In forza del principio espresso dalle Sezioni Unite con la citata sent. n. 41994/2021, infatti, “in tanto una fideiussione conclusa a valle di intese illecitamente anticoncorrenziali può dichiararsi (parzialmente) nulla, in quanto si accerti che detta fideiussione riproduca clausole proprie dello schema costituente l’intesa anticoncorrenziale vietata, e salvo che non sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti” (Cfr.: Cass., Sez. 3, ord. n. 34418 del 23 novembre 2022, in motivazione).

simpliciter, dalla pronuncia di nullità parziale)”, di conseguenza, la pretesa risarcitoria è stata rigettata.

La Corte d’Appello, in riforma della sentenza di primo grado, quindi, ha dichiarato, tra le altre cose, *“che i contratti stipulati dalle parti sono fideiussioni omnibus” e “la nullità delle singole clausole dei suddetti contratti, distinte ai nn.2, 6, 8”* e ha rigettato la domanda risarcitoria.

Alcune riflessioni a margine delle due “contrapposte” sentenze.

Senza voler in alcun modo entrare nel merito delle controversie oggetto delle due sentenze in commento ma limitandoci solo a considerare i principi di carattere generale ivi espressi, non vi è dubbio che la lettura congiunta di queste due contrapposte pronunce non può non sollevare delle perplessità.

Le perplessità nascono non solo se si raffrontano alcuni passaggi della sentenza del Tribunale di Siena con la sentenza della Corte d’Appello di Cagliari, oggetto della presente nota, ma, soprattutto, se gli stessi enunciati vengono inquadrati all’interno dell’attuale cornice interpretativa fornita dalla Suprema Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza di merito maggioritaria.

La sentenza del Tribunale di Siena, infatti, sembra muoversi, parafrasando un noto cantautore italiano, *“in direzione ostinata e contraria”*²⁷, inserendosi nell’ambito di quel filone interpretativo, attualmente minoritario, secondo cui l’inserimento della clausola **“a prima richiesta” (anche in assenza di quella “senza eccezioni”)** porta alla **configurazione di un contratto autonomo di garanzia**²⁸.

Innanzitutto, occorre sottolineare che la Suprema Corte di Cassazione si è già espressa sul punto, affermando che *“la presenza della clausola “a prima richiesta” non è decisiva per qualificare un contratto come autonomo di garanzia o fideiussione perché quell’espressione può riferirsi sia a forme di garanzia autonome svincolate dal rapporto garantito, sia a garanzie, come la fideiussione, caratterizzate da un vincolo di accessorialità più o meno intenso verso l’obbligazione garantita, sia, infine, a clausole che hanno il fine di derogare parzialmente alla*

²⁷ Cfr.: F. DE ANDRÈ, *“Smisurata Preghiera”*, all’interno della compilation *“In direzione ostinata e contraria”*, 2005.

²⁸ Cfr. Tribunale di Trani, sent. n. 1354/2024; in senso conforme, Trib. di Catania, sent. n. 4855, pubbl. 15.10.2014, edita su questa Rivista; ma si vedano anche Trib. di Caltanissetta, sent. n. 535 del 19 luglio 2022; Corte d’App. di Potenza, sent. 28 luglio 2020, n. 448.

*disciplina dell'art. 1957 CC, ad esempio limitata alla previsione che, per precludere l'estinzione della garanzia, basti una semplice richiesta scritta*²⁹.

Da parte sua la giurisprudenza di merito predominante, sulla base anche dell'insegnamento della Cassazione secondo cui la qualificazione del negozio deve essere effettuata in base alle caratteristiche concrete del contratto³⁰, si è da tempo uniformata nel ritenere che la sola clausola “*a semplice richiesta scritta*” non trasforma la fideiussione in contratto autonomo di garanzia³¹.

Tra le tante pronunce non si può non richiamare quanto affermato dal Tribunale di Roma, Sez. Imprese, che, in perfetta sintonia con la Corte d'Appello di Cagliari, ha evidenziato come «***il carattere autonomo della garanzia non si desume dal dato testuale, che si riferisce ripetutamente e costantemente alla figura della fideiussione, né dalla disciplina dell'escussione della garanzia (...) secondo cui "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore ..." e che è evidentemente riferita alle modalità dell'escussione ed ai tempi del pagamento da parte del fideiussore, ma non limita in alcun modo le eccezioni da questo opponibili***»³².

Non solo, ma, prosegue il Tribunale capitolino, “***anche qualora si ritenesse dubbia l'interpretazione del testo, dovrebbe preferirsi l'opzione per la fideiussione, per le seguenti ulteriori ragioni: perché questa, diversamente dalla garanzia autonoma, configura una fattispecie tipica, alla quale pertanto si deve presumere indirizzata la comune volontà delle parti; perché, trattandosi di contratto redatto su modulo predisposto dalla banca, opera il criterio ermeneutico di cui all'art. 1370 c.c.; perché i garanti non***

²⁹ Cfr.: *Fideiussione - Deroga all'art. 1957 c.c. - Clausola di pagamento “a prima richiesta” - Esigibilità del credito*, in www.fallimentiesocieta.it/node/2408. Si veda la recente Cass. n. 20648/2024 del 24/07/2024.

³⁰ Cfr. fra tutte Cass. n. 12152 del 14.06.2016.

³¹ Cfr.: *ex multis*; Trib. di Bergamo, sent. 2074 del 12.11.2024; Trib. di Pavia sent. n. 1426 del 28.10.2024; Trib. di Brescia, sent. 4249 del 16.10.2024; Trib. di Parma, sent. 1291 del 14.10.2024; Corte d'App. di Aquila, sent. n. 1263, pubbl. il 11.10.2024; Corte d'App. di Campobasso, sent. n. 233, pubbl. il 11.10.2024; Corte d'App. di Firenze, sent. n. 1698 del 09/10/2024; Trib. di Vercelli, Sez. Fall., ord. n. 1215/2024 del 28/03/2024, Est. E. Gaspari; Trib. Roma, Sez. XVII, 02/02/2024, n. 197; Trib. di Tempio Pausania, decreto del 26/11/2023, est. dott. Iannini; Trib. di Civitavecchia, Sez. I, 07/08/2023, n. 907; Trib. Roma, Sez. Imprese, sent. del 27/06/2023, n. 10184; Corte d'Appello di Napoli, 8 febbraio 2023, Pres. Fusillo, Est. Amoroso; Corte App. Venezia, sent. del 2 luglio 2020; Corte d'App. Napoli, Sez. III, n. 3378/2022; Trib. di Biella, sent. n.103 del 22 marzo 2022.

³² Cfr.: Trib. Roma, Sez. Impr., sent. n. 1018427 giugno 2023.

*appartengono al novero dei soggetti che professionalmente svolgono l'attività di rilascio di garanzie autonome*³³.

È stato anche sottolineato dalla giurisprudenza di merito che proprio perché “*il modulo è stato predisposto dalla Banca*”, l’istituto di credito, “*come operatore professionale qualificato, non poteva ignorare il significato giuridico dei termini adoperati. Dunque, appare evidente che se la banca avesse voluto sottoscrivere agli oppositori un contratto autonomo di garanzia non gli avrebbe definiti “fideiussori” bensì ‘garanti’*”³⁴.

Del resto, come è stato messo in evidenza dal Tribunale di Biella, “*la banca, (...), quale operatore qualificato che ha predisposto il modulo contrattuale, se avesse voluto concludere un contratto autonomo avrebbe dovuto includere nel contratto la clausola di rinuncia alle eccezioni. Tale omissione rende chiara la volontà della Banca di non rendere del tutto autonome le garanzie dal rapporto principale. Infatti, l’inserimento della clausola di “pagamento a prima richiesta”, pur costituendo un elemento rilevante, non è sufficiente da solo per qualificare il rapporto negoziale ...*”³⁵.

In tal senso è stato reputato “*significativo ai fini della corretta interpretazione della clausola de qua*” anche “*il ricorso al singolare “eccezione” in luogo del plurale “eccezioni”*”³⁶.

Così come la deroga all’art. 1957 c.c. non comporta *sic et simpliciter* la trasformazione in garanzia di tipo autonomo

Riprendendo, infatti, quanto affermato in una recente sentenza del Tribunale di Brescia, “*l’art. 1957 c.c. trova applicazione anche in presenza di una fideiussione caratterizzata dalla clausola “solve et repete” non vi è infatti incompatibilità logica tra l’obbligazione del garante di pagare a semplice richiesta e l’onere per il creditore garantito di agire nei confronti del debitore*

³³ Cfr.: sempre Trib. Roma, Sez. Impr., sent. n. 10184/2023, cit. Si vedano anche Corte d’Appello di Napoli, 8 febbraio 2023, Pres. Fusillo, Est. Amoroso, in cui si evidenziano tutti gli elementi che militano nel senso di collocare la fideiussione omnibus fuori dall’ambito della garanzia autonoma; e conforme Corte d’App. Napoli, Sez. III, n. 3378/2022.

³⁴ Cfr.: Trib. di Biella, sent. n. 103 del 22 marzo 2022.

³⁵ Cfr.: sempre Trib. di Biella, sent. n. 103/2022 cit.

³⁶ Cfr.: sempre Trib. di Biella, sent. n. 103/2022, cit. in cui viene evidenziato che “*qualora ... mediante detta clausola la banca avesse inteso davvero richiedere al garante l’espressa rinuncia ad ogni possibile eccezione sollevabile con riguardo al debito garantito, non si comprende la ragione del sostantivo in questione al singolare in luogo – del certamente più corretto – plurale: plurime sono, infatti, le eccezioni che il garante sarebbe di norma legittimato a sollevare. Pertanto, ed anche in considerazione della natura deteriore della posizione del garante nei confronti del creditore sotto tale profilo ove si concludesse nel senso della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, si reputa interpretazione prudentiale più corretta quella per cui detta locuzione “e senza eccezione” sia un mero rafforzativo della precedente “in ogni caso”, come tale volta unicamente a rimarcare l’inevitabilità dell’adempimento da parte del garante stesso*”.

*entro il termine di sei mesi nel caso in cui la domanda non sia stata formulata nei confronti del garante entro il medesimo termine (...)*³⁷.

*“Di tal guisa, la clausola di pagamento **“immediato e a prima richiesta”** avrebbe solo l’effetto di un esonero del creditore dall’onere della prova dell’inadempimento dell’obbligazione principale, di una deroga all’art. 1957 c.c. (ovverosia di escludere la necessità di un’azione giudiziale per evitare la decadenza prevista dalla disposizione de qua) o, ancora, di una **clausola c.d. solve et repete** (sul modello dell’art. 1462 c.c.), che impone al garante l’obbligo del pagamento immediato della somma richiesta dal beneficiario, con riserva della facoltà di sollevare eccezioni dopo il pagamento”*³⁸.

A tutto questo si aggiunga, poi, che, anche laddove si volessero qualificare le fideiussioni schema ABI, in forza della clausola c.d. “a prima richiesta”, contenuta all’art. 7 dello schema ABI (e quindi nelle fideiussioni che la riproducono), come contratti autonomi di garanzia, nondimeno gli esiti derivanti dall’accertata violazione della normativa antitrust non sarebbero destinati a mutare; e ciò in relazione, segnatamente, alla declaratoria di nullità antitrust della clausola di deroga dell’art.1957 c.c. con tutto quanto ne consegue per l’ulteriore effetto (id est: estinzione della fideiussione nel caso in cui il creditore non abbia promosso le azioni giudiziali nel termine semestrale previsto dal codice civile decorrente dalla scadenza dell’obbligazione principale)³⁹.

Al riguardo si è già espressa la Cassazione a Sezioni Unite, nella più volte citata sentenza n. 41994/2021, laddove al § 2.21, sostanzialmente, si afferma che la nullità speciale antitrust della clausola anticoncorrenziale di deroga all’art. 1957 c.c. assorbe qualsivoglia questione anche sulla natura della garanzia, sia essa o meno “a prima richiesta”. Così, infatti, si esprimono le Sezioni Unite della Suprema Corte: «*E’ del tutto evidente, infatti, che la nullità speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura - in quanto attuative dell’intesa a monte - di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione*». “*Opinare diversamente, significherebbe del resto consentire la continuazione dell’illecito antitrust sanzionato dall’Autorità Antitrust con riferimento alla deroga generalizzata all’art. 1957 c.c.,*

³⁷ Cfr.: Trib. di Brescia, sent. 4249 del 16.10.2024.

³⁸ Cfr. Corte d’App., sent. n. 3378 del 13 luglio 2022. Sul punto si veda anche la recentissima Cass. del 29 febbraio 2024, n. 5478.

³⁹ M. L. FICOLA: “*La tutela antitrust sulle fideiussioni schema ABI non è una corsa ad ostacoli*”, nota a Trib. di Roma, Sez. Impr., 27 giugno 2023, n. 10184, su www.dirittodelrisparmio.it

*così violando, o meglio indebitamente aggirando, la normativa posta a tutela della concorrenza, evenienza però in radice non consentita*⁴⁰.

Non va dimenticato, poi, che anche in seno al **procedimento antitrust culminato con il Provvedimento 55/2005**, come giustamente rilevato dalla Corte d'Appello di Cagliari, è la stessa Autorità Antitrust ad aver ritenuto irrilevante ai fini dell'applicazione della normativa antitrust la qualificazione della fideiussione per operazioni bancarie prospettata dall'ABI per tentare di salvare, ma invano, dalla sanzione di nullità ex art. 2 L. 287/1990 le condizioni standardizzate lesive della concorrenza.

Sulla vessatorietà delle clausole 2, 6 e 8 dello schema ABI

Suscita non poche perplessità in chi scrive anche l'interpretazione data dal giudice senese sia rispetto all'art. 6 (ovvero la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) sia rispetto alle altre clausole dello schema ABI, in particolare laddove viene affermato, che ***“non possono essere definite vessatorie neanche le clausole nn. 2 e 8, in quanto non rientranti nella previsione di cui all'art. 1341, co. 2 c.c.”***.

Tale assunto appare in contrapposizione con quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione. Non si può sottacere, infatti, che recentemente i giudici di Piazza Cavour, con riferimento alla clausola di cui all'Art. 6 dello schema ABI, hanno evidenziato che *“nel derogare in termini più ampi il termine di 6 mesi successivo alla scadenza dell'obbligazione principale, previsto all'art. 1957 c.c., viene prolungato il tempo in cui la Banca può agire non solo verso l'obbligato principale ma anche nei confronti del fideiussore, titolare di obbligazione accessoria a quella dell'obbligato principale, il quale rimane anch'esso obbligato verso la garantita Banca. In tal guisa, una siffatta clausola si appalesa senz'altro deponente per l'assoggettamento del fideiussore a una disciplina astrattamente idonea a configurare il significativo squilibrio a danno del consumatore di cui all'art. 1469bis c.c., spettando, peraltro, al giudice di merito verificarne l'effettiva integrazione nel caso concreto avuto riguardo al tenore dello stipulato contratto, allorquando come nella specie tale clausola risulti non essere stata oggetto di specifica trattativa comportante l'esclusione dell'applicazione della disciplina di tutela in argomento, successivamente rifluita nel Codice del*

⁴⁰ M. L. FICOLA: *“La tutela antitrust sulle fideiussioni schema ABI non è una corsa ad ostacoli”*, nota a Trib. di Roma, Sez. Impr., 27 giugno 2023, n. 10184, cit.

consumo (d. lgs 6 settembre 2005, n. 206). Tale disciplina si affianca a quella concorrente ex **artt. 1341, comma 2, e 1342 c.c.**, in tema di **clausole onerose** nelle condizioni generali di contratto, relativa a **contratti unilateralmente predisposti** da un contraente in base a **moduli o formulari**, in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti⁴¹.

Ecco, dunque, che, secondo gli Ermellini, **“la lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora, sia nell'una che nell'altra ipotesi, l'applicazione della disciplina di protezione in argomento”**.

Per la vessatorietà della clausola in parola si attesta ormai la maggioranza delle pronunce della giurisprudenza di merito⁴².

Analogo discorso viene fatto anche rispetto alla **clausola che indica che il fideiussore «è tenuto a pagare immediatamente alla banca a semplice richiesta scritta anche in caso di opposizione del debitore quanto dovutole per capitale, interessi, spese tasse ed ogni altro accessorio»**. Anche detta clausola, infatti, **“limita all'evidenza la possibilità di proporre efficacemente eccezioni da parte del debitore lasciandolo esposto alla pretesa di pagamento della banca a prescindere da ogni prova dovuta dello stesso e da ogni eventuale sua ragione e crea pertanto un rilevante squilibrio tra le posizioni delle parti di cui una di esse, il consumatore, si trova assoggettata al potere dell'altra, unica predisponente”**⁴³.

Così come sono state ritenute **vessatorie** sia la **clausola di reviviscenza** sia la **clausola di sopravvenienza**⁴⁴.

Sulla deroga all'art. 1957 cc e sul “significato” del termine istanza

Anche l'assunto secondo cui **“deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente**

⁴¹ Cfr.: Cass. Civ., Sez. III, 28 settembre 2023, n. 27558.

⁴² Cfr. tra le tante, le recentissime, Corte d'App. di Milano, sent. n. 2976 del 07/11/2024; Corte d'App. dell'Aquila, sent. 1352, pubbl. il 4/11/2024; Trib. di Modena, sent. del 17.10.2024 n. 1521; Corte d'App. di Bologna, sent. del 17.10.2024 n. 1951.

⁴³ Cfr.: Trib. di Bergamo, ord. dell'8 marzo 2024 che richiama, Cass.17083/2013 e 24262/2008, 25914/2019.

⁴⁴ Cfr. Trib. di Torino, sent. 15 marzo 2024, Pres. Ratti, Rel. Astuni, reperibile su www.dirittobancario.it.

interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare "a prima richiesta" l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio", sembra andare "controcorrente".

Si ricorda che il fideiussore, a norma dell'art. 1957 c.c., rimane obbligato dopo la scadenza dell'obbligazione principale solo se il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore principale e le abbia con diligenza continuate.

Ebbene, per evitare la decadenza, secondo il diverso e consolidato orientamento giurisprudenziale, non è sufficiente la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, ma ***"l'istanza del creditore deve necessariamente essere giudiziale, ossia deve consistere in un ricorso ad un mezzo di tutela processuale, volto ad accertare, in via di cognizione o esecutivamente, secondo le forme e nei modi di legge, l'accertamento ed il soddisfacimento delle pretese del creditore"***⁴⁵, *"indipendentemente dal loro esito e dalla loro concreta idoneità a sortire il risultato sperato"*⁴⁶.

Per concludere, al di là delle singole fattispecie oggetto delle due sentenze qui in commento, in linea generale, non si può non sottolineare che, anche a voler qualificare la garanzia bancaria in parola come un contratto autonomo di garanzia - come del resto ha fatto il Tribunale di Siena -, la questione di fondo però non cambia. Invero, accertata la violazione della normativa antitrust in relazione alla clausola di deroga all'art. 1957 c.c. e, quindi, rimossa la condizione giudicata lesiva della concorrenza perché attuativa dell'intesa illecita a monte o, comunque, dichiarata la stessa clausola vessatoria e/o abusiva, rivive appieno il disposto dell'art. 1957 c.c. per come comunemente inteso dalla Cassazione: sia dunque la detta condizione contenuta in un modello di garanzia qualificato come fideiussione tipica o come contratto autonomo atipico⁴⁷.

E, sempre, per come "tradizionalmente" inteso dalla Suprema Corte, il termine istanza non può che essere inteso come "istanza giudiziale"⁴⁸.

⁴⁵ Cass., sez.1, 22/07/1976, n. 2898.

⁴⁶ Cfr.: Cass., sez.2, 29/01/2016, n.1724; Cass., sez.3, 20/04/2004, n.7502; Cass. sez. 3 18/05/2001 n.6823 (con cui la Corte ha ritenuto non costituisse "istanza" un precetto non seguito da esecuzione); Cass. Civ., Sez. III, ord. del 24 agosto 2023, n. 25197; Cass. sent. del 24/07/2024 n. 20648. Conformi, tra le sentenze di merito più recenti si vedano, *ex multis*: Corte d'Appello di Milano, sent. n. 2976 del 7/11/2024; Trib. di Pavia, sent. 1426 del 28.10.2024; Trib. di Roma, Sez. Imprese, sent. n. 16034 del 23.10.2024; Trib. di Verona, sent. n. 2390 del 23.10.2024; Trib. di Roma, sent. n. 15914 del 22.10.2024; Corte d'App. di Bologna, sent. n. 1951 del 17/10/2024; Trib. di Brescia, sent. 4249 del 16.10.2024.

⁴⁷ Cfr.: Trib. Roma, Sez. Impr., 27 giugno 2023, n. 10184.

⁴⁸ Cfr.: Cass. Civ., Sez. III, ord. del 24 agosto 2023, n. 25197; Cass. sent. del 24/07/2024 n. 20648. Conformi, tra le più recenti, si vedano, *ex multis*: Corte d'Appello di Milano, sent. n. 2976 del 7/11/2024;

Trib. di Pavia, sent. 1426 del 28.10.2024; Trib. di Roma, Sez. Imprese, sent. n. 16034 del 23.10.2024; Trib. di Verona, sent. n. 2390 del 23.10.2024; Trib. di Roma, sent. n. 15914 del 22.10.2024; Corte d'App. di Bologna, sent. n. 1951 del 17/10/2024; Trib. di Brescia, sent. 4249 del 16.10.2024.

La nullità delle fideiussioni bancarie (da quelle omnibus a quelle specifiche) per violazione della normativa antitrust e la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti in causa.

Di Gian Luca De Angelis

SOMMARIO: 1. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021. – 2. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario in ordine alla valenza quale 'prova privilegiata' del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* sottoscritte antecedentemente o successivamente al periodo dell'indagine (ottobre 2002/maggio 2005) condotta dall'Autorità di Vigilanza al fine dell'adozione del predetto Provvedimento n. 55/2005 e il *revirement* giurisprudenziale in proposito da ultimo realizzato nel 2024 dalla Corte di Appello di Milano. – 3. L'estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

1. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021.

L'art. 2 della legge n. 287/1990 (la c.d. legge antitrust) dispone quanto segue: “1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi”; “3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

Con il Provvedimento n. 55/2005, Banca d'Italia – che ha esercitato la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito dal 1990 fino al gennaio del 2006, quando la Legge a tutela del risparmio (Legge 262/2005) ha attribuito le relative competenze all'AGCM – ha statuito che tre clausole contenute nel modulo negoziale per fideiussioni *omnibus* predisposto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel 2003 (ed adottato da pressoché tutti gli istituti bancari negli anni successivi) integravano una forma di intesa restrittiva della concorrenza ai sensi del citato art. 2 della legge n. 287/1990.

Si trattava delle clausole di sopravvivenza della fideiussione per l'ipotesi di annullamento o di dichiarazione di inefficacia del pagamento del debitore principale e per quella di eventuale restituzione del pagamento da parte del creditore per invalidità del rapporto principale, nonché della clausola di deroga al rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 1957 cod. civ., che impone al creditore garantito di coltivare in sede giudiziaria le proprie istanze nei confronti del debitore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, pena, in difetto, la perdita dei diritti verso il garante. Precisamente, queste le clausole dello schema ABI di fideiussione che il menzionato Provvedimento di Banca d'Italia ha qualificato come idonee a realizzare una intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990:

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

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

- l'art. 8 dello schema di fideiussione ABI, che sanciva l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che, “*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*”.

Con l'ordinanza n. 29810/17, la Sez. I della Cassazione, nel ritenere irrilevante il fatto che il Provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 fosse posteriore alla stipula della fideiussione impugnata nel caso ivi sottoposto al giudizio della Suprema Corte, ha incidentalmente stabilito che *“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, della Legge antitrust)”*.

Dunque, mediante tale *obiter dictum*, la Cassazione, motivando circa l'irrilevanza dell'anteriorità dell'atto esecutivo (la fideiussione) dell'intesa censurata (realizzata mediante l'adesione generalizzata delle banche italiane al suindicato schema ABI del 2003 di fideiussione *omnibus*) rispetto alla decisione dell'Autorità di Vigilanza preposta al rispetto della normativa antitrust (il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005), ha sostanzialmente affermato la nullità del negozio posto in essere ‘a valle’ della stessa intesa censurata dall'Autorità di vigilanza per violazione dei precetti di cui all'art. 2 della legge n. 287/1990.

Tale, implicita statuizione della Cassazione del 2017 (ribadita dalla stessa Suprema Corte, tra le altre, nella sentenza del 22.5.2019, n. 13846) in ordine alla nullità delle fideiussioni *omnibus* riproduttive di almeno una delle tre sopra indicate clausole contenute nello schema predisposto dall'ABI nel 2003 e considerate da Banca d'Italia violative dei precetti (e dei divieti) di cui all'art. 2 della legge n. 287/1990, è stata definitivamente sancita dalla medesima Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite n. 41994/2021, che ha stabilito che *“I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza”*.

Più nel dettaglio, le Sezioni Unite della Cassazione sono addivenute alla sopra trascritta conclusione sulla base delle seguenti argomentazioni:

(i) la normativa di riferimento in materia di tutela della libera concorrenza è rinvenibile non soltanto nella disciplina legislativa nazionale (ossia nella legge n. 287/1990 e, in

particolare, nell'art. 2 di tale legge sopra riportato), ma anche (e prima ancora) nella normativa euro-unitaria, ossia nell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originariamente, art. 81 del Trattato CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma), che – in applicazione dell'art. 3, secondo cui *“L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori”: [...]* b) *definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno* – dispone: *“1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione [...]. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”;*

(ii) la normativa (nazionale e unionale) preordinata alla tutela della libertà di concorrenza è utilmente invocabile non soltanto dalle imprese, ma anche da parte degli altri soggetti del mercato, ossia, segnatamente, da parte della clientela, anche privata, degli istituti di credito (*“La svolta decisiva è segnata in materia - in termini di maggiore tutela dei privati - da una sentenza di queste Sezioni Unite [la n. 2207 del 4.2.2005 – ndr], secondo la quale la Legge Antitrust n. 287 del 1990, detta norme - segnatamente l'art. 2 - a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia un 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. Al riguardo va 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 cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33,*

azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma - nel testo vigente al tempo della pronuncia alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello");

(iii) la tutela riconosciuta dalla normativa antitrust è piena, dovendosi appunto attribuire al soggetto che si assume leso da una intesa restrittiva della libertà di concorrenza – anche laddove non sia parte della stessa intesa, ma soltanto del contratto concluso a valle dell'intesa a monte (*"[...] il tenore letterale della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 3, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto". E' del tutto evidente, infatti, che siffatta previsione - ed in particolare la locuzione "ad ogni effetto", riproduttiva, nella specifica materia, del principio generale secondo cui quod nullum est nullum producit effectum - legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come - sia pure incidentalmente - affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata [sempre la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005 - ndr]"*) – non soltanto la tutela risarcitoria, ma anche quella 'demolitoria', ovvero la legittimazione a chiedere ed ottenere la declaratoria di nullità tanto dell'intesa a monte quanto del contratto a valle (*"Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust"*);

(iv) ciò posto – ossia affermata l'utilizzabilità ad opera del soggetto leso dall'intesa restrittiva della libertà di concorrenza di ogni forma di tutela predisposta dall'ordinamento, sia nazionale che euro-unitario –, si deve ritenere che la più completa e soddisfattiva forma di tutela, fermo restando in capo al soggetto leso il diritto di chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni patiti, è quella della nullità, che, nel caso di specie, in ossequio al principio della conservazione degli atti negoziali, va delineata come nullità parziale, ossia come nullità che conduce ad espungere dal negozio inficiato dall'intesa illecita soltanto le clausole riproduttive dello schema negoziale mediante il quale è stata realizzata la stessa intesa, lasciando in essere per il resto il medesimo negozio, se del caso integrato, nelle parti così caducate, dalla disciplina normativa generale in forza dell'applicazione del combinato disposto degli artt. 1419 e 1339 c.c. (*"Una volta esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, deve ritenersi che la forma di tutela più*

adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole. Nè va tralasciato il rilievo che la nullità parziale è idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di "conservazione" del negozio");

(v) il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005, che ha statuito in ordine alla nullità delle clausole nn. 2-6-8 dello schema ABI di fideiussione *omnibus* del 2003 per violazione della normativa a tutela della libertà di concorrenza costituisce, in sede processuale, una prova privilegiata della nullità parziale di una fideiussione bancaria laddove in essa siano riprodotte le menzionate clausole negoziali del predetto schema ABI (*"Orbene, nella fattispecie in esame, la Corte d'appello ha accertato - con valutazione di merito incensurabile in questa sede che le clausole contenute nelle fideiussioni in questione erano del tutto coincidenti con le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI, facendo applicazione del principio, più volte affermato da questa Corte, secondo cui la produzione del Provvedimento dell'Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione"*);

(vi) da quanto sopra premesso, derivano altresì le seguenti, ulteriori conseguenze (*"Dalla ritenuta nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata - nella specie diretta a falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mediante un'attività consistente nel fissare direttamente talune "condizioni contrattuali" - discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale"*): a) *"Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui è causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1419 c.c., nonché dalle affermazioni della giurisprudenza Europea succitate"*; b) *"Ne discende, poi, la rilevabilità d'ufficio di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.)"*; c) *"Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (Cass. 15/11/2010, n. 23057) e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647), nonché dell'azione di risarcimento dei danni"*.

Dunque, come anticipato, in forza della sentenza a Sezioni Unite della Cassazione n.

41994/2021, si deve concludere che una fideiussione *omnibus*, che si uniformi allo schema predisposto dall'ABI nel 2003 con riferimento ad almeno una delle tre sopra riportate clausole (artt. 2, 6 e 8), va considerata e dichiarata parzialmente nulla e, quindi, improduttiva di effetti con riferimento alle clausole della medesima fideiussione conformi a quelle dello schema ABI del 2003 censurate dalla Banca d'Italia con il suindicato Provvedimento del 2005.

2. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario in ordine alla valenza quale 'prova privilegiata' del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* sottoscritte antecedentemente o successivamente al periodo dell'indagine (ottobre 2002/maggio 2005) condotta dall'Autorità di Vigilanza al fine dell'adozione del predetto Provvedimento n. 55/2005 e il *revirement* giurisprudenziale in proposito da ultimo realizzato nel 2024 dalla Corte di Appello di Milano.

In ragione delle sentenze della Cassazione sopra citate, la Giurisprudenza di merito ha statuito in maniera pressoché unanime che, in relazione alle fideiussioni bancarie *omnibus* riprodottrici delle clausole dello schema ABI del 2003 considerate da Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55/2005 limitative della libertà di concorrenza e, come tali e per l'effetto, dichiarate dalle Sezioni Unite della medesima Corte di Cassazione con la pronuncia n. 41994/2001 nulle ai sensi degli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, il menzionato Provvedimento costituisce "*prova privilegiata*" del fatto che nel caso oggetto di una specifica controversia sia stata posta in essere dall'istituto di credito una condotta anticoncorrenziale e, quindi, prova privilegiata della nullità parziale (con riferimento alle sole clausole censurate dall'Autorità di Vigilanza) della fideiussione bancaria oggetto di quello stesso, specifico giudizio: ciò, però, a condizione che tale fideiussione sia stata sottoscritta nel periodo che ha formato oggetto dell'indagine posta in essere da Banca d'Italia al fine dell'adozione del suindicato Provvedimento n. 55/2005, ovvero a condizione che tale fideiussione sia stata sottoscritta tra l'ottobre 2002 e il maggio 2005.

Al contrario, laddove la fideiussione bancaria *omnibus* oggetto di una determinata controversia sia stata rilasciata al di fuori del menzionato periodo di indagine (ovvero prima o, come più spesso si verifica nella prassi, dopo tale periodo), secondo la

Giurisprudenza di merito maggioritaria il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 perde la sua valenza di prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale e quindi della nullità parziale della medesima fideiussione in relazione alle clausole sanzionate dalla stessa Autorità di Vigilanza (ossia le clausole di cui agli artt. 2,6 e 8 dello schema ABI del 2003); in tali casi, infatti, affinché possa essere accolta la domanda del fideiussore preordinata ad ottenere la declaratoria in sede giudiziaria di siffatta nullità parziale (sempre per violazione della normativa antitrust per effetto della ripetizione nella garanzia negoziale delle clausole sanzionate da Banca d'Italia), è invece necessario che l'attore soddisfi uno specifico onere probatorio su di esso incombente, ossia che dimostri non solo la coincidenza testuale tra le clausole contenute nella fideiussione oggetto di causa e quelle dello schema ABI del 2003 censurate dall'Autorità di Vigilanza, ma anche che, anche con riferimento specifico al periodo di sottoscrizione di tale fideiussione (non ricadente in quello compreso tra l'ottobre 2002 e il maggio 2005), sia stata posta in essere dagli istituti di credito italiani una nuova intesa anticoncorrenziale analoga a quella accertata e sanzionata da Banca d'Italia limitatamente al suindicato periodo ottobre 2002/maggio 2005.

Si vedano, in questo senso, tra le tante:

- Tribunale di Napoli, 17.10.2023: “[i]l fideiussore non può, inoltre, limitarsi ad affermare la pretesa nullità della fideiussione o di sue clausole per violazione dell’art.2 L. n. 287/1990 facendo leva sul Provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia, che si riferisce al periodo all’intesa accertata per il periodo 2002 e 2005, ma è gravato dell’onere della prova circa l’esistenza di una nuova intesa anticoncorrenziale, evocando una pronuncia di public enforcement, costituente indefettibile presupposto della richiesta di nullità di una fideiussione stipulata successivamente al 2005”;
- Tribunale di Spoleto, 27.5.2023, n. 405: il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia “non costituisce prova idonea dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall’autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha com’è noto coperto un arco temporale compreso tra il 2002 ed il maggio 2005”, in quanto detto Provvedimento può essere considerato prova privilegiata, ma “soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima, parte attrice è, pertanto, onerata dell’allegazione e della

dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all'art.2 della L. n. 287 del 1990;

- Tribunale di Milano 20.3.2023: “[1]a fideiussione è stata stipulata in data 11.08.2010 ad oltre cinque anni dal Provvedimento della Banca d'Italia che accerta la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale. Tale Provvedimento non può costituire prova dell'intesa anticoncorrenziale, perché l'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia riguarda il periodo temporale compreso tra il 2002 ed il 2005. È onere del contraente allegare e dimostrare l'esistenza di un'intesa anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia avente ad oggetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale bancario”;

- Tribunale di Roma, 28.4.2023, n. 6749: “Trattasi, dunque, di fideiussioni risalenti a data anteriore non soltanto al Provvedimento n. 55/2005 emesso dalla Banca d'Italia il 2.5.2005, posto a fondamento della decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte nella citata sentenza come prova privilegiata e rispetto al quale la domanda di nullità proposta davanti al giudice ordinario si pone come azione follow-on, ma anche all'ambito temporale dell'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia in veste di autorità antitrust, al cui esito è stata accertata l'utilizzazione generalizzata e diffusa da parte delle banche dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI nel 2002 ed in parte modificato nel 2003, avendo la Banca d'Italia intrapreso l'istruttoria di cui agli artt. 2 e 14 della legge n. 287/1990 l'8.11.2002. Ciò posto, in mancanza di un accertamento in sede amministrativa dell'intesa illecita, gravava sulla parte attrice, come in tutte le cause stand-alone in materia di antitrust, fornire idonea allegazione e prova dell'intesa illecita ex art. 2 L. n. 287/1990 e gli attori non vi hanno adempiuto, non avendo fornito elementi utili ai fini della prova della sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le banche”;

- Tribunale di Milano, 18.1.2024: “La fideiussione omnibus che sia stata stipulata successivamente al periodo di accertamento dell'Antitrust (Provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005) rientra nei giudizi cc.dd. stand alone, nei quali l'opponente, chiamato a dar prova dei fatti costitutivi della domanda, non può giovare – come nelle cc.dd. follow on actions – dell'accertamento dell'intesa illecita contenuta in un Provvedimento dell'autorità amministrativa competente a vigilare sulla conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato. Ciò perché un simile accertamento o manca del

tutto o c'è, ma riguarda un periodo diverso da quello in cui si colloca la specifica vicenda negoziale che avrebbe leso la sfera giuridica dell'attore. Ne consegue che parte opponente è onerata dell'allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza di un'intesa illecita all'epoca della sottoscrizione del contratto impugnato".

Dunque, come anticipato, secondo la Giurisprudenza di merito maggioritaria formatasi successivamente alla sentenza n. 41994/2021 delle Sezioni Unite della Cassazione, laddove la fideiussione *omnibus* oggetto della concreta controversia sia stata sottoscritta in un momento temporale diverso dal periodo dell'indagine condotta da Banca d'Italia al fine dell'emissione del Provvedimento n. 55/2005 (ottobre 2002/maggio 2005), detto Provvedimento non costituisce prova privilegiata di una illecita intesa anticoncorrenziale delle banche italiane e ciò sebbene la fideiussione oggetto dello specifico giudizio riproduca testualmente le clausole dello schema ABI del 2003 sanzionate dal predetto Provvedimento n. 55/2005, occorrendo invece in tali casi che il garante, affinché possa ottenere una declaratoria di nullità parziale della fideiussione da egli sottoscritta con riferimento alle medesime clausole, dimostri che anche in tale, differente momento temporale i principali istituti di credito operanti nel territorio nazionale hanno posto in essere o, meglio, hanno perpetuato l'intesa anticoncorrenziale accertata dalla Banca d'Italia con riferimento al periodo ottobre 2002/maggio 2005: pena, in difetto dell'assolvimento di tale onere probatorio, il rigetto della domanda di nullità parziale della fideiussione.

In proposito, va puntualizzato che le medesime sentenze che negano al Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 il valore di prova privilegiata della nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* sottoscritte in un lasso temporale diverso da quello in cui l'Autorità di vigilanza ha condotto l'indagine in questione hanno però ammesso pressoché tutte che l'attore possa fornire la prova della perpetuazione dell'intesa anticoncorrenziale di che trattasi mediante altri strumenti processuali idonei a dimostrare, appunto, che anche al di fuori del suindicato lasso temporale (e, più precisamente, al momento della sottoscrizione della fideiussione oggetto della concreta controversia) sussisteva la detta intesa anticoncorrenziale, e tali strumenti probatori alternativi sono stati individuati in quasi tutte le pronunce o (i) nella produzione di un cospicuo numero di fideiussioni coeve o pressoché coeve a quella oggetto di controversia e anche esse, al pari di quella oggetto

di controversia, recanti le clausole già censurate dal Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005, oppure (o, meglio, contestualmente) (ii) nella richiesta rivolta da parte attrice al giudice dell'adozione di un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. preordinato, appunto, ad ordinare alla banca convenuta e alle principali banche italiane (per dimensioni e diffusione sul territorio nazionale) nonché all'ABI di depositare in giudizio gli schemi delle fideiussioni *omnibus* da esse utilizzati nell'anno in cui è stata sottoscritta quella oggetto della specifica controversia.

Il suindicato orientamento giurisprudenziale è stato, però, di recente messo in discussione dalla Corte di Appello di Milano, che, in un consistente numero di sentenze (le nn. 524, 1315,1441, 1439 e 2227 del 2024) ha completamente ribaltato la distribuzione dell'onere probatorio nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003, ma sottoscritte in una data non ricadente nel lasso temporale in cui è stata condotta l'indagine di Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005.

Invero, tanto si legge nella sentenza della Corte di Appello n. 1439/2024 (nonché, in maniera quasi testualmente identica, nelle citate sentenze della medesima Corte nn. 524, 1315,1441e 2227 del 2024): *“La censura è priva di fondamento. Difatti, a parere della Corte, pur a non voler riconoscere efficacia probatoria strictu sensu ‘privilegiata’ al Provvedimento dell’Autorità con riguardo alle fideiussioni contenenti le clausole sanzionate, ma sottoscritte in un periodo successivo all’arco temporale oggetto dell’istruttoria condotta dall’Autorità, il Provvedimento de quo, alla luce dell’autorevole e condivisibile interpretazione offertane dalla Suprema Corte, con la più volte citata sentenza n. 41994/2021 - in parziale modifica di quanto osservato dal giudice di primo grado - consente comunque di ravvisare la persistenza di un <<meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust>> abitualmente utilizzato dagli istituti di credito, meccanismo che rinviene la sua fonte in atti diversi (id est: il contratto a valle e l’intesa a monte, dichiarata nulla dall’Autorità di vigilanza), funzionalmente collegati ai fini dell’attuazione dell’illecito. In altri termini, la riproduzione in un contratto di fideiussione successivo al 2005 delle clausole dichiarate nulle dal Provvedimento n. 55/2005 comporta una valida presunzione della persistenza, tra l’atto a monte e il contratto a valle, di un nesso funzionale alla produzione dell’effetto anticoncorrenziale. Trattasi, ad avviso della Corte, di una presunzione iuris tantum, suscettibile di prova contraria, ma da parte della banca, sulla quale, anche per il principio di vicinanza della prova, incombe l’onere di dimostrare*

che al tempo in cui la fideiussione è stata rilasciata e nonostante l'identico contenuto delle clausole, più non persistesse l'intesa anticoncorrenziale tra gli istituti di credito oggetto delle censure dell'Autorità di Vigilanza. Nel caso di specie gli appellanti hanno assolto al proprio onere probatorio, producendo il contratto di fideiussione del 22.11.2012 (cfr. doc. n. 5 parte appellante) e allegando la corrispondenza delle clausole contrattuali a quelle sanzionate dalla e tanto bastava, ad opinione della Corte, a ritenere provato il perdurare dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza. Di contro, a fronte di ciò e dell'effettiva riproduzione nel testo negoziale di tutte e tre le clausole del modello ABI dichiarate nulle (...), l'appellata non ha offerto nel presente giudizio una prova in grado di superare la presunzione di permanenza dell'intesa illecita nel momento in cui la fideiussione è stata rilasciata (novembre 2012)".

Dunque, secondo la Corte di Appello di Milano, in caso di fideiussione *omnibus* conforme al modello ABI 2003 non sottoscritta nel periodo dell'indagine condotta da Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005, pur non potendosi considerare quest'ultimo anche in tale evenienza come una prova privilegiata dell'esistenza di una intesa anticoncorrenziale e, quindi, della nullità parziale della fideiussione, la predetta conformità del negozio di garanzia al menzionato schema ABI genera comunque una presunzione relativa in ordine alla sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale anche al momento della sottoscrizione della fideiussione oggetto di controversia (sebbene avvenuta in un data non ricadente nel periodo ottobre 2002/maggio 2005), presunzione relativa che, in quanto tale, è sì suscettiva di essere contraddetta da una prova contraria, ma tale prova, anche in ragione del principio della 'vicinanza della prova', deve essere fornita dall'istituto bancario garantito dalla fideiussione.

Si assiste, quindi, in siffatte pronunce – per tale ragione, di evidente rilievo – ad una sorta di ribaltamento dell'onere probatorio gravante sulle parti: non spetta più, infatti, al fideiussore dimostrare la ricorrenza di una intesa anticoncorrenziale in caso di fideiussione cronologicamente non riconducibile nell'alveo temporale dell'indagine condotta da Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005 (ottobre 2002/maggio 2005), ma spetta invece alla banca garantita, a fronte della doglianza di nullità parziale della garanzia svolta dal fideiussore in ragione della conformità del contratto di garanzia oggetto di causa con lo schema ABI del 2003, vincere la presunzione relativa in ordine alla persistenza di una intesa anticoncorrenziale tra le

banche anche al di fuori del menzionato periodo temporale.

Tra i due orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, si ritiene che quello maggiormente suscettivo di apprezzamento sia quello della Corte di Appello di Milano del 2024 e ciò soprattutto in un'ottica di 'giustizia sostanziale', cui, anche in forza dei precetti eurounitari, deve sempre tendere il giudizio: mentre, infatti, è assai arduo per una parte privata che abbia sottoscritto una fideiussione conforme a quella dello schema ABI del 2003 in un momento temporale diverso da quello in cui è stata condotta l'indagine di Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005 dimostrare che anche al di fuori del detto lasso temporale le banche italiane hanno perpetuato la condotta anticoncorrenziale sanzionata dall'Autorità di Vigilanza (sia perché non è facile reperire un cospicuo numero di modelli di fideiussioni di differenti banche conformi al menzionato schema ABI relativi al medesimo anno di sottoscrizione della fideiussione oggetto del giudizio concreto, sia perché spesso i tribunali italiani sono assai e immotivatamente restii ad accogliere l'istanza di ordine di esibizione di cui sopra), al contrario appare molto più agevole per un istituto di credito, anche in ragione della molteplicità delle fonti documentali cui esso può facilmente accedere, fornire la prova idonea a superare la presunzione relativa delineata dalla Corte di Appello di Milano in ordine alla sussistenza di una intesa anticoncorrenziale laddove si sia al cospetto di una fideiussione *omnibus* che contenga le clausole sanzionate da Banca d'Italia nel Provvedimento n. 55/2005, ma che sia stata sottoscritta al di fuori del periodo temporale dell'indagine condotta al fine dell'adozione di siffatto Provvedimento.

3. L'estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

Un altro profilo di importanza fondamentale, nell'analisi oggetto del presente scritto, è quello relativo alla estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

La giurisprudenza maggioritaria ha in proposito affermato che le fideiussioni specifiche, sebbene perfettamente e testualmente conformi allo schema ABI del 2003, non sarebbero parzialmente nulle con riferimento alle clausole censurate da Banca d'Italia nel

Provvedimento n. 55/2005 e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 41994/2021, in ragione del fatto che il menzionato Provvedimento e la citata sentenza avrebbero ad oggetto esclusivamente le c.d. fideiussioni *omnibus* e non anche le fideiussioni specifiche, ossia quelle fideiussioni che, sebbene anche esse in tutto e per tutto conformi al predetto schema, non sono preordinate a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni contratte dal soggetto finanziato con un istituto di credito, bensì soltanto quelle scaturenti da uno o più rapporti di finanziamento bancario specificamente individuati nelle medesime fideiussioni.

Sul punto, la Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza n. 21841 del 2.8.2024 (confermata, tra le altre, anche dall'ordinanza n. 19401/2024 e dalla sentenza n. 10689/2024, sia pure con una motivazione molto più sbrigativa), premesso che *“è un punto innegabilmente fermo da cui deve partire il ragionamento che il giudizio di sfavore esternato nell'occasione da Banca d'Italia abbia riguardato una tipologia di contratto [le fideiussioni omnibus – ndr], che condivide con quello su cui si appuntano le riserve dei ricorrenti [le fideiussioni specifiche – ndr] solo l'appartenenza ad una comune matrice genetica”*, ha abbracciato la tesi della inestensibilità alle fideiussioni specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust sulla base di un duplice ordine di ragioni:

- *“La prima si ritrae dal medesimo Provvedimento di Banca d'Italia ed, ovviamente, non riposa sulla considerazione che esso concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus. Piuttosto è decisivo in questa chiave, scorrendo il testo del deliberato, sottolineare non solo – come bene annota il Procuratore Generale nelle proprie requisitorie – che in più passaggi Banca d'Italia si dà cura di tratteggiare le significative difformità che in punto di ricadute ed utilità economica dello strumento, ricorrono tra i due tipi di fideiussione, “evidenziando la maggiore efficienza economica della “specifica” rispetto alla omnibus ed i minori rischi anticoncorrenziali”, ma che come si legge al punto 78 del Provvedimento¹³³ – ove significativamente si avverte che “le*

¹³³ Tanto si legge nel punto 78 del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005: *“Le valutazioni effettuate durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità di singole clausole né la possibilità o meno per le banche di utilizzare la contrattualistica. Ai fini della tutela della concorrenza occorre accertare che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, non ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante”*.

valutazioni effettuate durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità delle singole clausole..." - "il portato anticoncorrenziale" - sono ancora parole del Requirente - "non si rileva dalla simmetrica adozione delle singole clausole abusive, così come oggi affermato da parte ricorrente, bensì dal precipitato di tali clausole nello schema "omnibus", quindi coinvolgente per sua natura una serie indefinita di rapporti anche futuri; è sembrato quindi, in estrema sintesi, che l'adozione di tali clausole per una serie indefinita e futura di rapporti avesse effetti anticoncorrenziali nella misura in cui mirano ad addossare 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". Il che è del tutto coerente con gli assetti della materia stabiliti da tempo della giurisprudenza di questa Corte, dell'avviso infatti che le singole deroghe di cui al Provvedimento ABI in sé considerate non costituiscono clausole abusive o vessatorie (così, ad es., in relazione alla derogabilità dell'art. 1957, Cass., Sez. VI-I, 4/12/2017, n. 28943; Cass., Sez. VI-I, 24/09/2013, n. 21867; Cass., Sez. III, 18/04/2007, n. 9245)”;

- “La seconda ragione si lega alla richiamata giurisprudenza di questa Corte ed, in particolare, alla considerazione ancora sviluppata nel Provvedimento di Banca d'Italia al punto 78 in ragione della quale l'illiceità, per come argomentata dalle SS.UU. 41994/2021, delle clausole cui si è fatto cenno non concerne le clausole in sé, ma il fatto che essendo inserite in un modello contrattuale di uso corrente, esse possano ostacolare "la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche ad uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante". In buona sostanza ciò che giustifica l'espunzione delle clausole "incriminate" dal modello negoziale che disciplina in maniera uniforme la fideiussione omnibus è la loro anticoncorrenzialità derivante da un uso corrente legittimato dal ricorso delle banche ad uno standard negoziale deteriore per il prestatore della garanzia. L'inevitabilità, perciò, del visto orientamento al tipo della fideiussione specifica dipende allora proprio dal fatto che il giudizio di sfavore pronunciato da Banca d'Italia si renda applicabile alle sole fideiussioni omnibus in quanto solo con riguardo ad esse è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate”.

Nessuna di tali argomentazioni appare, però, persuasiva.

Nella prima delle due argomentazioni sopra riportate, la Cassazione afferma che l'inevitabilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalla medesima Corte con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 “non

riposa sulla considerazione che” il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d’Italia “concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus” (il che significa che tale inestensibilità non dipende, come invece si legge in molte pronunce di merito, dalla circostanza che nel detto Provvedimento Banca d’Italia si sia occupata soltanto di fideiussioni omnibus senza estendere la propria indagine alle fideiussioni specifiche), ma deriva invece dalla circostanza che le clausole sanzionate dello schema ABI del 2003, che di per loro, pur contenendo deroghe alla disciplina codicistica in favore delle banche e a detrimento dei fideiussori, non sono qualificabili come vessatorie o abusive, ove contenute in una fideiussione preordinata a garantire ogni tipologia di rapporto di finanziamento posto in essere da un soggetto con un istituto di credito (ivi compresi anche i rapporti futuri, ossia ancora non instaurati al momento della sottoscrizione della fideiussione) hanno una maggiore capacità anticoncorrenziale rispetto all’ipotesi in cui la fideiussione sia invece preordinata a garantire un solo e ben individuato rapporto di finanziamento (o più rapporti, ma comunque già in essere e specificamente individuati), in quanto il “portato anticoncorrenziale” non discende “dalla simmetrica adozione delle singole clausole abusive [...], bensì dal precipitato di tali clausole nello schema “omnibus”, quindi coinvolgente per sua natura una serie indefinita di rapporti anche futuri”.

Tale argomentazione non appare, però, condivisibile, in quanto, se è evidentemente vero che è particolarmente accentuata la potenzialità anticoncorrenziale derivante dall’adozione generalizzata nel settore bancario (così come in qualsiasi altro settore) di un identico schema contrattuale di per sé strutturato al fine di disciplinare non soltanto i rapporti già in essere tra le parti, ma anche quelli che le stesse potrebbero in futuro instaurare, rispetto all’ipotesi in cui detto schema contrattuale sia idoneo a disciplinare esclusivamente i rapporti già incardinati tra i contraenti, è però parimenti vero che ciò non esclude a priori che anche in tale seconda ipotesi, sebbene in teoria caratterizzata da una minore potenzialità anticoncorrenziale, l’adozione generalizzata di un identico schema contrattuale possa in concreto produrre significative ed illecite limitazioni alla libertà di concorrenza: pare, dunque, che la Cassazione utilizzi un mero argomento ‘probabilistico’ o, meglio, fondato sulla valutazione di una potenzialmente maggiore incidenza anticoncorrenziale di una ipotesi rispetto ad un’altra per giustificare la scelta della inestensibilità delle conclusioni raggiunte per le fideiussioni *omnibus* anche alle fideiussioni specifiche pur essendo consapevole – ed, anzi, ammettendo, almeno

implicitamente – che i rischi anticoncorrenziali collegati alla prima tipologia di garanzia non siano a priori escludibili anche per la seconda; in sostanza, cioè, si utilizza la mera attitudine o potenzialità alla produzione di effetti illeciti di un determinato schema negoziale per pervenire ad una soluzione dogmatica, mentre una siffatta tipologia di soluzione dovrebbe invece imporre una giustificazione teorica fondata su principi consolidati e condivisi (se non addirittura positivizzati) e non già su mere valutazioni statistiche o prognostiche (elaborate, peraltro, in assenza di un qualsivoglia dato numerico di oggettiva affidabilità).

Nella seconda delle due argomentazioni sopra riportate, la Cassazione contraddice platealmente la prima, in quanto, se in quest'ultima il presupposto di partenza era rappresentato dall'affermazione secondo la quale l'inesensibilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalla medesima Corte con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 “*non riposa sulla considerazione che*” il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia “*concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus*”, nella predetta, seconda argomentazione, ribadito ancora una volta che le clausole del menzionato schema ABI non sono illecite in sé, ma che lo divengono in quanto inserite in un modello negoziale di uso corrente suscettivo di ostacolare “*la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche ad uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante*”, così producendo effettivi limitativi della libertà di concorrenza nel settore bancario, la Suprema Corte chiude poi tale argomentazione con l'ulteriore affermazione secondo la quale “*L'inesensibilità, perciò, del visto orientamento al tipo della fideiussione specifica dipende allora proprio dal fatto che il giudizio di sfavore pronunciato da Banca d'Italia si renda applicabile alle sole fideiussioni omnibus in quanto solo con riguardo ad esse è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate*”. E, cioè, a dire: prima la Cassazione afferma chiaramente che l'inesensibilità non discende dalla circostanza che il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 ha avuto ad oggetto esclusivamente le fideiussioni *omnibus*, poi, però, poche righe oltre tale affermazione, asserisce l'esatto contrario, ossia che tale inesensibilità è motivata dal fatto che solo con riferimento alle fideiussioni *omnibus* è stata accertata dall'Autorità di Vigilanza la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate. Sinceramente, non si comprende il senso di questa, seconda argomentazione e, soprattutto, non si riesce a trovare un modo per

superare l'evidente contraddizione che ricorre tra il presupposto da cui muove la prima argomentazione e la conclusione cui approda la seconda (che, in parte, muove peraltro dal medesimo presupposto dell'altra).

A prescindere dalla persuasività della motivazione della citata sentenza della Cassazione n. 21841 del 2.8.2024, si ritiene, a sommosso avviso dello scrivente, che in ogni caso non abbia senso limitare la portata del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 e della suindicata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione soltanto alle fideiussioni bancarie *omnibus*, senza estendere i principi ivi affermati anche alle fideiussioni specifiche: tra le une e le altre, infatti, laddove le seconde siano perfettamente conformi (come le prime) allo schema ABI del 2003 (almeno con riferimento alle clausole nn. 2,6 e 8), non vi è nessuna differenza, né strutturale né, tanto meno, funzionale.

L'unico elemento di differenziazione è infatti rappresentato dalla circostanza – del tutto marginale o, meglio, del tutto irrilevante nell'ambito dello schema negoziale fideiussorio – che, come anticipato, mentre le fideiussioni *omnibus* garantiscono tutte le obbligazioni bancarie contratte dal soggetto garantito o che questi dovesse in futuro contrarre, quelle specifiche garantiscono soltanto le obbligazioni scaturenti da uno o più rapporti di finanziamento già in essere e quindi già precisamente individuati. Di conseguenza, se, come accertato da Banca d'Italia, per le fideiussioni *omnibus* le banche, mediante la predisposizione e l'adozione generalizzata di un certo schema negoziale, hanno raggiunto una illecita intesa anticoncorrenziale, che, come stabilito dalla Cassazione, deve condurre a sanzionare con la nullità talune clausole di quello schema (quelle che hanno quale effetto quello di restringere la concorrenza), non si comprende, in termini logici prima ancora che logico-giuridici, la ragione per la quale le medesime conclusioni non dovrebbero valere per tutte quelle fideiussioni anche esse testualmente identiche allo schema ABI del 2003 oggetto di sanzione, ma che si differenziano da quelle *omnibus* soltanto per la circostanza che in tali fideiussioni la garanzia prestata ha un ambito circoscritto ad uno o più rapporti di finanziamento precisamente individuati.

E', infatti, evidente che, se le banche hanno posto in essere una illecita intesa anticoncorrenziale in relazione alle fideiussioni *omnibus* mediante l'adozione generalizzata del predetto schema negoziale, alle stesse e identiche conclusioni occorre pervenire anche con riferimento ad una fattispecie negoziale pressoché totalmente identica alle fideiussioni *omnibus*, ossia con riferimento a quelle fideiussioni specifiche che

riproducano testualmente tutte le clausole tacciate, da Banca d'Italia e Cassazione, di produrre il citato effetto anticoncorrenziale: sostenere una tesi opposta pare comportare l'accoglimento di una soluzione del tutto priva di reale giustificazione esegetica.

Sebbene la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, sia in gran parte a favore della tesi della inestensibilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003, non mancano tuttavia alcune pronunce che accolgono la tesi opposta.

In tal senso, si è pronunciata, ad esempio, la Sezione XVII Imprese del Tribunale di Roma, che, nella sentenza n. 10206/2022 del 24.6.2022, ha affermato che *“la circostanza che nel caso di specie la fideiussione non fosse omnibus, ma specifica, in quanto riferita ad una determinata obbligazione contrattuale, non esclude la violazione della normativa antitrust, dovendosi dare prevalenza al fatto che la concreta riproduzione negli atti di fideiussione in parola delle menzionate deroghe all’archetipo codicistico concretizzi quel comportamento ritenuto violativo della normativa antitrust consistente nella riproduzione di dette disposizioni integralmente coincidenti con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva”*; nello stesso senso, si è espresso anche il Tribunale di Ancona, con la sentenza del 3.10.2022, n. 1112: *“La violazione delle regole della concorrenza non può essere valutata in modo diverso a seconda del contratto di fideiussione ed in particolare in relazione alla ‘fideiussione omnibus’, cioè finalizzata a garantire una serie indeterminata di obbligazioni, fino alla concorrenza di un certo importo, ma va riferita all’effetto distorsivo che deriva dalla combinazione delle clausole incriminate costantemente riprodotto in uno schema contrattuale predisposto unilateralmente dalla parte contrattualmente forte, cioè la banca. In sostanza l’effetto distorsivo non muta in relazione alla natura specifica della fideiussione, visto che anche nell’ipotesi di ‘fideiussione omnibus’ il contraente aderisce ad uno schema predisposto unilateralmente dalla banca che riporta le stesse clausole in grado di procurare - nella loro combinazione - la distorsione della concorrenza”*; e, ancora, le superiori considerazioni trovano conferma anche nella sentenza del Tribunale di Chieti, 16 marzo 2021 (*“Quanto poi alla estensione della nullità anche alle fideiussioni specifiche, va affermato che una distinzione, tra fideiussione “omnibus” e non, non è convincente perché la differenza non riguarda le condizioni della garanzia stessa (identiche, per entrambe, al noto schema ABI censurato dall’autorità antitrust) ma divergono solo nel relativo oggetto”*), nella sentenza della Corte di Appello di Bari, 15 ottobre 2020 (*“È nulla la fideiussione*

specifica conforme allo schema ABI vietato dalla Banca d'Italia con Provvedimento n. 55/2005 e la nullità è totale in ragione del carattere essenziale che va riconosciuto alle clausole dello schema”), nella sentenza del Tribunale di Vicenza, 23 agosto 2021 (che ha sottolineato la sostanziale identità fra le clausole riportate nella lettera di fideiussione specifica per cui era ivi controversia e quelle ritenute illegittime dalla Banca d'Italia), nonché, tra le tante, nelle pronunce del Tribunale di Padova, 7 giugno 2020, del Tribunale di Matera, 6 luglio 2020 e della Corte di Appello di Torino, 20 luglio 2020.

In senso conforme, ossia nel senso della irrilevanza della tipologia di fideiussione (anche, se in realtà, non ha senso discorrere di diverse tipologie di fideiussione, in quanto il tipo negoziale della fideiussione rimane sempre e solo uno, anche laddove una fideiussione sia preordinata a garantire tutte le obbligazioni assunte da un determinato soggetto invece che soltanto quelle scaturenti da uno specifico rapporto contrattuale), si è pronunciata anche una parte della dottrina, che ha affermato la non divisibilità della tesi della non estensibilità dei principi affermati dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 anche alle fideiussioni specifiche conformi al medesimo schema, “*perché l'autorità garante non ha dichiarato restrittivo della concorrenza in sé lo schema delle fideiussioni omnibus, ma ha ritenuto restrittive della concorrenza esclusivamente le tre clausole specifiche più volte citate. Se queste tre clausole si ritengono nulle in quanto riprodotte nei singoli contratti «a valle» attuativi dell'intesa (o meglio, consecutivi all'intesa), ciò dovrebbe valere indipendentemente dal fatto che il contratto «a valle» sia una fideiussione omnibus oppure una fideiussione specifica. In altri termini, la ratio della pronuncia della Banca d'Italia di accertamento di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, in relazione alle tre clausole in esame, poggia non tanto sulla natura omnibus o specifica della fideiussione in cui le stesse sono inserite, quanto sul contenuto delle clausole in discussione (ingiustificatamente sfavorevole al fideiussore), nella misura in cui esse siano applicate in modo uniforme e generalizzato, trattandosi tra l'altro pacificamente di clausole predisposte unilateralmente su modulo prestampato (come si può riscontrare anche nel caso di fideiussione specifica). Proprio l'identico contenuto delle clausole di cui a una fideiussione specifica rispetto alle clausole del modulo ABI non può che far presumere – come avviene per le corrispondenti clausole dello schema di fideiussione omnibus – che si tratti delle stesse clausole oggetto all'epoca di un'intesa restrittiva della concorrenza volta ad applicarle in modo uniforme secondo un unico modello diffuso in via generalizzata salva prova contraria dell'istituto di*

credito (ad esempio, relativa a una trattativa individuale con il cliente). La Sezioni Unite non si occupano direttamente della questione, però il caso oggetto della sentenza è pacificamente un caso di fideiussione specifica. La circostanza che nel giudizio relativo a detta fideiussione non sia stata revocata in dubbio l'applicabilità della nullità parziale a una fattispecie di fideiussione specifica, indirettamente potrebbe avvalorare il principio per cui la nullità parziale vale anche per questa figura di garanzia" (G. Stella, in La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, Pactum – Rivista di diritto dei contratti, n. 3/2022).

Come si legge nell'autorevole parere dottrinale appena riportato, è inoltre rilevante (se non decisivo), sempre al fine di superare ogni illogica dicotomia tra fideiussioni *omnibus* e fideiussioni specifiche, sottolineare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 41994/2021 (quella che ha sancito la nullità parziale delle fideiussioni contenenti le clausole contrattuali dello schema ABI del 2003 sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d'Italia) si sono pronunciate non già su un giudizio che aveva ad oggetto soltanto fideiussioni *omnibus*, bensì su un giudizio che riguardava almeno due fideiussioni specifiche, come emerge dalla mera lettura del paragrafo 1 della predetta pronuncia: *"1. La società Albatel I.C.T. Solution s.p.a. stipulava con la Sanpaolo Imi s.p.a. (ora Intesa Sanpaolo s.p.a.), in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da Giacinto Bosco, socio della Albatel, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006"*.

Non vi è quindi nessuna ragione, né logico-giuridica né di inquadramento dogmatico-negoziale, che vieti di estendere – come è invece doveroso fare – le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione nella suindicata pronuncia a Sezioni Unite in tema di nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* riproduttive delle clausole contrattuali anticoncorrenziali del citato schema ABI del 2003 anche alle fideiussioni specifiche.

Tale approdo esegetico è stato da ultimo confortato anche da una recente pronuncia della stessa Corte di Cassazione, ossia dall'ordinanza n. 27243, resa dalla Sez. III della Suprema Corte in data 20.6.2024 (data di pubblicazione 21.10.2024), in cui si legge che *"né il giudice d'appello spiega perché non si tratterebbe di una fideiussione omnibus, a parte che*

– e questo è dirimente – S.U. 41994/2021 non richiede espressamente quest’ultima, bensì si riferisce ai contratti di fideiussione <<a valle>> di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, per cui se vi fosse la clausola nulla del modello ABI, quantomeno in parte qua il contratto sarebbe nullo a valle”. E, cioè, a dire: le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 41994/2021 vanno riferite alle fideiussioni in generale, non soltanto a quelle *omnibus* e quindi anche a quelle specifiche, perché ciò che rileva, al fine dell’applicazione della sanzione di nullità parziale del contratto di garanzia relativamente alle clausole di esso conformi a quelle dello schema ABI del 2003 censurate dall’Autorità di Vigilanza, non è la tipologia di fideiussione, ma la circostanza che vi sia un contratto di fideiussione concluso a valle di una intesa accertata come anticoncorrenziale dall’Autorità Garante, circostanza che si concretizza ogniqualvolta una fideiussione, sia essa *omnibus* o specifica, contenga una delle clausole sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d’Italia [a seguito della predetta pronuncia della Cassazione del 21.10.2024, sono state già emesse le prime decisioni della Giurisprudenza di merito che, aderendo al *decisum* della Suprema Corte, hanno ribadito la suindicata piena estensione dei principi delineati per le fideiussioni *omnibus* a quelle specifiche: “E’ stato recentemente chiarito che i principi, ormai noti, sanciti da Cass. Civ. S.U. n. 41994/2021, espressamente pronunciati in tema di fideiussioni bancarie *omnibus*, valgono anche per le c.d. <<fideiussioni specifiche>> in quanto la nullità riconosciuta alle clausole concorrenti conformi allo schema ABI hanno ad oggetto contratti di fideiussione <<a valle>> di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, per cui in presenza di clausole nulle di cui al modello ABI, anche alle già richiamate fideiussioni specifiche, <<quanto meno in parte qua, il contratto sarebbe <<a valle>>” (Tribunale di Lecce, sentenza del 7.11.2024)].

Fermo restando quanto sopra, va in ogni caso rilevato che anche la giurisprudenza che non reputa estensibile la nullità parziale del contratto di garanzia per conformità allo schema ABI del 2003 alle fideiussioni specifiche ammette comunque la possibilità che venga fornita in giudizio la prova che, in relazione ad un determinato frangente temporale, anche con riferimento a tali fideiussioni specifiche conformi al predetto schema ABI, le banche italiane abbiano posto in essere una illecita intesa anticoncorrenziale, ovvero che abbiano concordemente adottato un modello di fideiussione specifica che, in ragione dell’identico e generalizzato contenuto di talune sue clausole (le stesse sanzionate con la nullità per le fideiussioni *omnibus*), ha avuto quale

effetto concreto quello di restringere la concorrenza, così violando la normativa antitrust.

Si veda, in tal senso, la sentenza del Tribunale di Milano n. 7526/2023 del 3.10.2023 (n.r.g. 13748/2022), in cui si legge quanto segue: *“Gli opposenti hanno eccepito la nullità, in via subordinata parziale, per violazione della disciplina antitrust delle fideiussioni da loro prestate in favore della banca e nell’interesse di CONNEXUN s.r.l. in data 28/6/2016 (v. doc. 8 conv.) e in data 23/12/2014 (v. doc. 9 conv.). L’eccezione svolta in via subordinata è fondata. Si tratta di due garanzie specifiche, la prima contrassegnata dal n. 458082 e l’altra dal n. 268740, aventi ad oggetto le obbligazioni derivanti a CONNEXUN s.r.l. dalla stipula con la banca di due finanziamenti chirografari, ciascuno di euro 500.000. In punto di fatto, come fondatamente esposto da parte attrice, le clausole n. 2 (annullamento dei pagamenti), 6.1 (deroga all’art. 1957 c.c.) e 9 (invalidità dell’obbligazione garantita) delle fideiussioni sottoscritte dagli opposenti riproducono fedelmente il contenuto delle clausole n. 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall’ABI nel 2003 e oggetto del Provvedimento antitrust della Banca d’Italia n. 55/2005, prodotto sub doc. 4 att. Come noto, con tale Provvedimento l’autorità antitrust per il settore bancario dell’epoca ha statuito che “gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90”. Parte attrice ha invocato l’efficacia di prova privilegiata del Provvedimento, ma tale difesa è infondata per due ragioni. In primo luogo, l’esame della Banca d’Italia è stato condotto solo con riferimento alle fideiussioni omnibus, mentre nessun accertamento ha riguardato le garanzie specifiche, quali sono quelle per cui è causa. Poiché i due contratti si differiscono in modo marcato, proprio in relazione al loro oggetto, le conclusioni raggiunte per uno schema non possono in via automatica essere applicate ad un diverso contratto. Inoltre, l’indagine a campione di banca d’Italia è stata svolta nel settembre 2004 e la sua efficacia non si può estendere oltre la data del Provvedimento, che risale al maggio 2005. Pertanto, da quella decisione della Banca d’Italia non può discendere in via diretta alcuna prova privilegiata in ordine all’esistenza di un accordo anticoncorrenziale ancora in essere all’epoca delle fideiussioni oggetto di causa, rilasciate nel 2014 e 2016. Tuttavia, parte attrice ha opportunamente prodotto sub doc. 5b decine di copie di fideiussioni specifiche, rilasciate da varie banche e coeve a quelle poste a base dell’ingiunzione ai garanti. L’esame di tale documentazione dimostra che nel periodo 2014 – 2016 esisteva un uso*

uniforme da parte delle banche di uno schema di fideiussione specifica che comprendeva tutte e le tre clausole sopra evidenziate e cioè la clausola di reviviscenza, la deroga all'art. 1957 c.c. e la clausola di sopravvivenza. In particolare, si fa riferimento alle garanzie in favore di Banca Valsabbina 2014, pag. 75, cl. 2, 5 e 8; BNL 2014, pag. 85, cl. 2, 7 e 9; Carichieti, 2014, pag. 87, 2, 7 e 9; BPER 2015, pag. 96, cl. 2, 6 e 8; BCC Abruzzese 2015, pag. 99, cl. 1, 5 ult. comma; BCC Irpina 2015, pag. 105, idem; CR ASTI 2015, pag. 116, cl. 2, 6 e 8; UNIPOL BANCA 2015, pag. 121, cl. 2, 6 e 8; CR FIRENZE 2016, pag. 127, cl. 2, 6 e 8. Come si vede, si tratta di uno schema contrattuale usato da banche di dimensioni diverse e distribuite su tutto il territorio nazionale. Ovviamente si tratta di garanzie rilasciate in favore di banche terze e questo elemento non inficia il valore probatorio della documentazione – come erroneamente ritenuto dall'opposta, che non ha tempestivamente disconosciuto la conformità delle copie prodotte. – ma è proprio alla base della rilevanza probatoria dei documenti. A questo punto, la valutazione già operata dall'autorità antitrust in riferimento allo schema di garanzia omnibus può essere replicata anche per la fideiussione specifica. Vale a dire che il dimostrato utilizzo uniforme di un modello contrattuale che simultaneamente riproduca la clausola di reviviscenza, la deroga all'art. 1957 c.c. e la clausola di sopravvivenza – tutte clausole non strettamente funzionali all'erogazione del credito – ostacola la pattuizione di migliori clausole contrattuali, induce le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante e quindi viola l'art. 2, comma 2, lettera a), legge n. 287/1990. Parte opposta ha affermato l'inesistenza di un mercato delle fideiussioni, dal momento che il garante non può scegliere il prodotto offerto da una banca diversa da quella finanziatrice. La difesa non è fondata, perché è ovvio che il garante si deve rivolgere alla banca creditrice, ma nel caso di specie la lesione della concorrenza consiste nella rigida standardizzazione delle clausole contrattuali che il garante si vede imporre dalla banca, quale che essa sia. L'art. 2, legge n. 287/1990, vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. Il termine intesa non individua solo i contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluti". Il legislatore ha inteso proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". E' quindi rilevante qualsiasi condotta di mercato, anche

realizzata in forma non negoziale, purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente unilaterali (così, condivisibilmente, Cass. n. 28910/2017). Quest'ultima ipotesi ricorre nella fattispecie, nella quale parte attrice ha dimostrato l'utilizzo conforme da parte delle banche dello stesso schema contrattuale per le fideiussioni specifiche e, quindi, sussiste sotto tale forma un'intesa vietata. A norma dell'art. 2, comma 3, legge cit., le intese vietate sono nulle ad ogni effetto. Il contratto stipulato a valle dell'intesa realizza gli scopi illeciti perseguiti dall'intesa stessa e quindi è anch'esso nullo.

[...]

Si tratta di una nullità parziale, che colpisce solo quelle clausole contrattuali che sono la diretta espressione dell'intesa anticoncorrenziale. [...] Ne deriva che deve essere accertata e dichiarata la nullità delle clausole n. 2, 6 e 9 delle due fideiussioni rilasciate dagli opposenti".

Nello stesso senso, si è pronunciato, tra le tante, anche il Tribunale di Modena con la sentenza n.175/2023 del 1.2.2023, che ha affermato che *"trattandosi nel caso in esame di fideiussioni specifiche, i garanti avrebbero dovuto, in punto di allegazione fattuale e documentale, non affidarsi all'istruttoria della Banca di Italia, per avvalersi della sua particolare funzione probatoria, ma avrebbero dovuto introdurre un'autonoma fattispecie di comportamento anticoncorrenziale, relativa all'applicazione uniforme, anche con riferimento alla stipulazione di fideiussioni ordinarie, sulla base di una intesa fra più istituti di credito e, dunque, in violazione delle regole del mercato e della concorrenza, del medesimo schema negoziale".*

In buona sostanza, il fideiussore che sostenga in giudizio la nullità parziale della fideiussione specifica da esso sottoscritta perché contenente una o più delle clausole contrattuali dello schema ABI del 2003 sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d'Italia, deve, al fine di ottenere l'accoglimento di tale domanda di nullità, allegare e provare che anche la fideiussione specifica da egli rilasciata sia una conseguenza di una intesa o quanto meno di un coordinamento anche tacito tra gli istituti di credito con finalità o, comunque, con effetti anticoncorrenziali: e tale prova empirica dell'esistenza di siffatti comportamenti paralleli emerge – e non può che emergere – *per tabulas* dalla uniformità dei testi delle garanzie specifiche adottati nel corso degli anni dalle diverse banche italiane.

Pertanto, per le fideiussioni specifiche, ovvero sia accessorie ad un rapporto negoziale determinato, anche ove si ritenesse che il fideiussore non possa giovare della prova

privilegiata rappresentata dal Provvedimento n. 55/2005 o dell'inversione dell'onere della prova derivante dalla corrispondenza delle clausole di tali fideiussioni a quelle dello schema ABI censurate da Banca d'Italia con il predetto Provvedimento, la domanda di nullità parziale della garanzia va comunque accolta laddove il medesimo fideiussore dimostri che lo schema nella specie utilizzato dalla banca corrisponda a una pratica uniforme frutto anch'essa, come per le fideiussioni *omnibus*, di una intesa anticoncorrenziale (anche tacita) degli istituti di credito operanti nel territorio nazionale; e tale prova, secondo le sentenze pronunciate in argomento, può essere fornita sostanzialmente mediante le stesse due modalità sopra descritte per le fideiussioni *omnibus* sottoscritte al di fuori del lasso temporale oggetto dell'indagine di Banca d'Italia, ossia: (i) mediante la produzione in giudizio di un cospicuo numero di fideiussioni specifiche adottate da differenti istituti di credito nell'anno in cui è stata sottoscritta anche la fideiussione specifica oggetto della concreta controversia e che siano ovviamente anche esse conformi allo schema ABI del 2003 (ossia che contengano almeno una delle tre clausole censurate da Banca d'Italia nel 2005 perché anticoncorrenziali); (ii) chiedendo al giudice l'adozione, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., di un ordine di esibizione nei confronti delle principali banche italiane nonché nei confronti dell'ABI affinché esibiscano in giudizio i modelli *standard* di fideiussioni specifiche utilizzati dalle predette banche nello stesso anno in cui è stata sottoscritta anche la fideiussione specifica oggetto della concreta controversia.