

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

Fideiussioni *omnibus* e intesa
antitrust: interferenze e rimedi

IANUS

Diritto e Finanza

N. 26 - 2022

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 26 - dicembre 2022

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

FIDEIUSSIONI *OMNIBUS* E INTESA *ANTITRUST*: INTERFERENZE E RIMEDI

Presentazione	5
Fideiussioni <i>omnibus</i> e intesa <i>antitrust</i> : schemi uniformi e prassi del garantire, di GIOVANNI STELLA	9
Fideiussione <i>omnibus</i> e intesa <i>antitrust</i> : la sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 2021, di ENRICO MINERVINI	19
Fideiussione <i>omnibus</i> e ordine pubblico, di ALESSIA FACHECHI	29
Garanzie standardizzate e obbligazioni risarcitorie, di GIUSEPPE GRISI	41
Efficienza della tutela e protezione del mercato, di MICHELE LOBUONO	53
La nullità della fideiussione a valle dell'intesa <i>antitrust</i> nella interpretazione dell'ABF, di SALVATORE MONTICELLI	65
La nullità della fideiussione a valle di intese violative della normativa <i>antitrust</i> . La decisione delle Sezioni Unite, di ANTONIO VALITUTTI	79

ALTRI SAGGI

Brevi riflessioni sul fallimento della Silicon Valley Bank, di ELISABETTA MONTANARO	103
Quali lezioni dalle crisi bancarie di marzo? Crolli, timori e riforme, di MARILENA RISPOLI FARINA	115
In the name of God: managing risk in Islamic finance, di VALENTINO CATTELAN	149

PRESENTAZIONE

Il presente fascicolo di Ianus, coordinato dal Prof. Angelo Barba, dal Prof. Massimo D'Auria e dal Dott. Mario Renna, raccoglie nella sezione monografica gli Atti del convegno svoltosi a Siena presso la sede del Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici il 10 giugno 2022 e intitolato "Fideiussioni *omnibus* e intesa *antitrust*: interferenze e rimedi".

I saggi raccolti offrono una lettura critica dello scenario giuridico tratteggiato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 41994 del 2021 e permettono di considerare puntualmente la struttura e le funzioni della fideiussione *omnibus* nel contesto delle garanzie personali d'impresa.

Particolare attenzione viene prestata dagli Autori all'impianto sistematico della normativa *antitrust* - sovranazionale e domestica - e all'incidenza sul mercato delle fideiussioni *omnibus* recanti le clausole contenute nello schema redatto dall'Associazione Bancaria Italiana nel 2003 e reputato parzialmente in contrasto con la disciplina posta a protezione della concorrenza dalla Banca d'Italia nel 2005 per via della standardizzata applicazione delle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini scanditi dall'art. 1957 c.c.

I contributi qui raccolti consentono di riflettere (i) sulle dimensioni teoriche e sulle applicazioni pratiche dei rimedi, invalidativi e risarcitori, alla luce della distinzione tra *Ausführungsvertrag* e *Folgevertrag*, (ii) sui principi dell'utilità sociale e dell'ordine pubblico economico e (iii) sul ruolo della standardizzazione contrattuale. Viene, inoltre, avvertita l'esigenza di approfondire le tematiche riguardanti la regolazione del mercato, l'organizzazione e la contrattazione d'impresa, sempre considerando l'elaborazione teorica e la prassi giurisprudenziale togata e arbitrale.

Gli Atti intendono rappresentare una organica base di partenza per le future riflessioni in materia, che appare, ancora, in via di ricomposizione. Lo dimostrano la copiosa e ondivaga produzione giurisprudenziale successiva alla decisione del massimo organo di legittimità, nonché le incertezze emerse in seno al dibattito teorico e pratico circa le forme e le dimensioni della tutela da riconoscere al garante.

All'interno della parte dedicata agli altri saggi i contributi della prof.ssa Marilena Rispoli Farina e della prof.ssa Elisabetta Montanaro originano da due interventi delle autrici al seminario sulle crisi bancarie organizzato dalla prof.ssa Maria Elena Salerno, presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici, per gli studenti dei corsi di laurea triennale (Scienze economiche e bancarie), magistrale (Economia e gestione degli intermediari finanziari) e a ciclo unico (Giurisprudenza). In particolare, il saggio della prof.ssa Rispoli Farina offre una panoramica delle crisi bancarie dal 1929 ad oggi e degli

strumenti di natura pubblica e privata utilizzati per farvi fronte, mentre il saggio della prof.ssa Montanaro si incentra in modo specifico sul recente fallimento della Silicon Valley Bank, sottolineando le disfunzioni di natura tecnica e giuridica all'origine del tracollo della banca americana.

Il saggio di Valentino Cattelan, infine, offre una occasione per riflettere sulle dinamiche del rischio nella finanza islamica.

**FIDEIUSSIONI *OMNIBUS* E INTESA *ANTITRUST*:
INTERFERENZE E RIMEDI**

FIDEIUSSIONI OMNIBUS E INTESA ANTITRUST: SCHEMI UNIFORMI E PRASSI DEL GARANTIRE[°]

Giovanni Stella

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Pavia*

Il presente scritto, nell'ambito dell'ampio tema delle fideiussioni omnibus frutto di un'intesa antitrust, si sofferma sullo schema contrattuale di garanzia predisposto dall'ABI nel 2002 e oggetto della recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021.

Si esaminano innanzitutto le caratteristiche di tale modello che, in quanto applicato in modo standard e uniforme da quasi tutte le banche nei singoli contratti con i fideiussori, si è posto in conflitto con la legge antitrust.

Sono poi analizzate le clausole dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità Amministrativa perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità.

Si valutano, infine, le prospettive di modifica delle clausole dichiarate anticoncorrenziali, e successivamente nulle da Cass., S.U., 41994/2021, tenendo presente che le stesse sono state invece ritenute valide nella giurisprudenza di legittimità con riferimento al singolo contratto di fideiussione in sé considerato, al di fuori della prospettiva del diritto antitrust e quindi dal punto di vista strettamente civilistico.

In the context of the wide topic regarding the omnibus personal guarantees which are the outcome of an agreement in violation of the fair competition, the essay deals with the contractual scheme provided by the ABI (Italian Banking Association) in 2002 and subject to the recent judgement of the Joint Sections of the Court of Cassation n. 41994/2021.

First, the paper examines the features of the model which, applied in a standard and uniform manner by almost all the banking institutions in each of the agreements with the subjects providing the personal guarantee, is in conflict with the antitrust regulation.

Then, the provisions of the ABI scheme declared illicit by the Administrative Authority as anti-competitive, along with the reasons leading to the declaration of violation of the fair competition, are analysed.

In conclusion, the horizons of amendment of such clauses, which were declared anti-competitive and, further, null by the Court of Cassation in its judgement n. 41994/2021, are evaluated. For this purpose, it has to be taken into consideration that those clauses were deemed valid by the case law of the same court with regard to the single contract of personal guarantee, excluding the antitrust perspective to focus only on the Private Law point of view.

Sommario:

1. Lo schema contrattuale predisposto dall'ABI relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie: il conflitto con la legge antitrust
2. Le clausole dello schema ABI dichiarate illecite perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità
3. La validità sotto il profilo strettamente civilistico delle clausole dichiarate anticoncorrenziali

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Lo schema contrattuale predisposto dall'ABI relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie: il conflitto con la legge *antitrust*

Il titolo del mio intervento, «*Schemi uniformi e prassi del garantire*» (in relazione al problema delle fideiussioni *omnibus* e dell'intesa *antitrust*), nasce dalla considerazione che il tema generale del convegno, ossia le fideiussioni conformi a un modello ABI dichiarato in parte illecito dall'autorità *antitrust*, prende le mosse da uno schema contrattuale predisposto dall'ABI nel lontano 2002 e relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie.

L'ABI, come noto, è un'associazione di imprese bancarie senza scopo di lucro, per statuto deputata alla tutela degli interessi delle banche associate, che sono poi pressoché la totalità delle banche italiane¹. Al fine di perseguire il suo fine istituzionale, l'ABI in passato predispondeva schemi contrattuali standard che le banche potevano utilizzare nelle varie operazioni con la clientela.

Tali schemi contrattuali – qualificati come norme bancarie uniformi (cosiddette NUB) – soprattutto originariamente, regolavano gli interessi fra le parti nelle operazioni bancarie in modo fortemente squilibrato a favore delle banche, salvaguardando in via di priorità le esigenze imprenditoriali di ciascuna banca e, di riflesso del sistema creditizio nel suo complesso, venendosi così a creare una sorta di “ipertutela” di questo sistema creditizio².

Si rammenta che gli schemi ABI, sia oggi (nella misura in cui vengano ancora utilizzati) sia all'epoca in cui è stato predisposto il modello del 2002 di cui discutiamo, costituiscono delle semplici tracce, senza un valore vincolante e obbligatorio per le banche aderenti, che sono assolutamente libere di decidere se valersi o meno dello schema e apportare tutte le modifiche ritenute opportune. Tra l'altro, facendo adesso una piccola incursione nel tema centrale del convegno, proprio la non vincolatività dello schema ABI per la singola banca potrebbe indurre a ritenere che un singolo contratto fra banca e fideiussore che riproduca le clausole dello schema ABI – dichiarate illecite dall'autorità *antitrust* nel 2005³ – non dovrebbe, per ciò solo, automaticamente considerarsi frutto di un'intesa anticoncorrenziale e quindi nullo parzialmente⁴. Si potrebbe infatti osservare che, anche se le clausole del singolo contratto siano identiche a quelle dello schema dichiarate illecite dall'autorità *antitrust*,

¹ Banca d'Italia, Provvedimento n. 236/A del 8 novembre 2003-ABI: condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie.

² CAVALLI, voce *Norme Bancarie Uniformi ed accordi interbancari*, in *Dig. comm.*, vol. X, Torino, 1994, 267.

³ All'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi. V. Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 - “ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”.

⁴ La nullità parziale dei contratti di fideiussione che riproducono le clausole dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità Garante della concorrenza è l'esito a cui è pervenuta recentemente Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, pubblicata, tra l'altro, in *Pactum (online)*, 24 febbraio 2022, con nota di MOLINARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 309, con nota di MAISANO. Sul punto rinvio anche a STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, n. 3, 453 ss.

la loro concreta utilizzazione è pur sempre frutto di una scelta autonoma, non imposta, della singola banca (che, appunto, non è affatto obbligata ad applicare lo schema ABI) e questo sarebbe sufficiente per escludere che le clausole inserite nei singoli contratti siano frutto dell'intesa *antitrust* di cui allo schema ABI. Invero, nelle decisioni giurisprudenziali più recenti⁵ quest'assunto non è stato recepito, ritenendosi anzi che proprio l'identità delle clausole del singolo contratto con quelle dello schema dichiarate illecite di fatto faccia presumere che esse siano frutto dell'intesa anti concorrenziale a monte; ciò anche considerando che l'ABI, dopo che l'autorità *antitrust* aveva dichiarato illecito in parte lo schema, aveva suggerito alle banche di eliminare dallo stesso le clausole dichiarate anticoncorrenziali per violazione della legge *antitrust*⁶.

Tornando ora specificamente allo schema ABI oggetto di discussione, si tratta di un modello contrattuale, come dicevo, predisposto dall'Associazione una ventina d'anni fa, relativo alla ben nota fideiussione *omnibus* (ossia "*omnibus debitis*", per tutti i debiti presenti e futuri che può avere il cliente nell'ambito delle operazioni bancarie con l'istituto di credito).

È uno schema con due caratteristiche fondamentali: innanzitutto è stato predisposto unilateralmente dall'ABI, ovviamente senza trattativa e contrattazione con i fideiussori (anche se sono state consultate nel corso degli anni alcune associazioni di consumatori), contenendo, da un punto di vista tecnico, condizioni generali di contratto. Il carattere tipicamente di massa delle operazioni bancarie ha sempre comportato la tendenza delle banche, in questo caso tramite l'ABI, a standardizzare il regolamento contrattuale della propria attività, appunto tramite clausole identiche per tutte le operazioni del medesimo tipo e predisponendo a tal fine condizioni generali di contratto⁷. Nel corso degli anni l'ABI ha elaborato e via via aggiornato schemi standard di contratto per quasi tutti i tipi di operazioni bancarie; in tema di garanzie, sono stati predisposti schemi per le operazioni su pegno e sulla fideiussione, in quest'ultimo caso, però, solo sulle fideiussioni attive ricevute dalle banche, come appunto la fideiussione *omnibus*, non già sulle fideiussioni passive date dalle banche, ossia quelle fideiussioni bancarie qualificabili sostanzialmente come garanzie autonome⁸.

⁵ Cfr., in particolare, Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, 460 ss., con nota di RUGGIERI, in motivazione: «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...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 ...».

⁶ V. Comunicazione ABI alla Banca d'Italia del 8 luglio 2005.

⁷ L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari e clientela*, Roma, 1997, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, marzo 1999, 49.

⁸ Come osserva L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., 52, gli schemi ABI hanno quindi costituito davvero un *unicum* nel panorama italiano, ove nessun'altra

La seconda caratteristica dello schema ABI – che è quella che ci interessa di più ai fini delle considerazioni nel presente scritto – è che tale modello standard sulla fideiussione, sebbene come detto non vincolante, è stato di fatto adottato dalla maggior parte delle banche nei loro rapporti coi clienti e quindi è diventato un modello cosiddetto uniforme, ossia applicato in modo generalizzato e diffuso da quasi tutte le banche nei singoli contratti con i fideiussori.

Lo schema contrattuale applicato dal 2002-2003 con un contenuto identico in tutti i singoli contratti fra banche e fideiussori è venuto ben presto a porre un problema di possibile conflitto con la legge *antitrust* a tutela della libertà di concorrenza. Infatti, tendenzialmente le condizioni contrattuali adottate in modo uniforme in tutti i singoli rapporti limitano la libertà contrattuale delle parti, innanzitutto, nel nostro caso, la libertà del fideiussore di pattuire condizioni diverse; ma a ben vedere tramite lo schema ABI viene autolimitata anche l'autonomia negoziale delle stesse banche nella disciplina delle operazioni con la clientela. In sostanza, dettando regole in materia di fideiussione *omnibus* applicate in modo uniforme, l'ABI è venuta a sostituirsi all'autonomia contrattuale delle parti, impedendo quell'efficace forma di concorrenza che è proprio la differenziazione dell'offerta del servizio da parte delle singole banche.

Per questi motivi nel 2005 la Banca d'Italia, all'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra banche, aveva stabilito che alcune clausole di quello schema ABI (artt. 2, 6 e 8), in quanto applicate in modo uniforme, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata, ai sensi dell'art. 2, della l. *antitrust* n. 287/1990 e ha quindi dichiarato illecite tali clausole perché anticoncorrenziali.

2. Le clausole dello schema ABI dichiarate illecite perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità

Premetto che lo schema ABI sulla fideiussione *omnibus* si compone di tredici articoli, che disciplinano l'oggetto della garanzia *omnibus* che ho sopra sinteticamente indicato, con la previsione dell'inserimento di un tetto massimo garantito (art. 1); poi la maggior parte degli articoli sono incentrati sugli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), e in minor misura gli obblighi e sulle facoltà della banca (artt. 5, 9, 11 e 12)⁹. Le clausole dichiarate illecite dall'autorità *antitrust* sono solo tre delle tredici clausole che complessivamente formano il contratto.

associazione imprenditoriale di categoria ha mai predisposto con tale sistematicità e organicità dei modelli di contratto standardizzati.

Per un'indagine approfondita sulla predisposizione di norme bancarie uniformi da parte dell'ABI in materia di garanzie personali v. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 576 ss.

⁹ L'art. 13, non rilevante in questa sede, individua le clausole ritenute non applicabili alla fideiussione prestata da un soggetto che rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-*bis*, c. 2, c.c. a favore di un soggetto che presenti la medesima qualità.

Si tratta dell'art. 2 (cosiddetta clausola di reviviscenza della fideiussione¹⁰): se il debitore principale paga il suo debito l'obbligazione si estingue e con essa la fideiussione, ma se poi il pagamento del debitore principale viene dichiarato inefficace, ad esempio in seguito a revocatoria fallimentare, la fideiussione rinasce, torna ad essere operativa per garantire alla banca la restituzione delle somme ancora dovute.

Viene in considerazione, poi, la clausola con maggiore applicazione pratica, l'art. 6 (cosiddetta clausola di deroga all'art. 1957 c.c.¹¹) che modifica a favore della banca il principio normativo secondo cui dal momento della scadenza dell'obbligazione principale il creditore deve agire giudizialmente entro 6 mesi contro il debitore o il fideiussore altrimenti il fideiussore è liberato (per scadenza dell'obbligazione si intende, ad esempio, il momento della comunicazione di revoca dell'apertura di credito o della chiusura del conto corrente). Con questa clausola si afferma in sostanza che la banca è esonerata dal rispetto dei termini previsti dall'art. 1957 c.c.

Infine altra disposizione contrattuale dichiarata illecita è l'art. 8 (cosiddetta clausola di sopravvivenza) che forse è quella di più difficile interpretazione, anche se di scarsa applicazione pratica: «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». La clausola trova la sua giustificazione nel fatto che di solito nei casi di finanziamento, contestualmente alla stipula del contratto, il capitale viene immediatamente erogato e quindi se poi, per un qualche motivo, viene dichiarato nullo il contratto di finanziamento, il debitore deve restituire la somma ricevuta in esecuzione del contratto nullo: la fideiussione garantisce allora al creditore tale restituzione (si tratta di ipotesi non molto frequente perché si applica nei casi in cui venga dichiarato nullo il contratto principale di erogazione del capitale).

Esorbitando per un momento dal tenore introduttivo del mio intervento e proiettandomi nel problema cruciale del tipo di nullità di queste tre clausole conformi a quelle dichiarate illecite dall'Autorità *antitrust*, a mio avviso esse sono palesemente accessorie, collaterali e secondarie nel contesto della struttura della fideiussione *omnibus*; non sono cioè delle clausole essenziali, senza le quali la garanzia *omnibus* perderebbe la sua utilità e funzione di protezione del credito. Non trattandosi di clausole essenziali, la nullità conseguente all'anti-concorrenzialità rimane parziale ai sensi dell'art. 1424 c.c. e non si estende all'intero contratto (ovviamente il riferimento è al singolo contratto «a valle» che riproduce lo schema ABI)¹². A conferma che non si tratti di clausole essenziali

¹⁰ «Il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni pagate dal debitore e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

¹¹ «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 c.c., che si intende derogato».

¹² Come enunciato da Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

depone il fatto che tali clausole costituiscono delle deroghe alla disciplina codicistica, e quindi in loro assenza si applicherebbe il regime normativo legale: ad esempio, in assenza della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. si applicherebbe questa norma, così come si applicherebbe l'art. 1939 c.c. ipotizzando la nullità della clausola di sopravvivenza. In tema di fideiussioni *omnibus*, una clausola essenziale sarebbe ad esempio, quella relativa alla fissazione di un tetto massimo garantito *ex art.* 1938 c.c., perché in tal caso la clausola riguarda l'oggetto del contratto e quindi un elemento essenziale; oppure altra clausola essenziale, come vedremo, è la clausola di pagamento a prima richiesta.

Consideriamo adesso le ragioni per cui l'Autorità Garante ha considerato restrittive della libertà di concorrenza queste tre clausole dello schema ABI e non altre clausole dello stesso schema.

Va premesso che lo schema uniforme ABI sulla fideiussione rientra, in linea di principio, come tipologia di atto, nell'ambito di applicazione del divieto delle intese anti concorrenziali di cui all'art. 2 della legge *antitrust* a tutela della concorrenza e del mercato. L'art. 2 stabilisce infatti che sono vietate e quindi nulle ad ogni effetto le intese fra imprese che impediscono o restringono la libertà di concorrenza, non solo tramite la fissazione di prezzi di acquisto o di vendita, ma anche tramite la fissazione di altre condizioni contrattuali. Nel nostro caso lo schema ABI è proprio un'intesa fra imprese bancarie (nel linguaggio del diritto *antitrust* si direbbe un'intesa orizzontale ossia un accordo fra imprese che si trovano al medesimo livello della catena di distribuzione di servizi) e le clausole in questione, in quanto fissano condizioni contrattuali applicate in modo uniforme, possono appunto limitare la libertà di concorrenza. Infatti la concorrenza fra imprenditori si articola sia sulle condizioni economiche, ma anche sulle condizioni puramente contrattuali del negozio: tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio viene offerto¹³.

La qualificazione dello schema ABI come intesa fra imprese ha importanti effetti sul piano del profilo soggettivo dell'illecito *antitrust*, perché tale illecito viene imputato all'ABI e quest'ultima viene chiamata a risponderne anziché (anche) le banche associate; inoltre è l'ABI la destinataria delle decisioni della Autorità Garante che non sono direttamente vincolanti nei confronti delle aziende di credito ad essa associate¹⁴. Ciò rileva per spiegare perché, a un certo punto, nonostante l'Autorità *antitrust* avesse dichiarato anticoncorrenziali alcune clausole dello schema ABI, le singole banche abbiano continuato ad applicare queste clausole nei loro contratti coi fideiussori.

Quindi nessun dubbio sul fatto che lo schema ABI uniforme sulla fideiussione *omnibus* come tipologia di atto rientri tendenzialmente nell'ambito dell'art. 2 l. n. 287/1990 che prevede che le intese di questa natura possono essere vietate se

¹³ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 55.

¹⁴ L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., p. 55.

impeditiva e limitativa della libertà di concorrenza e che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*». Inciso quest'ultimo che, tra l'altro, ha fatto tanto discutere fra gli interpreti, perché secondo alcuni sarebbe un pleonasma senza alcun riferimento ai contratti «a valle»¹⁵; secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite, invece, la locuzione per cui le intese sono nulle «*ad ogni effetto*» avrebbe un'elasticità e ampiezza tale da comprendere nella nullità anche i contratti a valle in quanto, appunto, effetto delle intese a monte¹⁶.

Va però precisato che queste tre clausole sono state dichiarate anticoncorrenziali non semplicemente per il fatto di essere applicate in modo uniforme (anche perché in tal caso tutte le clausole dello schema ABI avrebbero dovuto essere dichiarate anticoncorrenziali, o comunque almeno altre clausole che prevedono obblighi a carico del fideiussore). Le ragioni sono un po' più sottili e trovano la loro spiegazione in profili attinenti sia alla disciplina *antitrust* sia al diritto civile. Ciò che non deve sorprendere, perché uno dei motivi della notevole complessità del tema oggetto di questo convegno è proprio che esso si pone singolarmente al confine fra diritto *antitrust* (quindi diritto amministrativo-industriale) e diritto civile, trattandosi di valutare da un lato la possibile nullità delle intese a monte fra imprese in violazione della legge n. 287/1990, ciò che riguarda il diritto *antitrust*, da altro lato la nullità a valle dei singoli contratti (fra un'impresa partecipante all'intesa e il consumatore) che riproducono le intese anticoncorrenziali a monte, ciò che riguarda anche il diritto civile, e non è facile seguire e conciliare le logiche del diritto *antitrust* e del diritto civile.

Ma, ci si chiedeva, perché lo schema ABI è stato dichiarato anticoncorrenziale solo in parte e non nel suo complesso dato il suo carattere uniforme? Innanzitutto, va tenuto presente che per il diritto *antitrust* non basta che un accordo fra imprese sia genericamente restrittivo della libertà di concorrenza per sancirne automaticamente l'illiceità sotto il profilo della violazione di tale disciplina. È sempre riconosciuto all'autorità amministrativa un certo margine di discrezionalità e flessibilità nello stabilire quali accordi limitativi della libertà di concorrenza vanno vietati. Si applica una sorta di regola di ragionevolezza (si parla infatti di *rule of reason*)¹⁷ che consentirebbe all'autorità amministrativa di verificare caso per caso se la violazione della libertà di concorrenza derivante da una certa intesa, sia effettivamente grave e ingiustificabile, e quindi l'Autorità può escludere l'illiceità

¹⁵ Cfr. Trib. Treviso, 26 luglio 2019, n. 1623.

¹⁶ Invero, l'art. 2 l. *antitrust* secondo cui «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*» ricalca sostanzialmente, pur con la variazione letterale, l'art. 101 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea («*le intese vietate sono nulle di pieno diritto*»). Se si considera che le Sezioni Unite danno atto pacificamente che la normativa europea non avrebbe preso posizione sulla sorte dei contratti «a valle» (v. motivazione Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, § 2.14.1.), ne deriva una certa debolezza dell'affermazione delle medesime secondo cui la norma nazionale, nella sua formulazione relativa alla nullità delle intese «*a ogni effetto*», comprenderebbe la nullità dei contratti «a valle».

¹⁷ DI VIA, *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 289 ss.

per le limitazioni ritenute socialmente ed economicamente accettabili oppure quando gli effetti negativi sulla concorrenza siano compensati da altri effetti positivi sulla competitività del mercato. A quest'ultimo proposito, la stessa Banca d'Italia nel provvedimento del 2005 sottolinea, da un punto di vista generale, che l'uniformità delle clausole contrattuali limita la libertà contrattuale, ma può avere anche effetti positivi sul piano concorrenziale; ad esempio, se un medesimo prodotto o servizio è offerto dalle imprese tramite contratti con un contenuto identico sotto il profilo delle condizioni contrattuali, ciò consente al consumatore di valutare agevolmente quale è l'impresa che offre il prezzo più vantaggioso e quindi l'uniformità favorisce il confronto sulle condizioni economiche¹⁸. E' vero che quest'ultimo argomento non si attaglia propriamente alla fideiussione, che notoriamente non ha un costo né per il debitore principale né per il creditore, ma vale comunque a spiegare la circostanza di un certo margine di discrezionalità per l'autorità amministrativa nel valutare quali intese o clausole di intese siano anticoncorrenziali; in ultima analisi, dà ragione del perché l'autorità abbia dichiarato restrittive della concorrenza certe clausole dello schema ABI e non altre, evidentemente ritenute economicamente o socialmente giustificate per quanto limitative della libertà di concorrenza.

Ciò premesso, sono due le motivazioni fondamentali – concernenti anche profili civilistici – che hanno indotto l'autorità garante a considerare anticoncorrenziali le tre clausole che ho descritto: in primo luogo queste clausole impongono al fideiussore degli oneri e degli obblighi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal codice, rendendo più gravosa la posizione del fideiussore rispetto alle norme del codice. Ad esempio, è chiaro che la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. rende più gravosa la posizione del fideiussore: per questa norma il creditore deve agire entro 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, mentre per effetto della deroga la banca può proporre l'azione entro un termine molto più lungo, coincidente con la prescrizione decennale, per cui il fideiussore resta esposto per un tempo più ampio all'azione del creditore, con conseguenti riflessi negativi sulla possibilità dell'azione di regresso.

Inoltre, e questo sembra essere davvero un elemento decisivo nella valutazione di anti-concorrenzialità, tali clausole, sempre secondo l'autorità garante, prevedono degli oneri aggiuntivi a carico del fideiussore senza un'adeguata giustificazione, ossia senza che vi sia un corrispondente interesse delle banche meritevole di tutela, in assenza quindi di un temperamento equilibrato degli interessi delle parti¹⁹. L'applicazione uniforme delle suddette clausole impedisce ai fideiussori di pattuire sul punto condizioni contrattuali migliori nel senso di condizioni più eque ed è questa circostanza che determina davvero l'anti-concorrenzialità delle clausole. In proposito è a mio avviso significativo il passaggio del Provvedimento della Banca

¹⁸ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 54.

Cfr. sul punto e su alcuni vantaggi dell'uniformità contrattuale, evidenziati anche dalla Banca d'Italia, RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 577 ss., in particolare 582.

¹⁹ Su questi aspetti, cfr. nel dettaglio §§ 84-86 del citato Provvedimento della Banca d'Italia n. 55.

d'Italia in cui si sottolinea che l'adozione generalizzata da parte di tutte le banche di queste tre clausole determina effetti anticoncorrenziali perché comporta «un'uniformità in senso ingiustificatamente sfavorevole» per i fideiussori e impedisce la contrattazione di condizioni migliori²⁰.

Nello schema ABI ci sono altre clausole uniformi che prevedono oneri a carico del fideiussore non previsti dal codice civile, ma che non sono state dichiarate anticoncorrenziali perché ritenute dotate di un'adeguata giustificazione ossia volte a soddisfare un interesse della banca meritevole di tutela. Un esempio eclatante è la clausola di pagamento «a prima richiesta», inserita nello schema ABI (cfr. art. 7 dello schema: «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio»). Non mi soffermo ovviamente, in questa sede, sui delicati contrasti interpretativi relativi a questa clausola, mi limito a osservare che, secondo una diffusa interpretazione, in base ad essa il fideiussore non potrebbe opporsi al pagamento immediato di quanto domandato dalla banca, ma potrebbe sollevare eccezioni relative al contratto principale dopo avere effettuato il pagamento (secondo il modello della clausola cosiddetta «*solve et repete*» ex art. 1462 c.c.), al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca che, in quanto soggetto solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione. La clausola «a prima richiesta» è da anni presente in tutti i contratti di fideiussione, è adottata in modo uniforme e generalizzato da tutte le banche ed è sicuramente penalizzante per fideiussore. Non è stata però giudicata anticoncorrenziale perché, consentendo alla banca di pretendere il pagamento dal garante immediatamente (senza dover affrontare il giudizio o comunque senza dover attendere l'esito del giudizio), viene a soddisfare un'esigenza ritenuta fondamentale di tutela del credito bancario; dalla prassi emerge infatti che senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non verrebbe accettata dalla banca e non verrebbe quindi concesso il finanziamento, in sostanza la clausola risulta assolutamente funzionale e necessaria a garantire l'accesso al credito bancario²¹. Ciò a differenza delle altre tre clausole cui sopra, che – come abbiamo visto – prevedono oneri ingiustificati a carico del fideiussore, ma non sono considerate funzionali e necessarie per garantire l'accesso al credito bancario (e anche per questa ragione non possono ritenersi essenziali ai fini del giudizio di estensione della nullità parziale). Tali clausole, infatti, avrebbero semplicemente lo scopo precipuo di addossare al fideiussore conseguenze negative di vicende giuridiche (quali gli effetti di una revocatoria del pagamento) che la banca potrebbe assumere su di sé.

Per questi motivi l'Autorità Garante *antitrust* ha disposto che le tre clausole di cui ho trattato, «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono lesive della concorrenza in contrasto con l'articolo 2, c. 2, lettera a), della l. n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza».

²⁰ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 80.

²¹ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 95.

3. La validità sotto il profilo strettamente civilistico delle clausole dichiarate anticoncorrenziali

Come osservano anche le Sezioni Unite²², le tre clausole in questione di deroga al codice civile in questione sono sempre state ritenute valide nella giurisprudenza di legittimità con riferimento al singolo contratto di fideiussione in sé considerato, al di fuori della prospettiva del diritto *antitrust* e quindi dal punto di vista strettamente civilistico. Nell'ottica del diritto concorrenziale, invece, sono vietate le clausole di deroga al codice civile applicate in modo uniforme, in una pluralità di contratti di fideiussione, con un contenuto identico a quello di cui allo schema ABI, perché ciò fa presumere che essi siano frutto dell'intesa a monte dichiarata anticoncorrenziale dall'autorità *antitrust*.

Da ciò consegue che le banche, per i futuri singoli contratti o anche per quelli in corso (chiamando naturalmente il fideiussore a una nuova firma), potrebbero modificare il contenuto di queste clausole in modo tale da un lato da far venir meno la coincidenza con lo schema ABI e da altro lato da salvaguardare il più possibile la sostanza delle clausole che, come detto, è legittima da un punto di vista civilistico. Ad esempio, con riferimento alla clausola di deroga all'art. 1957 c.c., che è poi la clausola più importante dal punto di vista pratico, mi sembra sostanzialmente ammissibile la recente modifica introdotta in alcuni schemi bancari nella parte in cui prevede che l'istituto di credito deve agire entro 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale nei confronti del debitore o del fideiussore per conservare la garanzia²³. Tale modifica distacca il contenuto della clausola dallo schema ABI, facendo venir meno la presunzione che essa sia frutto dell'intesa anticoncorrenziale, e nello stesso tempo tutela l'interesse della banca ad avere a disposizione per l'azione giudiziale un termine più lungo di quello – obiettivamente breve, almeno nella prassi di un istituto di credito – dei 6 mesi previsto dalla norma.

²² Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

²³ Preciso, però, che se può risultare per i motivi esposti nel testo di per sé lecita, anche sotto il profilo anticoncorrenziale, una clausola che preveda in deroga all'art. 1957 c.c. un termine più ampio (ad esempio, 36 mesi) per l'azione in giudizio contro il debitore principale (o contro il fideiussore), desta qualche perplessità, nel suo complesso, la clausola adottata in alcuni recenti schemi bancari di fideiussione *omnibus* secondo cui «I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore e il termine entro il quale agire per l'adempimento, in deroga a quanto previsto dall'art. 1957 Cod. Civ., si stabilisce in 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita».

Posto che nella prima parte di siffatta clausola si afferma che «I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore» (ossia la fideiussione resta efficace sino a quando il debito principale non sia stato completamente pagato), a me pare che la seconda parte secondo cui il creditore decade dalla garanzia se non agisce per l'adempimento «... entro 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita», sia in contraddizione appunto con quella prima parte. L'intrinseca contraddittorietà della clausola e, comunque, il carattere ingiustificatamente oneroso per il fideiussore della sua prima parte (frutto dell'intesa anticoncorrenziale delle banche), inducono a ritenere che la modifica della previsione di deroga in tali termini non sia sufficiente per sottrarla alla declaratoria di nullità.

**FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* E INTESA *ANTITRUST*:
LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE N. 41994 DEL 2021[°]**

Enrico Minervini

*Professore Ordinario di Diritto civile
Università degli Studi di Napoli Federico II*

Lo scritto analizza la soluzione e le argomentazioni elaborate dalla sentenza a Sezioni Unite n. 41994 del 2021 in tema di fideiussione omnibus a valle di una intesa antitrust, e propone una possibile strada alternativa incentrata sulla immeritevolezza delle clausole contrattuali.

This work analyses the different solutions and arguments developed by the Italian Court of Cassation in its judgment n. 41994 of 2021 with regard to omnibus surety agreements implementing an antitrust deal, and offers a possible alternative path based on the «worthiness» of the relevant contractual clauses.

Sommario:

1. La soluzione e le argomentazioni elaborate dalle Sezioni Unite
2. Una possibile strada alternativa: l'immeritevolezza delle clausole
3. I problemi ancora aperti

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. La soluzione e le argomentazioni elaborate dalle Sezioni Unite

Se si imposta un problema in maniera scorretta difficilmente si rinviene una soluzione appagante del problema stesso: questo è quanto accaduto nella vicenda oggetto di questa mia relazione. Come è stato acutamente osservato, non si intende infatti perché mai il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia abbia ritenuto lesivi della concorrenza gli articoli 2 (recante la clausola di reviviscenza), 6 (recante la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) e 8 (recante la clausola di sopravvivenza) delle condizioni generali di contratto per la fideiussione *omnibus* elaborate dall'A.B.I., e non altre disposizioni delle medesime condizioni generali, quale ad es. quella recante la clausola di pagamento a prima richiesta. Sfugge così all'interprete la *ratio* del trattamento differenziato delle prime tre clausole rispetto all'ultima, con conseguente «ambiguità» dello scrutinio operato dalla Banca d'Italia sulla base di criteri «abbastanza evanescenti», scrutinio che finisce per rivestire con i panni della concorrenza un controllo di vessatorietà¹: le tre clausole in parola comportano insomma un significativo squilibrio normativo in danno del fideiussore². L'assunto, recentemente formulato, secondo cui la clausola di pagamento a prima richiesta appartarrebbe al contenuto necessario della fideiussione *omnibus*, laddove le altre tre clausole non identificherebbero la stessa, sicché la loro standardizzazione impedendo la possibilità di diversificazione escluderebbe la libertà di scelta economica³, non appare convincente.

Ne consegue che le Sezioni Unite, nella oramai celebre⁴ e storica⁵ sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021, si sono trovate ad affrontare un problema sicuramente non semplice⁶, proprio perché impostato in maniera non soddisfacente. Se a ciò si aggiunge che si tratta di un problema collocato a ridosso della linea di confine tra diritto civile e diritto *antitrust*⁷ (ed è noto che quest'ultimo

¹ Così, D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, 1314 nt. 15, 1315 nt. 22.

² PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, 524.

³ BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 664. Diversamente, STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, 456 s.; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, in GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile*, Milano, 2022, 530.

⁴ CACCAVALE - LENZI, *Ancora alcune considerazioni sulla nullità parziale delle fideiussioni bancarie secondo le Sezioni Unite*, in *CNN Notizie*, n. 35 del 21 febbraio 2022, 1.

⁵ CASTELLANO - STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni abi alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, in *Riv. dir. risp.*, n. 1 del 2022, 75.

⁶ DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale «regolatoria»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 670.

⁷ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 515; STELLA, *Fideiussioni omnibus e intesa*

prevede molti divieti, ma non altrettanti rimedi)⁸, non può destare meraviglia che la sentenza abbia attirato tante critiche. Così, si è affermato che «l'auspicata quadratura del cerchio sulla sorte delle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI ad opera della pronuncia delle Sezioni Unite 41994/2021 a detta dei primi commentatori non sembra essere stata pienamente realizzata»⁹ (anche se, per vero, non sono mancati taluni apprezzamenti: si è formulato addirittura un «plauso incondizionato» per il modo in cui la sentenza inquadra l'argomento)¹⁰.

In realtà, le Sezioni Unite giungono ad una soluzione del problema – nullità parziale – magari piena di buon senso, alla luce di evidenti esigenze di opportunità¹¹, e cioè al fine di non stravolgere il sistema contrattualistico bancario creando un vero e proprio terremoto giudiziario¹²: si tratta di una soluzione di compromesso, volta a tutelare da un lato il benessere del mercato, e dall'altro il sistema bancario, che verrebbe leso ove tutti i crediti garantiti da fideiussioni *omnibus* rimanessero scoperti¹³. Non si può negare, peraltro, che le argomentazioni addotte per pervenire a siffatta soluzione non sono convincenti, tant'è che si è parlato di un ragionamento logico giuridico di dubbia solidità¹⁴, di scelta poco ortodossa sul piano giuridico formale¹⁵, che opera un delicato bilanciamento a scapito del rigore delle categorie civilistiche¹⁶, giungendo a soluzioni difficilmente compatibili con il dato legislativo¹⁷. Insomma, se

antitrust: schemi uniformi e prassi del garantire, in questo fascicolo; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 532.

⁸ FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, in *Contr. impr.*, 2022, 481.

⁹ BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, in *Foro it.*, 2022, I, 1318. Vedi anche D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1318.

¹⁰ Così, DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale «regolatoria»*, cit., 670. Cfr. anche SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 694.

¹¹ STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 465; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 542; AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, in *Pers. e merc.*, n. 2 del 2022, 288.

¹² VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni «a valle»: la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2022, 160.

¹³ MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 321.

¹⁴ AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 288. Cfr. anche MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI al vaglio delle Sezioni Unite: nullità «speciale» come nullità «atipica»? (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 630.

¹⁵ FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, cit., 514. Vedi anche SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1601.

¹⁶ MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, cit., 318.

¹⁷ MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI al vaglio delle Sezioni Unite: nullità «speciale» come nullità «atipica»? (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994)*, cit., 643.

l'impegno ricostruttivo è palpabile, gli esiti ricostruttivi si rivelano meno che convincenti¹⁸: il superamento del primato della fattispecie, da taluno salutato con favore¹⁹, non sembra accompagnato dall'impiego di altre migliori categorie civilistiche.

Indubbiamente, la sentenza presenta una trama argomentativa assai complessa²⁰, ed è ricca di riflessioni²¹: a mio avviso, questo è proprio il punto dolente della sentenza stessa, che affastella una serie di argomentazioni, laddove è noto che se una tesi è fondata non occorre addurre troppi argomenti a supporto. Per usare un'espressione dialettale, il troppo stroppia.

E così, il richiamo ad una nullità speciale segnala la debolezza della sentenza sul versante tecnico giuridico²²; rappresenta un espediente linguistico²³, una scappatoia argomentativa per giustificare la soluzione che si ritiene più giusta²⁴; orienta la nullità verso la atipicità²⁵. Del pari, dubbio è il ricorso all'ordine pubblico economico, e cioè ad un istituto non caratterizzato né da univocità concettuale né da semplicità di applicazione²⁶, e che non trova riconoscimento nel dato positivo, sicché il ragionamento delle Sezioni Unite appare di ardua intelleggibilità²⁷. Ancora, l'impiego del «nebuloso» concetto di collegamento funzionale²⁸ è un po' disinvolto, e dilata a dismisura le maglie del collegamento

¹⁸ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, cit., 518.

¹⁹ BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, cit., 657.

²⁰ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, cit., 518.

²¹ MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, cit., 318.

²² LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 619. Vedi anche SARTORIS, *Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus*, in AA.VV., *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 3980 s.; FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, cit., 514.

²³ MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI al vaglio delle Sezioni Unite: nullità «speciale» come nullità «atipica»? (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994)*, cit., 632.

²⁴ MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, I, 530. Cfr. anche ID., *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni Unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 685 s.

²⁵ DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 668.

²⁶ DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale «regolatoria»*, cit., 677.

²⁷ MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni Unite n. 41994/2021*, cit., 686. *Contra*, BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, cit., 663 s., che ritiene assai significativo il riferimento alla categoria dell'ordine pubblico economico.

²⁸ SANTUCCI, *Fideiussioni bancarie anticoncorrenziali: lo statuto della nullità antitrust tracciato dalle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2022, 1836. Vedi anche FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, cit., 510, 514.

negoziale²⁹. Infine, l'opzione per la nullità parziale si scontra con la constatazione che la banca, senza le clausole di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c., e di sopravvivenza, avrebbe probabilmente preferito negare il finanziamento³⁰: la logica del meglio poco che niente, o se si preferisce del prendere o lasciare, che ispira il ragionamento della sentenza sul punto, ha senso soltanto *ex post*, e non *ex ante*³¹. Si finisce così per trapiantare una nullità necessariamente parziale nel diritto della concorrenza, ricalcando la disciplina delle clausole vessatorie, e per trasformare l'art. 1419, c. 1, c.c. in un «orpello»³², in quanto la dimostrazione dell'essenzialità delle clausole nulle è formalmente ammessa, ma sostanzialmente negata³³, ed è destinata a rimanere lettera morta³⁴: si tratta di un periodo ipotetico dell'irrealità³⁵, di un vicolo cieco³⁶.

2. Una possibile strada alternativa: l'immeritevolezza delle clausole

La debolezza delle argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite spinge l'interprete a verificare se sussista una via alternativa per dare una risposta soddisfacente al quesito della sorte delle fideiussioni *omnibus* a valle di una intesa vietata.

Conviene prendere le mosse da un dato assolutamente pacifico, evidenziato anche dalla sentenza in parola: gli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., ai quali

²⁹ DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, cit., 667. Cfr. anche AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 286.

³⁰ D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1316 nt. 24; PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 527; VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni «a valle»: la pronuncia delle Sezioni Unite*, cit., 160. Contra, STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 469 s.; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 535 s.; ID., *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust: schemi uniformi e prassi del garantire*, cit.; MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, in questo fascicolo.

³¹ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, cit., 521 s.; ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*, in *Foro it.*, 2022, I, 537 s.; AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 286 s. Vedi anche BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1320 s.

³² Così, PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 524 ss.

³³ SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, cit., 1592.

³⁴ STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 537.

³⁵ PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 525.

³⁶ BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1326 s.

derogano le clausole in parola, sono norme dispositive³⁷. Secondo la giurisprudenza, lo strumento per controllare la legittimità delle deroghe pattizie alle norme dispositive è il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, c. 2, c.c.³⁸.

Orbene, le Corti hanno più volte statuito l'immeritevolezza della clausola atipica di un contratto tipico che attribuisca ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra, ed hanno inteso la clausola atipica come quella che deroga alla disciplina del tipo, senza comportare la fuoriuscita del contratto dal tipo stesso. In ipotesi di clausola atipica immeritevole di un contratto tipico, il contratto sopravvive mutilato della clausola stessa, e viene integrato dal giudice per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti. La norma derogabile rappresenta per definizione il punto di equilibrio, il regime ottimale, di un certo rapporto contrattuale. Così operando, la giurisprudenza opta per una sorta di nullità parziale necessaria, con un'integrazione dispositiva del contratto, ricorrendo all'*analogia legis* (art. 1419, c. 2, c.c.) o addirittura all'*analogia iuris*, astraendo un principio da singole fattispecie previste dalla legge (cfr. ad es. art. 1284, c. 3, c.c.). Questo, in estrema sintesi, e con le dovute semplificazioni, è l'insegnamento della Suprema Corte, ed in genere della giurisprudenza³⁹, piaccia o non piaccia, convinca o non convinca.

Non si comprende, allora, perché mai la sentenza in parola, anziché parlare di collegamento funzionale, di ordine pubblico economico, di nullità speciale, ecc., non abbia seguito l'insegnamento della stessa Corte di Cassazione⁴⁰. Infatti, le clausole in parola sono clausole atipiche, che derogano a norme dispositive quali gli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., di un contratto tipico di fideiussione (la sentenza non sembra cedere alla tentazione di qualificare la fideiussione *omnibus* come strutturata dall'A.B.I. in termini di contratto atipico, e cioè di contratto autonomo di garanzia⁴¹), che secondo il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 prevedono degli oneri aggiuntivi a carico del fideiussore senza un'adeguata giustificazione, ossia senza che vi sia un corrispondente interesse delle banche meritevole di tutela, e senza che vi sia un contemperamento

³⁷ DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, cit., 670; MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, cit.

³⁸ Sia consentito rinviare a MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto, Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2018, 41 s.

³⁹ Per tutte le indicazioni cfr. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto, Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, cit., 11 ss., 29 ss., 33 ss., 38 ss.

⁴⁰ Cfr. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 620 ss.; SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, cit., 1597 ss. *Contra*, MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, in *Contr.*, 2022, 461.

⁴¹ Sul tema cfr. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 472 s.; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 540 ss.; MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, cit.

equilibrato degli interessi delle parti⁴². In altre parole, si tratta di clausole normativamente squilibrate, come tali immeritevoli: il contratto, all'esito della dichiarazione di immeritevolezza, viene integrato dal giudice ricorrendo alle norme dispositive derogate⁴³. Del resto, uno spunto in tal senso è operato dalla stessa sentenza in parola, che menziona l'art. 1322 c.c., senza specificare peraltro se intende riferirsi al comma 1 ovvero al comma 2 dello stesso⁴⁴.

Qualora si dovesse ritenere, invece, che la fideiussione *omnibus* sia un contratto atipico, e cioè un contratto autonomo di garanzia⁴⁵, il discorso non muterebbe in maniera significativa⁴⁶, in quanto la Suprema Corte è ferma nel ritenere applicabile l'art. 1322, c. 2, c.c. tanto al contratto atipico quanto alla clausola atipica del contratto tipico, con la sola esclusione del contratto tipico, cui troverebbe applicazione l'art. 1322, c. 1, c.c., che peraltro ha, sempre secondo la Suprema Corte, la stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza⁴⁷.

Non molto distante dalle considerazioni sin qui esposte appare il pensiero di quello scrittore che ritiene che lo strumento per controllare la legittimità delle deroghe pattizie alle norme dispositive sia rappresentato non dal comma 2 ma dal comma 1 dell'art. 1322 c.c., che sanzionerebbe l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale⁴⁸. L'autore conclude infatti sostenendo l'integrazione del contratto, all'esito della declaratoria della nullità parziale, con le norme dispositive degli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c.⁴⁹.

3. I problemi ancora aperti

La sentenza delle Sezioni Unite apre molti più problemi di quanti ne risolve. Siffatta constatazione percorre tutta la dottrina: la sentenza non è destinata a

⁴² STELLA, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust: schemi uniformi e prassi del garantire*, cit.; ID., *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 456; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 530.

⁴³ SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, cit., 1598 s. Diversamente, LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 625 ss.

⁴⁴ SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, cit., 1597.

⁴⁵ LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 620 ss.

⁴⁶ LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 625.

⁴⁷ Sia consentito rinviare a MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto, Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, cit., 33 ss.

⁴⁸ MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, cit. Vedi anche PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 526 ss.

⁴⁹ MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, cit.

chiudere il dibattito⁵⁰, sicché quello che doveva rappresentare un punto d'arrivo potrebbe addirittura contribuire a complicare un quadro già sufficientemente intricato⁵¹. Insomma, molto resta ancora da chiarire, e molto lavoro da fare⁵².

Tra i problemi che la sentenza lascia ancora aperti – problemi che alimentano peraltro in modo routinario il contenzioso in atto presso i tribunali⁵³ – si possono ricordare, senza pretese di completezza, la sorte delle fideiussioni specifiche, e cioè non *omnibus*⁵⁴, che è un tema caro per intuibili ragioni al ceto notarile⁵⁵, e la sorte delle fideiussioni *omnibus* stipulate prima e soprattutto dopo il provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia (con la precisazione che l'istruttoria di tale provvedimento copre l'arco di tempo che va dal 2003 al 2005)⁵⁶, essendo evidente che queste ultime sono oramai la stragrande maggioranza dei casi oggetto di contenzioso⁵⁷.

La sentenza dà poi per scontato che sia sufficiente una coincidenza anche parziale tra le clausole delle condizioni generali elaborate dall'ABI e quelle contenute nel singolo contratto⁵⁸, senza addurre alcuna argomentazione: e l'interprete si chiede se non occorra invece la compresenza della clausola di reviviscenza, della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. e della clausola di sopravvivenza⁵⁹ (ed è noto che i giudizi in cui siano invocate la clausola di

⁵⁰ D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1318. Cfr. anche BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1326.

⁵¹ AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 289.

⁵² DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale «regolatoria»*, cit., 670 nt. 4.

⁵³ BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1327.

⁵⁴ BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1327; AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 288; AMENDOLAGINE, *Fideiussione e clausole contrastanti con le norme antitrust*, in *Giur. it.*, 2022, 1980 s.; STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 474.

⁵⁵ Vedi infatti CACCAVALE - LENZI, *Ancora alcune considerazioni sulla nullità parziale delle fideiussioni bancarie secondo le Sezioni Unite*, cit., 1 ss.; TATARANO - LEO, *Valide le fideiussioni bancarie diverse da quelle omnibus*, in *CNN Notizie*, n. 31 del 15 febbraio 2022, 1 s.

⁵⁶ BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit., 1319, 1321 ss.; LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 611; MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, cit., 533 s.; AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., 285 ss.; CASTELLANO - STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni abi alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, cit., 72 s.

⁵⁷ CASTELLANO - STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni abi alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, cit., 72.

⁵⁸ LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 616. Vedi anche MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, cit., 462; CASTELLANO - STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni abi alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, cit., 72.

⁵⁹ MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, cit., 462.

reviviscenza e/o la clausola di sopravvivenza sono statisticamente marginali)⁶⁰.

Sia consentita infine un'ultima notazione. La sentenza in parola limita le sue conclusioni al campo specifico della fideiussione *omnibus*, senza svolgere alcuna riflessione sull'impatto della soluzione della nullità parziale sul tema, più generale, dei contratti a valle diversi dalla stessa fideiussione *omnibus*⁶¹. In altre parole, la soluzione della nullità parziale è condizionata dalle particolarità dell'ipotesi in esame: e ciò priva la sentenza di quel carattere generale che a prima impressione si sarebbe indotti a riconoscerle⁶². Occorre allora prendere realisticamente atto della circostanza che la soluzione della nullità parziale non è una formula da applicare all'intero spettro dei contratti a valle⁶³, che non può essere costretto dentro uno schema unitario, che preveda soluzioni univoche⁶⁴.

⁶⁰ STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 539; ID., *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit., 471 s.

⁶¹ STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, cit., 532.

⁶² D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1310. Vedi anche PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 528.

⁶³ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, cit., 522.

⁶⁴ D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1315.

FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* E ORDINE PUBBLICO[°]**Alessia Fachechi**

*Professoressa Associata di Diritto privato
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Nel definire il rapporto tra intesa vietata e contratto a valle e selezionare il rimedio più adeguato e congruo, è necessario prestare attenzione alle peculiarità della singola vicenda e agli interessi in gioco. In questo modo è possibile anche contendere i timori connessi all'uso disinvolto del potere di banche e istituti di credito nell'erogazione dei finanziamenti.

The specifics of the case and the interests at stake are crucial in determining the legal effects of the anti-competitive agreement on the downstream contracts and selecting the most appropriate remedy. In this way, is it also possible to limit the concerns related to the abuse of financial institutions in the disbursement of loans.

Sommario:

1. Il recente arresto delle Sezioni unite (30 dicembre 2021, n. 41994) sulla validità di un contratto di garanzia a valle d'intesa vietata. Spunti di riflessione
2. Istanze di protezione a carico del creditore garantito e ordine pubblico (economico)
3. La costruzione di un sistema unitario delle garanzie nel rispetto delle variabili esigenze sottese alle singole operazioni. L'ambito applicativo dell'art. 1938 c.c.
4. *Segue*. Art. 1957 c.c. e clausola di pagamento a prima richiesta
5. La giustizia contrattuale oltre soluzioni aprioristiche e generalizzanti
6. Garanzie, illecito *antitrust* e variabilità rimediale

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Il recente arresto delle Sezioni unite (30 dicembre 2021, n. 41994) sulla validità di un contratto di garanzia a valle d'intesa vietata. Spunti di riflessione

Utili spunti di riflessione sul tema oggetto dell'incontro offre una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994), che, nel tentare di sciogliere il nodo dell'ambiguo rapporto tra intesa anticoncorrenziale e contratto a valle, opta per la nullità parziale di alcune clausole applicate a una fideiussione *omnibus* conclusa in aderenza allo schema contrattuale standardizzato [«Fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (cosiddetta fideiussione *omnibus*)»] predisposto nel 2002 dall'Associazione Bancaria Italiana e poi dichiarato parzialmente nullo per contrasto con gli artt. 2, comma 2, l. antitrust, e 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea con delibera della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, su parere favorevole dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (decisione del 20 aprile 2005, n. 14251). Si tratta di clausole ritenute idonee a peggiorare la posizione del garante e, soprattutto, rivolte a offrire protezione e rimedio ad azioni non corrette della banca garantita. In particolare, la clausola di sopravvivenza, secondo la quale «Qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate» (art. 8 schema ABI), libera la banca dai rischi di regolarità nell'erogazione del credito; quella di deroga all'art. 1957 c.c., che prevede 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 c.c., che si intende derogato» (art. 6 schema ABI), assolve il creditore da negligenze e leggerezze; mentre la clausola di reviviscenza, che dispone che «Il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a séguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi motivo» (art. 2 schema ABI), lo solleva dal rischio di revocatoria dei pagamenti.

Di là dalla questione relativa ai rapporti tra intesa vietata e contratto a valle e del rimedio più giusto e adeguato, il passaggio argomentativo della decisione che sollecita maggiore interesse è nel modo in cui la Cassazione traccia i contorni della patologia¹.

Nel caso, il vizio non riguarda il singolo contratto di garanzia, ma la «combinazione di più atti» (l'intesa vietata e l'accordo a valle), perché starebbe nel collegamento funzionale tra questi l'effetto anticoncorrenziale. La distorsione del sistema competitivo risiederebbe nella imposizione massiva e standardizzata, da parte delle banche, di un certo modello di fideiussione (*omnibus*), che porterebbe a un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul

¹ La questione oggetto della presente relazione è affrontata negli stessi termini, con approfondimenti, in FACHECHI, *Fideiussione omnibus, illecito antitrust e prospettive rimediali*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 551 ss. A tale scritto si rinvia per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

mercato. Da qui, l'idea di una nullità speciale posta a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'ordine pubblico economico, al quale sono ispirate le norme antitrust nazionali e di derivazione europea.

Nella sentenza si legge che «[n]on è certo la deroga isolata [...] all'archetipo codicistico della fideiussione, e in particolare degli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta [...] in termini di effetto anticoncorrenziale». Le clausole in questione sono nulle nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, mentre sarebbero legittime se autentica espressione di autonomia privata.

È certamente vero che la libertà negoziale, alla quale la sentenza si richiama anche in altri passaggi, consente di ripensare lo schema immaginato per la fideiussione e di riadattarlo alle particolari esigenze, individuali e di settore di mercato. Lo dimostra anche il proliferare delle nuove forme di garanzia personale, c.dd. atipiche, sconosciute alla tradizione e che si discostano dal disegno della fideiussione, tanto da dismettere talora anche il carattere dell'accessorietà.

Tuttavia, alcune di quelle disposizioni che, secondo la Corte, potrebbero essere derogate senza pregiudizio per l'ordine pubblico economico, almeno sotto il profilo della tutela della concorrenza, sono comunemente considerate norme imperative. La stessa Cassazione ne ricava principi generali sempre vincolanti per *tutti* i contratti con 'causa di garanzia', di 'tutela della sicurezza del credito'. Si tratta di quelle regole che non possono non essere recuperate nella costruzione della disciplina applicabile anche ai contratti di garanzia che sfuggono alla qualificazione fideiussoria, perché espressione di principi fondamentali.

Per altro verso, è pure interessante che recentissima giurisprudenza di merito, occupandosi di una fideiussione concessa a garanzia di un unico rapporto di finanziamento, ritenga che, non trattandosi di fideiussione *omnibus*, non ci siano i presupposti per pervenire a una eventuale censura di invalidità delle clausole². In effetti, il provvedimento della Banca d'Italia è riferito espressamente alla «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie rilasciata a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca». Anche l'istruttoria ha riguardato soltanto questo modello.

Quello che appare è che le clausole incriminate siano ritenute illecite dalla Banca d'Italia non per come astrattamente formulate nello schema della fideiussione *omnibus*, ma in relazione alla loro concreta utilizzazione. Per questo ha un senso che qualcuno riferisca anche la decisione delle Sezioni unite alla sola fideiussione *omnibus*.

Partendo da queste due premesse, sembra utile svolgere alcune osservazioni.

² Trib. Bologna, 13 gennaio 2022, n. 64, in *dirittobancario.it*, con nota di BONFATTI, *La permanente ed integrale validità della fideiussione bancaria "non-omnibus"*. Così pure Trib. Bari, 4 gennaio 2022, in *DeJure* online. Prima della pronuncia delle Sezioni unite, v., nella medesima direzione, tra le altre, Trib. Firenze, 27 gennaio 2021, n. 177, *ivi*; Trib. Napoli, 16 giugno 2020, *ivi*; Trib. Pisa, 6 novembre 2019, *ivi*; Trib. Milano, 21 luglio 2021, *ivi*; ABF, Collegio di Bari, 3 giugno 2021, n. 13895, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF, Collegio di Milano, 3 marzo 2020, n. 3581, *ivi*. In altra direzione, Trib. Matera, 6 luglio 2020, e Trib. Prato, 16 gennaio 2021, entrambe in *DeJure* online.

2. Istanze di protezione a carico del creditore garantito e ordine pubblico (economico)

Nell'opera di composizione della disciplina applicabile alle garanzie personali atipiche (nella variante della fideiussione *omnibus* o nelle forme del contratto autonomo di garanzia, della lettera di conforto, *etc.*), il punto di riferimento restano sempre le norme sulla fideiussione.

Si sa, però, che le istanze sulle quali è articolata la particolare operazione negoziale non sono sempre quelle alla base della fideiussione ordinaria. Infatti, l'applicazione di clausole di reviviscenza, di rinuncia ai termini e di sopravvivenza - tanto per richiamare quelle considerate dalle Sezioni unite, ma molti altri esempi si potrebbero fare - è utile di solito ad adeguare la garanzia a esigenze di maggiore flessibilità. Sì che le nuove garanzie sono congegnate in modo da procurare vantaggi in termini di minor onerosità (come nell'*escrow account*) o di minor rischio (come nelle garanzie a prima richiesta, tra le quali contratto autonomo di garanzia e *performance bond*), sovente con forte attenuazione del carattere dell'accessorietà.

Spesso, tuttavia, l'opzione negoziale cela l'intento di escludere la disciplina inderogabile della fideiussione o sul contratto in generale, e accade che restino disattese, in concreto, le istanze di protezione delle quali il creditore garantito deve farsi carico verso il garante e il debitore principale, quali soggetti (più) deboli del rapporto. È vero, cioè, ciò che in tanti denunciano, che spesso la fuga dal 'tipo' è un espediente per eludere l'applicazione di norme scomode ma poste a tutela di interessi fondamentali.

A fronte di questo rischio, gioca un ruolo decisivo l'ordine pubblico economico, che, in ogni ambito, mira a preservare la corretta e regolare esplicazione dei rapporti patrimoniali, a presidio di interessi pubblici e individuali delle parti. In particolare, l'ordine pubblico economico di protezione è quell'insieme di principi che mirano a prevenire situazioni di abuso contrattuale che si verificano, di regola, laddove vengano imposte a un contraente condizioni contrattuali inique e abusive. Vi rientrano divieto di usura, prescrizioni di garanzia degli interessi dei lavoratori subordinati contro quelli dei datori di lavoro, dei consumatori contro i professionisti. A monte, è sempre la necessità di dare attuazione al principio di solidarietà sociale anche nell'ambito delle relazioni obbligatorie.

Queste logiche di tipo protezionistico giustificano, ad esempio, il divieto di assunzione universale dei debiti futuri del garantito (art. 1938 c.c.) e l'obbligo di tempestiva pretesa da parte dello stesso (art. 1957 c.c.). Disposizioni mirate ad arginare lo strapotere delle banche e contenere i rischi (le negatività) a carico del garante.

Va da sé che, se il garante è *omnibus*, le esigenze di protezione si amplificano.

Per questo la giurisprudenza insiste tanto nel ribadire l'inderogabilità di alcune regole a prescindere dal paradigma di garanzia per il quale le parti abbiano optato. Assicurare il rispetto dell'ordine pubblico (economico e no) passa, infatti, anche attraverso la predisposizione di norme imperative, che sono tali in quanto modalità necessaria per l'attuazione di un insieme di principi, in quanto miglior modo (anzi unico) per realizzare un certo principio fondamentale.

3. La costruzione di un sistema unitario delle garanzie nel rispetto delle variabili esigenze sottese alle singole operazioni. L'ambito applicativo dell'art. 1938 c.c.

Così, a fronte della varietà dei modelli di garanzia, si registra la tendenza a individuare principi comuni, utili per regolare *tutte* le operazioni negoziali che abbiano, in senso lato, causa di potenziamento della tutela del credito.

Un approccio che, in astratto, si può accogliere con favore. Se non altro quando l'inquadramento di una situazione di garanzia tra quelle 'innominate' è strumentalmente volta ad aggirare l'applicazione di regole inderogabili e imperative, con l'effetto di assecondare prassi mercantili che, in un fare autopoietico, mettono in disparte le istanze di protezione che sono a carico del creditore garantito, specie se professionale.

In concreto, però, l'argomento costituzionale nella interpretazione del formante normativo è strumento da maneggiare con cura, per evitare pericolose eterogenesi dei fini.

La fideiussione *omnibus* si presta particolarmente a queste riflessioni, anche per via dell'attenzione riservata dal legislatore alla protezione del garante.

Emblematico il correttivo apportato nel 1992 all'art. 1938 c.c., che, introducendo l'obbligo di previsione di un importo massimo garantito, ha consentito di superare le perplessità di quella giurisprudenza e di quella dottrina che optavano per la nullità della fideiussione *omnibus* per indeterminabilità dell'oggetto.

Proprio dalla richiesta di importo massimo garantito si suole ricavare un principio di ordine pubblico economico (internazionale), che, in quanto tale, dovrebbe operare in presenza in presenza di qualsivoglia garanzia, tipica o atipica. La giurisprudenza (di merito e legittimità) esclude la validità di *qualsiasi* garanzia per debiti futuri illimitata, tipica o atipica che sia e anche non rilasciata a favore di banche o società finanziarie, essendone evidente la contrarietà all'ordine pubblico. La tendenza è a fare applicazione della disposizione *sempre*, senza deroghe, alla fideiussione *omnibus*, ma anche (in via analogica, prima, o diretta, ora) a tutte le altre garanzie quando serve in relazione ai tratti distintivi delle stesse. Qualcuno discorre a tal proposito di 'norma transtipica', a descrivere una norma generale, che si applica oltre lo stretto ambito tipologico (per cui non c'è neppure bisogno di ricorrere all'analogia e si fa applicazione diretta).

Ora, è vero che esiste un limite interno all'autonomia negoziale che si estrinseca in un generale divieto di comporre schemi contrattuali in funzione di garanzia di un credito lesivi del principio di proporzionalità e del divieto di abuso del credito, ed è vero che il garante deve poter conoscere in anticipo la dimensione del suo impegno e la misura del rischio. Gli obblighi di protezione del creditore nei riguardi del garante e del debitore principale devono essere sempre salvaguardati.

Tuttavia sfugge che a essere sempre vincolante è il principio, non la regola che, in un certo contesto, lo esprime, perché, mutato il quadro negoziale, potrebbero dover cambiare le modalità di realizzazione del valore.

Il problema, quindi, non è l'applicazione della regola di un negozio tipico a uno atipico. Il punto è comprendere com'è strutturato il negozio atipico, per verificare che il modo migliore per dare concretezza a un principio di ordine pubblico, sempre immanente, stia proprio nella regola per come congegnata dal legislatore nell'ambito di un certo tipo contrattuale.

Ritornando all'esempio. L'incertezza sulla dimensione del rischio non può permanere nella fideiussione, perché, attesa l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale, la misura dell'impegno del garante dipende strettamente dall'ammontare del debito. Ma nella lettera di conforto, ad esempio, - che ha altra funzione e quindi altra struttura - l'autonomia fa sì che l'entità dell'esposizione del garante dipenda piuttosto dalla natura della prestazione dedotta, che, a sua volta, è variabile. Il garante può assumere infatti impegni diversi: può obbligarsi a non cedere il controllo prima dell'estinzione del debito o a comunicare all'ente finanziatore l'intenzione di trasferire in tutto o in parte la propria partecipazione nella controllata; a vigilare sulla gestione di quest'ultima affinché sia mantenuta la solvibilità; ad adoperarsi affinché la controllata possa onorare i propri impegni; ovvero finanche a procurare alla società patrocinata le disponibilità finanziarie per l'adempimento delle proprie obbligazioni.

Senza contare che cambia anche il piano di distribuzione dei rischi: se, nella fideiussione, merita maggiore tutela il garante, che è destinato, se tutto va male, a vestire i panni del debitore, nella lettera di *patronage* la garanzia è più debole e la priorità di attenzione torna al creditore (che non ha due patrimoni da escutere come invece quello garantito da fideiussione). Cambia il contesto nel quale la garanzia trova allocazione. Quando serve una fideiussione *omnibus*, di solito si è in presenza di una situazione di inferiorità del fideiussore rispetto alla banca. Nel *patronage*, invece, il rapporto è alla pari, trattandosi spesso di relazioni tra istituti di credito e grandi gruppi societari. È una generalizzazione, ma risponde alla prassi più frequente. Spesso, poi, mentre il fideiussore corre il rischio di dover garantire obbligazioni della cui genesi ed entità può non avere contezza, nel *patronage* queste sorprese sono escluse dalla relazione di controllo solitamente esistente tra patrocinato e patrocinante.

Insomma, non convince l'automatismo secondo il quale la Cassazione pretende di fare indiscriminata applicazione della norma imperativa di cui all'art. 1938 c.c. prevista per la fideiussione ad altri modelli, come la lettera di conforto, in nome di un superiore ordine pubblico economico. Dipende dalla particolare articolazione del rapporto.

Con ciò non si vuol negare, che alcune disposizioni previste per la fideiussione possano e debbano trovare applicazione anche al di fuori dallo stretto ambito tipologico, ma ciò è possibile sempre nei limiti di compatibilità di funzione e di struttura. Non si può dubitare, ad esempio, dell'applicabilità dello stesso art. 1938 c.c. a un contratto autonomo di garanzia che replichi il contenuto di una fideiussione *omnibus* e che semplicemente contenga in più la clausola di

pagamento a prima richiesta. Non sono due modelli diversi: clausola *omnibus* e di prima richiesta possono coesistere.

È pericoloso pensare di poter governare un fenomeno tramite astratte qualificazioni, per recuperare integralmente o integralmente escludere la regola di fattispecie simili, così sminuendone le peculiarità. La regola da applicare dipende esclusivamente dal controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma (dispositiva o imperativa che sia) agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia.

È infondato, perciò, il timore mostrato da qualche giudice (Trib. Roma, 18 dicembre 2022), secondo il quale, così ragionando, l'ostacolo del divieto di cui all'art. 1938 c.c. potrebbe essere aggirato per le vie del ricorso alla lettera di *patronage*, chiedendo ai garanti di impegnarsi *ex art.* 1333, con promessa unilaterale, e non con fideiussione. L'equivalenza funzionale giustificherebbe infatti in ogni caso l'applicazione delle stesse disposizioni, e quindi anche del vincolo di cui all'art. 1938 c.c. Nei fatti, tante volte il *patronage* è in realtà riconducibile nella funzione a una fattispecie fideiussoria o manifesta una portata eccessivamente vincolante. Anzi, spesso tracciare in concreto il confine tra i due sistemi di garanzia non è semplice.

4. *Segue.* Art. 1957 c.c. e clausola di pagamento a prima richiesta

Si giunge alla stessa soluzione anche guardando la medaglia dal suo rovescio.

Un ragionamento non per principi, ma per singole regole induce a credere che l'applicazione della clausola di pagamento a prima richiesta sia da intendersi come implicita deroga all'art. 1957 c.c. sull'obbligo del creditore garantito di far valere tempestivamente le proprie istanze nei confronti del debitore (entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale) a pena di decadenza dalla garanzia (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947). La disposizione postulerebbe l'accessorietà del vincolo perché creerebbe un collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e la scadenza dell'obbligazione principale.

Lo scopo della norma risiede nell'esigenza di evitare che al fideiussore vengano addossate le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza da parte della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti relativi (così si esprime anche la delibera della Banca d'Italia). La norma è, cioè, strumento di attuazione del principio fondamentale di solidarietà. È declinazione del dovere di buona fede gravante sul creditore, che non può subire restrizioni o condizionamenti per via dell'atipicità della garanzia.

Neanche negando applicazione all'art. 1957 c.c. il creditore sarebbe legittimato a tenere un comportamento disinteressato e ritardatario, non perseguendo sollecitamente il debitore principale e lasciando che questi disperda

i suoi beni, confortato dalla presenza del garante, a sua volta potenzialmente leso nell'opportunità di utile esperimento dell'azione di regresso.

In definitiva, il limite normativo sottende un'esigenza di protezione del garante che prescinde dal vincolo di accessorietà ed è in ogni caso meritevole di tutela (Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100). Senza contare che l'assunta autonomia non si traduce mai in indipendenza funzionale della garanzia dal rapporto principale.

A prescindere dall'operatività e dalla compatibilità dell'art. 1957 c.c. con le garanzie autonome, non si può, in virtù dei principi generali, rinunciare totalmente a un controllo sul comportamento delle parti (ossia sul rapporto) e sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dal contatto (ossia sul negozio).

In questo senso, non convince una decisione del Consiglio di Stato sulle vicende relative a una convenzione urbanistica stipulata tra un Comune e un cittadino, e al collegato contratto autonomo di garanzia concluso tra il privato e un istituto di credito in relazione al pagamento dei contributi di urbanizzazione (Cons. St., ad. Plen., 7 dicembre 2016, n. 24). Per farla breve, i giudici reputavano legittima - in quanto utile a non gravare troppo la posizione del cittadino - la condotta della p.a. che, a fronte dell'inadempimento del privato, immotivatamente ometteva di procedere alla riscossione delle somme non corrisposte e non attivava la garanzia, con l'effetto di determinare la maggiorazione degli importi dovuti per via della conseguente applicazione delle sanzioni per omesso o ritardato pagamento. Una condotta formalmente consentita, ma nei fatti incurante delle esigenze di tutela del debitore, del *particolare* debitore, contraente in posizione di debolezza rispetto alla p.a., e del ruolo istituzionale del creditore (che, per vocazione, dovrebbe essere naturalmente accorto alla miglior tutela delle istanze cittadine).

Ciò senza voler dire, però, che, come pure ha sostenuto di recente la giurisprudenza di legittimità riportando nel contesto domestico l'istituto della *Verwirkung* (Cass., 14 giugno 2021, n. 16743), l'inerzia prolungata nella riscossione dei crediti integri sempre abuso del diritto.

È forse troppo sbrigativo concludere che al contratto autonomo di garanzia si applichi la disciplina legale della fideiussione fatta eccezione per le previsioni che risentono dell'accessorietà. Il *discrimen* non è nell'autonomia o nell'accessorietà, anche considerato che il contratto autonomo di garanzia non è una fattispecie negoziale autonoma, ben potendo la clausola di prima richiesta accedere a un ordinario contratto di fideiussione o a una fideiussione *omnibus*. La giurisprudenza già sostiene l'applicabilità al contratto autonomo di garanzia dell'art. 1956 c.c., che sanziona l'abuso nella garanzia prestata per debiti futuri e prevede la liberazione del fideiussore per un'obbligazione futura se il creditore continui a erogare credito al debitore principale nonostante il peggioramento delle condizioni economiche di quest'ultimo renda notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

5. La giustizia contrattuale oltre soluzioni aprioristiche e generalizzanti

La giustizia contrattuale - espressione dell'ispirazione solidaristica e personalistica dell'ordinamento - si realizza in modi diversi.

Spetta all'interprete verificare quando sussiste un reale bisogno di protezione e come soddisfarlo e quindi quando alcune regole vanno applicate oltre lo stretto ambito tipologico, perché la disparità di forza tra le parti non è una costante e non si esprime sempre allo stesso modo. La proporzionalità (che è principio di ordine pubblico economico) tra le prestazioni dedotte nel contratto può essere assicurata in modalità differenti, pur trovando pari consacrazione in ogni garanzia (a tutela della posizione del garante, da non gravare oltre ragione). Lo stesso a dirsi per la solidarietà.

L'applicabilità delle disposizioni imperative va verificata volta per volta, in relazione all'evento. Nella costruzione della regola applicabile alle garanzie, esigenze di giustizia sostanziale impongono di evitare soluzioni aprioristiche e generalizzanti, in nome di un ordine pubblico che, come taluno opportunamente precisa, deve vivere nei fatti e non nell'astrazione normativa.

Occorre prestare attenzione al caso concreto, perché i principi vanno declinati in modo differente in relazione ai bisogni e alla particolare articolazione della relazione negoziale, in considerazione della natura del rapporto principale (si pensi alla vendita di immobili, che porta con sé anche la tutela del diritto all'abitazione e al risparmio), della veste giuridica dei soggetti coinvolti (p.a. o privato, garante privato o banca, consumatore o professionista).

È per questa via che l'ordine pubblico economico consente di dare unitarietà al sistema delle garanzie personali (e reali), senza mortificazione delle peculiari, variabili, esigenze imposte dalla concretezza dell'operazione. Ciò che invece avverrebbe facendo affidamento soltanto su una generica «funzione di garanzia», che poco racconta della variabile causa in concreto.

Allora il punto non è ragionare in astratto sulla definizione dei contorni dell'autonomia negoziale, per decidere a monte dell'ammissibilità di una certa operazione negoziale, ma verificare se, *in concreto*, la fattispecie configuri un atto abusivo o elusivo di principi fondamentali o norme imperative. Del resto, si tratta proprio di quel limite interno all'autonomia privata al quale pure fa riferimento la Cassazione (con la sentenza n. 41994 del 2021), che però sembra ridurre l'utilità sociale alla prioritaria soddisfazione di interessi di impronta pubblicistica.

Per ritornare al caso di partenza, tutto questo porta a credere che, a molto concedere e a voler condividere la soluzione rimediata offerta dalle Sezioni unite, non sembra peregrina l'idea di chi reputa opportuno estendere il rimedio alle clausole lesive del principio di libera concorrenza a prescindere dalla natura della fideiussione alla quale afferiscono, quindi anche se ricomprese in fideiussioni diverse da quelle *omnibus*, ove parimenti diffuse nella prassi e riduttive della qualità dell'offerta.

Di più, la nullità potrebbe essere dichiarata anche in caso di mancata serialità, a fronte di eccessivo squilibrio e ingiustificato aggravamento della posizione del singolo fideiussore. Non perché sia precluso concludere contratti convenienti (particolarmente vantaggiosi) per uno soltanto dei contraenti, ma perché l'ordinamento deve poter reagire a fronte di approfittamenti antisolidali di situazioni di debolezza negoziale di una delle parti e di squilibri che non trovano ragione nel libero incontro della volontà delle parti.

In questi casi, non sarebbe neppure questione del recupero di singole regole previste per un tipo o per un altro. In un sistema fondato sul personalismo, sul solidarismo, sull'utilità sociale e sulla funzione sociale, il divieto di abuso del diritto non rappresenta una eccezione, che opera soltanto nei casi previsti dalla legge, ma una regola generale utilizzabile dall'interprete quando l'uso distorto o anomalo di un diritto, relativo o assoluto, conduca alla lesione di un interesse collettivo, della controparte o di un terzo.

Nulla sfugge mai, peraltro, al controllo di meritevolezza, secondo proporzionalità e ragionevolezza. Si pensi solo al livello di pervasività che possono assumere alcuni obblighi di comportamento a carico del debitore nei *coventant*, che spesso comportano forti limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata. S'impone un bilanciamento tra interesse del finanziatore alla garanzia e al controllo del debitore, da un lato, e il sacrificio della libertà di iniziativa economica del debitore dall'altro, per evitare che il sacrificio sia esorbitante e, quindi, immeritevole.

Per questo non si può condividere il pensiero di quanti sostengono che «la previsione di una normativa imperativa è il frutto di una valutazione di opportunità che compete soltanto alla legge e dalla quale l'interprete non può discostarsi né per ampliare né per restringere il divieto»³. Convince di più l'insegnamento di chi ricorda che ogni valutazione dipende da un'interpretazione sistematica e assiologica e che la stessa inderogabilità gradua la sua intensità in relazione ai principi che la giustificano⁴ e che, per questo, non sempre alla violazione di norme imperative debba seguire il rimedio della nullità⁵.

I principi vanno sempre relativizzati in relazione al caso concreto e attuati in maniera differente secondo il contesto fattuale e gli interessi in gioco, e quindi in relazione alla peculiare articolazione dell'operazione economica, alla natura del rapporto fondamentale assistito da garanzia, alla natura della garanzia, alla dimensione dell'impegno, alla qualificazione soggettiva dei contraenti (rilevando, ad esempio, l'elemento della professionalità).

³ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 367.

⁴ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), Napoli, 2007, 119.

⁵ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 66 ss.; e ID., *Sanatoria (diritto civile)*, in ID., *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Napoli, 2022, 403 ss.

6. Garanzie, illecito *antitrust* e variabilità rimediale

A questo proposito, s'impone una considerazione conclusiva, necessariamente sbrigativa per esigenze di sintesi.

Le recenti Sezioni unite segnano l'epilogo di un dibattito giurisprudenziale che parte da lontano e fa da specchio a orientamenti altalenanti della dottrina. La nullità parziale (in osservanza del principio di conservazione del contratto) - avente caratteri di specialità, giacché presenta «portata più ampia della nullità codicistica [...] e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento [...] in quanto colpisce atti, o combinazioni di atti avvinti da un “nesso funzionale”, non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale» - seguirebbe la violazione di norme di ordine pubblico economico per il tramite di una articolata operazione contrattuale.

La soluzione tiene dal punto di vista sistematico e assiologico: in attuazione dell'art. 41 cost., qualsivoglia effetto distorsivo della concorrenza è inaccettabile perché in contrasto con i principi e i valori posti al vertice del sistema ordinamentale. Anzi, per questo, non sarebbe stato neppure necessario indugiare tanto sulle possibili interpretazioni della formulazione letterale dell'art. 2 l. antitrust, per capire se l'espressione «ad ogni effetto» consentisse di considerare testuale (e non virtuale) la nullità.

Condiviso in astratto il ragionamento, però, è necessario verificare che la reazione sia anche adeguata al piano degli interessi che in concreto serve tutelare.

Da questo punto di vista, non sembra ragionevole la pretesa di optare per un rimedio unico, valido una volta e per tutte, per ogni illecito antitrust, perché la caducazione del rapporto non sempre è la reazione appropriata (in termini di giustizia sostanziale) neppure a fronte della violazione di norme imperative o di principi di ordine pubblico.

Le Sezioni unite partono dalla presunzione che le clausole di reviviscenza, di rinuncia ai termini e di sopravvivenza abbiano carattere puramente accessorio, non essenziale. Danno per scontato, cioè, che il fideiussore sarebbe comunque interessato al mantenimento della garanzia alleggerita dalle clausole anticoncorrenziali, che ne aggravavano la posizione, e avrebbe, verosimilmente, prestato la garanzia in ogni caso giacché, nel più delle occasioni, è cointeressato alla concessione del finanziamento a favore del debitore, del quale è socio d'affari o parente.

Può obiettarsi, com'è stato fatto, che la valutazione su essenzialità o accessorietà di alcune parti dell'accordo (necessaria a comprendere come fare applicazione dell'art. 1419 c.c.) deve essere rivolta non al momento dell'avvenuta dichiarazione di nullità delle clausole anticoncorrenziali, ma a quello in cui il contratto è concluso.

Per capire se l'invalidità della clausola travolge oppure no l'intero accordo, serve cioè studiare il rapporto tra la garanzia e l'obbligazione principale, ossia il modo in cui la garanzia incide sulla modulazione del rapporto principale. L'operazione è sempre unica. Ogni pattuizione rileva nell'economia del

complessivo regolamento di interessi fra le parti. Così, quanto più la garanzia è forte, tanto migliori saranno le condizioni praticate al debitore principale.

È possibile che la banca, nell'impossibilità di imporre il modello ABI e, quindi, di scaricare sul fideiussore i rischi dell'operazione per mezzo delle clausole in discorso, non avrebbe, verosimilmente, concluso né il contratto di garanzia, né, soprattutto, il contratto di finanziamento a esso collegato. O lo avrebbe concluso a condizioni peggiori per il cliente.

Per questa via, le clausole diventano essenziali e la teoria della nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* non regge più.

Ma si potrebbe ragionare anche diversamente.

La garanzia non va considerata, si diceva, come mera replica delle condizioni generali o atto esecutivo di uno schema per parte nullo, e quindi non è capace di generare di per sé effetti anticoncorrenziali; occorre invece valorizzare il ruolo che svolge a supporto dell'operazione economica complessiva.

L'impiego di clausole rafforzative della posizione creditoria è sì correlato al contenimento del rischio legato al rapporto di finanziamento, ma risponde di solito anche a un interesse dell'impresa finanziata, che, in mancanza di garanzia, avrebbe forse applicato condizioni di credito meno favorevole (se non altro in punto di interesse). In questa prospettiva, non sarebbe utile la mera mutilazione del contratto, ma neppure risponderebbe agli interessi delle parti la nullità totale. Peraltro, non sono infondate le preoccupazioni per gli effetti sistemici della scelta rimediabile.

La garanzia dell'effetto solutorio definitivo, e l'esclusione di ogni ipotesi di arricchimento ingiustificato realizzabile dal debitore potrebbero rendere la garanzia legittima ed escludere ogni contrasto con i principi fondamentali.

La normativa *antitrust* persegue principalmente interessi di natura pubblicistica, come sostengono le Sezioni unite, ma gli interessi di cui sono portatrici le parti non sono irrilevanti e meritano considerazione nell'individuazione del giusto rimedio.

Detto altrimenti, la soluzione, in prospettiva rimediabile, non può essere univoca per qualsivoglia strategia attuativa degli accordi di cartello.

Si pensi al caso in cui l'intesa vietata imponga un *overcharge*. Qui la tutela risarcitoria - calibrata sulla differenza tra il prezzo pagato e quello che, plausibilmente, sarebbe stato determinato in una condizione di libero mercato - potrebbe risultare rimedio adeguato e congruo, perché utile a portare equilibrio tra le posizioni contrattuali e a realizzare un effetto deterrente sugli autori dell'intesa anticoncorrenziale. Senza ricorrere al rimedio dell'invalidità, che rende precarie le relazioni di mercato.

In definitiva, il disegno anticoncorrenziale può assumere contorni differenti e molto diverse possono essere anche le modalità di attuazione dello stesso. Per questo, nel valutare il rimedio esperibile dal soggetto leso dall'illecito antitrust, occorre dare valore alle peculiarità della singola vicenda e agli interessi in gioco, rifuggendo dalle astrazioni e dai dogmatismi che fanno da sfondo al dibattito ormai da decenni.

GARANZIE STANDARDIZZATE E OBBLIGAZIONI RISARCITORIE[°]

Giuseppe Grisi

*Professore Ordinario di Diritto civile
Università degli Studi Roma Tre*

La standardizzazione contrattuale può produrre effetti anticoncorrenziali e la verifica va operata in concreto impiegando criteri che non sempre consentono un apprezzamento chiaro e certo della reale consistenza delle situazioni considerate. Nella vicenda delle fideiussioni omnibus ci si è interrogati sulla sorte dei contratti a valle dell'intesa anticoncorrenziale a monte e Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994 ha ritenuto la nullità parziale il rimedio più adeguato; ciò nonostante, il panorama della tutela si presenta aperto ad altre soluzioni ed il rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria è connotato da instabilità, tra interferenza, complementarietà e, in un certo qual modo, intercambiabilità.

Contractual standardization can produce anticompetitive effects, and the control must be made in concrete terms by employing criteria that do not always allow a clear and certain appreciation of the real consistency of the situations concerned. In the case of omnibus fidejussions, there have been questions about the fate of contracts downstream of the upstream anticompetitive agreement, and Cass., Sec. Un., Dec. 30, 2021, no. 41994 found that partial nullity is the most appropriate remedy; nonetheless, the landscape of protection is open to other solutions and the relationship between demolition and compensatory protection is marked by instability, between interference, complementarity and, in a certain sense, interchangeability.

Sommario:

1. Fenomenologia della standardizzazione
2. Standardizzazione concorrenza
 - 2.1. La varia tutela
 - 2.2. Il cancan delle tutele quale dato “di sistema”
3. Una plausibile chiave di lettura: garanzia standardizzata e autonomia d'impresa

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Fenomenologia della standardizzazione

Al titolo della relazione assegnatami “Garanzie standardizzate e obbligazioni risarcitorie”, potrei aggiungere “nel supermarket delle tutele”. Si capirà il perché dal prosieguo. Intanto, sembra posto all’attenzione un tema tecnico e circoscritto, ma – a ben riflettere – non è così, perché il rapporto tra quei due termini sollecita riflessioni di ben più ampio respiro, apre all’osservazione di un vasto orizzonte e presenta implicazioni in varie direzioni.

Ciò premesso, voglio iniziare l’analisi con qualche considerazione sul fenomeno della standardizzazione. È opportuno procedere così, per meglio ricostruire il contesto entro cui l’indagine sul rapporto tra garanzie standardizzate e tutela risarcitoria si colloca e per poter già mettere in archivio dei dati che lasciano intravedere a quali esiti l’indagine possa approdare.

La standardizzazione è fenomeno che accompagna – e, in qualche modo, segna – l’evoluzione della società. Una cartina al tornasole, insomma: un elemento indicativo per valutare fatti e situazioni, non solo significativi sotto il profilo giuridico, ma ai nostri fini a questo riguardo rilevanti.

Mi limiterò a dare qualche flash, tanto per rendere l’idea e chiedo sin d’ora scusa per le inevitabili approssimazioni.

Sembra – a prima vista – che la standardizzazione abbia un rilievo marginale nella disciplina del contratto delineata nel c.c. del 1942: induce a crederlo il constatare che in due sole disposizioni – gli artt. 1341 e 1342 – il fenomeno ha chiara visibilità. Ma, come spesso accade, l’apparenza inganna. Non solo della standardizzazione c’è traccia, magari nascosta, anche altrove, ma quei due articoli, in realtà, la collocano tra i concetti meritevoli di un’alta considerazione nella teoria del contratto: sono lì con altri, infatti, a testimoniare la commercializzazione del diritto privato avutasi nel 1942 con l’unificazione dei due codici preesistenti e a segnalare la penetrazione dell’impresa nel territorio del contratto e l’attitudine della prima a condizionare il modo d’essere della disciplina del secondo¹.

L’industrialismo ha trovato una potente leva di sviluppo nella standardizzazione. Il boom economico nel nostro dopoguerra ha consentito, anche grazie alla standardizzazione dei processi produttivi e dei prodotti, l’emancipazione dalla condizione di povertà di larghe fasce di popolazione. Mi occupo da un po’ di diritto del turismo e, in quest’ambito, proprio in quegli anni, si è inaugurata la stagione del turismo di massa, così definito perché basato su un’offerta fortemente standardizzata, in tal modo congegnata per essere alla portata di molti e, dunque, funzionale all’esigenza di espellere il turismo dal novero – in cui prima era collocato – delle attività riservate a pochi eletti.

Nella fase successiva, quella della globalizzazione neoliberista², si cambia registro. La libertà, compressa negli anni ’70, si riespande e in questo clima di

¹ Eloquente, in tal senso, RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, Pisa, 2021, 92 ss.

² Così definita da SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 13.

rivincita dell'individualismo muta anche l'apprezzamento della standardizzazione che, in molti contesti, assume una venatura di negatività, è sintomatica di un uguagliamento al ribasso. Può emblematicamente richiamarsi, ancora una volta, il terreno del turismo, dove i praticanti sono aumentati, ma la fuga dall'uniformità e la perdita di attrattiva delle logiche di standardizzazione sono particolarmente avvertite. Può ben dirsi, oggi, che il turismo di massa, legato a prodotti "seriali", è un lontano ricordo: si va, invece, alla ricerca dell'esclusività, dell'esperienza unica e irripetibile che, oramai, grazie alla tecnologia, un buon internauta può organizzarsi da sé, anche senza doversi economicamente svenare.

Intanto, la struttura dei mercati va sempre più segmentandosi e ciò determina la necessità di creare paradigmi differenziati legati alla specificità del bene o del servizio prestato. Il contratto è la categoria portante il sistema civilistico maggiormente influenzata da questi sviluppi: si assiste, infatti, alla frammentazione dello statuto contrattuale in sottosistemi dotati di regole proprie e insofferenti all'applicazione di quelle comuni, a ragione o a torto giudicate inadeguate a disciplinare fenomeni sfuggenti alla logica del rapporto individuale tra uguali che ha ispirato la costruzione del paradigma unitario del contratto³. La spinta alla frammentazione, alla segmentazione, alla personalizzazione investe anche la responsabilità civile e finanche l'obbligazione al punto da legittimare il sospetto che sia ormai minata, alle fondamenta, la tenuta dell'edificio del diritto civile.

Aleggia lo «spirito antisistemico del post-moderno»⁴, ma la standardizzazione conserva centralità nello svolgimento dei processi produttivi e, con l'impiego a regime delle nuove tecnologie, in tutte le loro potenzialità, muta faccia e riprende vigore. La società degli algoritmi, dell'intelligenza artificiale sembra riportare in auge la standardizzazione. Sollecitato dalla lettura di un aureo libricino recentemente pubblicato, riflettevo qualche giorno fa sull'avvento, che si preannuncia prossimo, delle *driverless cars* (veicoli senza pilota capaci di svolgere autonomamente le operazioni di guida tradizionali) che – nel libro si sottolinea – altro non sono che «una componente di un complesso sistema che presuppone il coordinamento tra veicoli capaci di comunicare tra

³ "Il contratto. Un futuro incerto tra unità e frammentazione" è il titolo dato al 2° Seminario in onore di Enzo Roppo, svoltosi a Genova il 24 maggio 2019, gli atti del quale – raccolti in *Annuario del contratto 2019*, diretto da D'ANGELO - ROPPO, Torino, 2020, 3 ss. – restituiscono chiara l'immagine di un contratto che sembra subire un'autentica metamorfosi. Indicativo è anche il titolo del seminario promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei e della Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi alla fine di novembre 2021 – Il contratto o i contratti? – che, con altre parole, riprende quello del convegno genovese, confermando centrale la riflessione sul futuro del contratto (gli atti sono raccolti in *Contratto, contratti e mercati*, Quaderno 24 della SSM, curato da MAUGERI - GRASSO, Roma, 2022); riflessione, non relegata in second'ordine nemmeno dall'irruzione del Covid-19 e dalla pandemia che, peraltro, hanno prodotto effetti significativi in quest'ambito, ridestando tra l'altro l'attenzione verso la distinzione tra due modelli di contratto – quello "aristotelico" e quello "groziano" – quest'ultimo, al contrario del primo (come nota SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, 39, si trova in Aristotele, «per la prima volta, il nesso tra contratto giusto e libero mercato»), svincolato da un parametro di giustizia e consistente nel "pure bargain".

⁴ L'espressione è fedelmente tratta da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 28.

di loro, di essere messi in connessione anche con le infrastrutture»⁵; e in questo complesso sistema, il libro bene pone in luce come «il rapporto che leggerà ciascun singolo veicolo agli altri veicoli, ai pedoni e alle infrastrutture postulerà inevitabilmente una standardizzazione dei protocolli di funzionamento e comunicazione»⁶.

Mi è venuto spontaneo accostare questo scenario, con la standardizzazione “tecnica” che ne condiziona l’avveramento, proprio alle garanzie nella realtà dei rapporti d’impresa. Non solo perché anch’esse sono standardizzate, sono cioè emesse in numero elevato e sulla base di condizioni identiche che rendono possibile la stima del numero di inadempienze in un insieme di prestiti simili⁷; se l’accostamento non mi è parso azzardato è anche perché in entrambi gli ambiti – a ben vedere – la standardizzazione si mostra funzionale all’esigenza di attenuare l’incidenza di esternalità negative, certamente diverse nell’una e nell’altra sfera, ma da considerarsi strutturali sia al fenomeno della circolazione automobilistica, sia alla prestazione di garanzie che, nell’attività di impresa, non è certo un *optional*.

2. Standardizzazione e concorrenza

Standardizzazione e concorrenza sono concetti che, d’acchito, sembrano rimandare a logiche distinte e non facilmente armonizzabili. Illusorio pensare che possano convivere senza che emergano ragioni di conflitto, ma la realtà ci dice che le convivenze problematiche non di necessità sfociano in divorzi e rotture insanabili e che, tra due parti in contrasto, spesso un accomodamento, anche non provvisorio, si trova. Lo si è ricercato anche sul terreno delle garanzie personali standardizzate, essendo stata sottoposta a verifica la loro compatibilità con la normativa *antitrust*.

«La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali»: questo, esplicitamente, afferma il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, col quale Banca d’Italia – all’epoca in veste di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi – censura, tuttavia, la modulistica ABI, elaborata nel 2003 e relativa ai contratti di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie⁸, contenente previsioni – in particolare, gli articoli 2, 6 e 8⁹ – che “nella misura in cui

⁵ CALABRESI - AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021, 95.

⁶ CALABRESI - AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, cit., 96.

⁷ Ciò agevola non poco la gestione delle sofferenze che, inevitabilmente, chi esercita attività di finanziamento deve mettere in conto di dover sopportare. Va, altresì, considerato che le garanzie in questione sono rilevate sin dalla loro concessione anche nell’indebitamento netto e non solo nel saldo netto da finanziare.

⁸ Il provvedimento assimila i concetti di “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie” e fideiussione omnibus: si tratta della «prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca».

⁹ Cui fanno riscontro la clausola contrattuale contemplante la rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c. e quelle convenzionalmente definite di reviviscenza e di sopravvivenza della garanzia. Per convenienza, riportiamo il testo dei tre articoli:

venivano applicate in modo uniforme, sono in contrasto" con l'art. 2, c. 2, lettera a), l. 287/1990 che vieta intese restrittive della concorrenza¹⁰; contrasto, che anche l'elevato numero di banche associate all'ABI contribuisce ad accreditare.

In astratto – rileva il Provvedimento in esame – la standardizzazione, ovvero «un'attività associativa che produca l'uniformità degli schemi contrattuali adottati dalle imprese associate può incentivare la concorrenza. Essa favorisce la domanda in quanto, aumentando la comparabilità dei prodotti, ne riduce i costi di selezione; anche l'offerta ne trae beneficio, poiché viene meno la necessità di una diffusa e continua negoziazione di clausole e viene data alle banche di dimensioni ridotte l'opportunità di operare nell'ambito di un quadro negoziale non dissimile da quello fornito dalle maggiori banche, in grado di elaborare autonomamente i propri schemi contrattuali». Ma, in concreto, «gli schemi contrattuali atti a: – fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in 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», possono determinare una «situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza».

Dunque, la verifica di compatibilità va operata, non in astratto, ma in concreto. Nessun problema emergerebbe se i criteri suindicati sempre consentissero un apprezzamento chiaro e certo della reale consistenza delle situazioni considerate; ma siccome così non è¹¹, alto è il rischio che l'esito del giudizio non sia corretto e che non sia assicurata un'uniformità di trattamento a situazioni indegne di un trattamento differenziato. Questa è una prima complicazione e non è l'unica. Una volta registrata la presenza dell'illecito *antitrust*, infatti, occorre chiedersi quale tutela apprestare.

2.1. La *varia* tutela

L'intesa anticoncorrenziale è giudicata «ad ogni effetto» nulla dall'art. 2, c. 3, l. 287/1990 e ciò pare non lasciare margini per l'applicazione di una tutela non demolitoria o demolitoria “di protezione”.

"il fideiussore si impegna altresì 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" (art. 2);

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

- "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate" (art. 8).

¹⁰ Anche il parere n. 14251 del 22 agosto 2003 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva ritenuto lo schema negoziale tipo elaborato da ABI idoneo a restringere la concorrenza.

¹¹ Né potrebbe essere altrimenti, dovendosi – ad esempio – valutare la diretta o indiretta «incidenza economica», lo squilibrio se significativo dell'assetto o il livello della limitazione cagionata alla differenziazione.

Ma la vicenda legata alla modulistica ABI che ha dato adito al Provvedimento della Banca d'Italia cui prima si è accennato, induce a spostare l'attenzione sulla sorte dei contratti a valle dell'intesa anticoncorrenziale a monte, ovvero delle fideiussioni riproduttive di detta modulistica. La nullità si riverbera su di esse? Si determina, per derivazione o propagazione, la nullità anche dei contratti "a valle"?

Premesso che le norme *antitrust* sono dettate a tutela di tutti i soggetti del mercato, consumatori compresi¹², diverse risposte sono state avanzate¹³, non tutte aventi lo stesso *appeal*¹⁴. Guardando alle più gettonate e alle motivazioni adottate a loro sostegno, il ricorso alla metafora del supermarket non si rivela, poi, inappropriato.

La nullità totale si è accreditata in forza della necessità di evitare l'elusione delle norme *antitrust*, che altrimenti risulterebbe legittimata. L'invalidazione è palesemente giustificata là dove «i contratti "a valle" (...) abbiano essi stessi causa od oggetto anticoncorrenziali, in quanto costituiscono strumenti per propagare nei mercati "a valle" gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale principale»¹⁵.

Diversamente, valorizzando non solo il generale *favor* dell'ordinamento per la

¹² Lo ha stabilito – val bene rammentarlo – la celebre Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005 n. 2207, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435 con commento di CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*.

¹³ Le troviamo illustrate nella più recente sentenza – che sia l'ultima non possiamo dirlo – che si è occupata di definire la sorte delle fideiussioni di cui trattasi, vale a dire Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499, con note di PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, di PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, di MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21 e di ROMANO, Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?; vedasi anche VIOLANTE, *Nullità parziale delle fideiussioni omnibus a valle di un'intesa illecita: le Sezioni unite alla ricerca del minor male*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 51 ss. e, nell'ambito del commento a detta sentenza, MAISANO, *La sofferza dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 317 ss. Per ragguagli sull'evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla sentenza, v. VIZZONI, *La Cassazione alle prese con le fideiussioni omnibus redatte sui moduli ABI*, in *Annuario del contratto 2019*, cit., 382 ss.; sintetici, riassuntivi rilievi anche in GRISI, voce *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, vol. I, *Contratto*, cit., 918 ss. e, *amplius*, in RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 298 ss.*

¹⁴ Quando non trascurato, sembra con sufficienza liquidato il richiamo alla nullità relativa. *Idem* dicasi per la rescissione per lesione, alla quale, tuttavia, viene quasi naturalmente di pensare se si pone mente all'asimmetria di forza contrattuale tra la parte che predispone il testo del contratto in modo standardizzato e i soggetti che con essa negoziano. Sconta la difficoltà dell'accertamento della volontà ipotetica delle parti la costruzione proposta da MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, in *Contr.*, 2022, 462, il quale – nel rassegnare alcune conclusioni dopo l'esame della sentenza citata nella nota che precede – giudica ipotizzabile il ricorso alla conversione del contratto nullo, dacché, a fronte della perdita della garanzia, le parti «avrebbero voluto una fideiussione con una garanzia media, cioè minore della fideiussione *omnibus*, ma più forte della fideiussione *omnibus* epurata dall'art. 1419, comma 1, c.c. delle clausole 2, 6 e 8 dello schema ABI».

¹⁵ LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 390. L'A. richiama, ad esempio, i patti di boicottaggio a catena e quelli di rafforzamento delle esclusive, pertanto, indiscutibilmente affetti da nullità.

«conservazione» degli atti di autonomia negoziale che l'art. 1419 c.c. varrebbe a consacrare¹⁶, si è giudicato pertinente far capo alla nullità parziale, limitata, cioè, alle clausole restrittive della concorrenza, ritenuta il rimedio più adeguato. Necessita, ovviamente, una valutazione particolarmente attenta della concreta portata degli interessi in gioco, ma, superate le difficoltà e aggirati i rischi che essa comporta, è questa la sola via che consente di apprestare una tutela congrua, che ripudi la “serialità”: sicché, la nullità parziale va dichiarata e mantenuto in vita il contratto che, depurato di quelle clausole, i contraenti avrebbero stipulato, «salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti»¹⁷. La via risarcitoria potrebbe risultare praticabile da parte dei singoli soggetti danneggiati dall'intesa, affiancando l'azione di nullità¹⁸.

Altro indirizzo evidenzia che dalla nullità di una intesa anticoncorrenziale «non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azioni di risarcimento del danno», a meno che non siano in sé affetti da vizi rilevanti *ex art.* 1418 s. c.c. tali da legittimare la declaratoria di nullità¹⁹. La sola tutela risarcitoria, con esclusione della tutela reale, ben potrebbe ammettersi nella fattispecie in esame. Si osserva, infatti, che i contratti a valle conclusi con i terzi che dell'intesa non sono partecipi, qualora non siano essi stessi attuativi di un'intesa secondaria anch'essa vietata, non evidenziano né illiceità della causa, né presentano un oggetto illecito²⁰, sicché il solo rimedio disponibile a tutela del soggetto, suo malgrado coinvolto nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale, è quello risarcitorio²¹. Questo approdo, peraltro, è per una via

¹⁶ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., precisa, riferendosi alla nullità totale del contratto a valle, che è «proprio la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato ... ad escludere l'adeguatezza del rimedio in questione».

¹⁷ L'inciso riportato tra virgolette è ancora tratto dal principio di diritto affermato in Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit. Quella qui configurata, dunque – nota BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*: «the dark side of the moon», in *Foro it.*, 2022, I, 1319 – è una «nullità parziale, salvo prova contraria».

¹⁸ SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 700 vede, perciò, ridimensionata «la portata operativa del rimedio risarcitorio, ... una sorta di mero completamento di quello della nullità parziale».

¹⁹ Linea, questa, che trova riscontro in Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 82, con nota di MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard Abi: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*. Dalla sentenza prende le mosse l'approfondita analisi di LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, cit., 378 ss., attenta anche alle indicazioni provenienti dal diritto europeo.

²⁰ È quanto sostiene LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, in *Danno resp.*, 2005, 246.

²¹ Così Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit. compendia le ragioni alla base di questo, che viene definito «terzo filone interpretativo»: «Si osserva, al riguardo, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale – a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI –

diversa raggiungibile se, accreditata la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, si registra presente una norma di condotta nella disposizione che vieta le intese²².

Il quadro riportato opera una panoramica sulla *varia* tutela, molto tralascia e non entra nel dettaglio delle singole tesi prospettate, ma tanto basta a far comprendere quanto complicata possa essere l'individuazione della soluzione da adottare. A nessuna può attribuirsi valenza generale²³ e pensare «che la nullità parziale delle fideiussioni omnibus stilizzi la sorte dei contratti a valle è, a tutto concedere, una *sineddoche*»²⁴. Si ha netta l'impressione che dall'opinabile sia impossibile evadere.

La ponderazione degli interessi in gioco – come detto – va operata in concreto, in relazione ai singoli casi, apprezzati nella loro specificità, sicché domina la relatività e nessun giudizio può essere formulato *a priori*.

Alcuni esempi. Chi perora la causa della nullità parziale fa conto sull'interesse che gli istituti di credito avrebbero a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, pur se depurata delle clausole anticoncorrenziali, e può ben darsi che sia così; ma è anche ipotizzabile che l'espulsione delle note clausole depotenzi a tal punto la garanzia da rendere non più conveniente la prestazione del finanziamento, nel qual caso diventa confacente la nullità totale. E, ancora. La declaratoria di nullità, totale o parziale, è nell'interesse dei fideiussori, che, considerati alla stregua di soggetti che versano in una condizione di debolezza, meritano una tutela rafforzata²⁵; ma la loro condizione può, nella realtà pratica, palesarsi diversa, quando, ad esempio – caso non raro a verificarsi – il fideiussore sia cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, abbia un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia.

non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni. Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente ex art. 1440 cod. civ., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare».

²² Su questo argomento – che, come si evince da LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., 384 s., trova spazio in alcune sentenze del Tribunale di Treviso (ma v. anche Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019, n. 498 in *www.iusletter.com* e Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020, n. 513 in *www.il caso.it*; Trib. Rimini, 4 giugno 2021, n. 544, in *www.dirittoelrisparmio.it*) – riflette FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, in *Contr. impr.*, 2022, 487 ss.

²³ Neanche a quella accolta da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., che – come nota, commentandola, D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, 1310 – «è strettamente collegata (e fortemente condizionata) dalla particolarità dell'ipotesi che veniva in rilievo».

²⁴ PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit., 528.

²⁵ Questa l'ottica accolta dal citato Provvedimento della Banca d'Italia, ove lo schema Abi è giudicato non coerente rispetto alla logica che ha ispirato le modifiche agli artt. 1938 e 1956 c.c. ad opera della legge n. 154 del 1992 che è quella – per l'appunto – di «rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante»: le note clausole, in definitiva, sono colpite perché penalizzano in modo eccessivo il fideiussore.

2.2. Il cancan delle tutele quale dato “di sistema”

L’arresto delle Sezioni Unite non entra nel merito di tutte le questioni implicate nel rapporto tra fideiussione e intese anticoncorrenziali²⁶ e, pur richiamando in applicazione il rimedio invalidatorio parziale, non altera il quadro della tutela emergente dalle considerazioni svolte; un quadro cangiante, dove anche il rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria si presenta instabile, tra interferenza, complementarità e, direi, intercambiabilità.

Va in soffitta la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, peraltro solo in apparenza considerata intangibile dalle arcinote sentenze Rordorf delle SS.UU.²⁷ e prima e dopo di esse in più occasioni disattesa o posta in discussione. Quelle pronunce, mosse da un intento normalizzatore²⁸, hanno certamente difeso la distinzione riconoscendone la centralità, ma senza farne un mito da apprezzare quale verità universale, immobile e indiscutibile²⁹. D’altronde, se la stella polare è la congruità della tutela, il suo essere in concreto adeguata, va da sé l’abbandono dell’idea che detta distinzione sia da assumere in modo rigido e categorico³⁰; uno sviluppo, questo, che anche una certa lettura dell’art. 24 Cost., la considerazione degli sviluppi sul fronte del diritto europeo, il valore che va riconosciuto ai principi (effettività, *in primis*) correttamente impiegati, certamente incoraggiano.

Le interferenze non sono solo nel caso in osservazione registrabili e ciò aiuta ad apprezzarne la valenza esemplificativa di un *trend* che, con il declino delle categorie e dei modelli classificatori tramandati dalla tradizione³¹, assegna al giudice – che la

²⁶ Tra esse, di particolare rilievo pratico quella che interessa le fideiussioni sottoscritte anteriormente all’accertamento che ha portato all’emanazione del Provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia, con riferimento alle quali, con decisione n. 16511 del 29 dicembre 2022, il Collegio di Coordinamento dell’ABF ha stabilito che il garante che intenda dedurne la nullità derivata non possa limitarsi ad esibire in giudizio il testo dello schema ABI e del Provvedimento succitato – non potendo quest’ultimo «considerarsi prova privilegiata per le fideiussioni ... sottoscritte a distanza di anni dallo stesso» – ma abbia l’onere di dimostrare la persistenza della intesa antitrust fino al momento di rilascio della garanzia personale (in *DB non solo diritto bancario*, in www.dirittobancario.it, sia la decisione che un commento di ROMANELLI - NORO, *Fideiussioni omnibus: nullità ed onere della prova secondo il Collegio di Coordinamento ABF*).

²⁷ Alludiamo a Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n.ri 26724 e 26725 (la prima in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di SCODITTI, la seconda in *Contr.*, 2008, 221, con commento di SANGIOVANNI), così – per comodità – denominate riprendendo il cognome dell’illustre estensore.

²⁸ Si era venuta a determinare una situazione di grande incertezza, eloquentemente testimoniata dal titolo del saggio di ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896, nonché da quello di GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il “subbuglio” giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 562 (in nota a tre decisioni di merito, tra cui App. Milano, 19 dicembre 2006, n. 3070).

²⁹ Lo rilevavo in GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Pers. e merc.*, 2015, 4, 151.

³⁰ Anche le sentenze Rordorf – val bene ricordarlo – non hanno potuto fare a meno di riconoscere che prestare ossequio alla distinzione non sempre consente l’approdo al rimedio, nel concreto delle situazioni considerate, più appropriato.

³¹ Si vedano molti dei saggi raccolti in LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 (da MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in BARCELLONA - MONTANARI, *Potere*

tutela somministra – il ruolo di primattore nell’opera di rifondazione del diritto civile. Uno sviluppo, questo, non da tutti ben accolto³², una novella *Interessenjurisprudenz* che getta luce su un dato “di sistema” fondativo di una nuova logica che, d’acchito, viene di definire “rimediale”³³. Uno scenario caratterizzato da una sorta di polimorfismo rimediale e da una polifonia dei rimedi, dove – rilevava Vincenzo Scalisi – la nullità da singolare si fa plurale, passando da categoria «*a priori* a giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*»³⁴, dove la nullità è sempre più funzionalizzata e dove, correlativamente, si ripositiona anche la tutela manutentiva, in genere, e quella di risarcimento, in particolare, che, non più votata in via esclusiva a restaurare la sfera patrimoniale del soggetto, ben può assolvere – sia pure a certe condizioni – compiti di deterrenza e sanzionatori³⁵.

Vengono, allora, alla luce «in realtà tanti rimedi quante sono le varianti fattuali registrabili»³⁶, in un moto continuo e vorticoso che sarà problematico fermare. La mobilità del confine operativo tra quelli “demolitori” e quelli “manutentivi” va inquadrata in questa luce, ne è – potremmo dire – la più evidente manifestazione. La tutela da applicare diventa oggetto di scelta: una scelta non libera, dovendosi approdare all’individuazione del rimedio più appropriato, ma pur sempre una scelta svincolata dalle ipoteche categoriali di riferimento. Invalidità, inefficacia, risarcimento, autonomamente considerati o tra loro combinati, entrano in questo circuito e, non solo disattivano il contatto con i presupposti formali di applicazione del rimedio, ma vedono in qualche misura modificati i loro caratteri essenziali. E questa luce pure illumina le «nuove nullità» cui fa riferimento Pagliantini quando, constatato il declino inesorabile della vecchia cara nullità “cannibalizzante” ancorata alla logica della fattispecie, e rilevato come la nullità totale possa talora «tratteggiare la sagoma di un “terribile diritto”»³⁷, riprende ed affina la riflessione di Scalisi e fa i conti con i sommovimenti che hanno squassato questo fronte – curvatura funzionalistica, scopo escludente e quant’altro – e con l’emersione di nullità che «non nullificano in quanto piuttosto rimodellano il contratto che ne sia afflitto»³⁸. Siamo, poi, certi, che si tratti di un’assoluta novità? Non è, forse, anche la nullità parziale una nullità non nullificante e sostanzialmente conformativa?

e negoziazione. *Il diritto al tempo del post-pensiero*, a cura di LO GIUDICE, Roma, 2023, 94 considerato «un testo emblematico, per mostrare la transizione a un diritto post-categoriale»).

³² Non si può non segnalare il contributo di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.

³³ Opera – per dirla con CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 118 – la tendenza, egemone, a piegare «i principi e gli strumenti del diritto privato interno ad una logica rimediale svincolata dai presupposti formali di applicazione del rimedio».

³⁴ SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 460.

³⁵ Si veda la nota Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787, con nota di DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*.

³⁶ PAGLIANTINI, *Un giro d’orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e merc.*, 2021, 1, 36.

³⁷ PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 485.

³⁸ PAGLIANTINI, *Un giro d’orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, cit., 32. La «loro messa a regime – aggiunge l’A. – passa per dispositivi riportanti in auge uno statuto che, come ormai è invalso chiamarlo, è (in senso proprio) di gestione conservativa del regolamento contrattuale».

3. Una plausibile chiave di lettura: garanzia standardizzata e autonomia d'impresa

Faccio notare che le sentenze Rordorf, che pure riaffermano il legame tra violazione delle norme di comportamento e responsabilità e l'inidoneità della prima ad ingenerare nullità, si chiedono «se una regola diversa non viga proprio nello specifico settore del diritto dei mercati finanziari»: esse, quindi, non rifiutano l'idea che l'inquadramento in uno specifico settore di mercato, ovvero sia il contesto situazionale nel quale la violazione è calata, possa, in qualche modo, condizionare la disciplina applicabile ed i rimedi da adottare.

Quest'idea assume un peso significativo proprio nella riflessione che il tema della mia relazione suggerisce di svolgere.

L'astratta unità del contratto e del contraente sono alle spalle: ne avevamo contezza già da tempo e ora lo percepiamo ancor più chiaramente. Oggi dobbiamo prendere atto, osservando lo svolgersi nella realtà concreta dei rapporti d'impresa, che alcuni dati assumono pregnante significato legittimando ricostruzioni in termini nuovi di schemi e discipline. Mi invita a farlo un recente studio, frutto di un'elaborazione che – come l'abbondanza delle citazioni testimonia – reca in sé più di un elemento utile all'inquadramento dell'oggetto della mia relazione entro coordinate dopotutto affidabili.

L'elemento che, più di altri, attrae l'attenzione è l'emergere, quale categoria del mercato, dell'autonomia d'impresa, da apprezzare «in chiara discontinuità rispetto ai canoni dell'autonomia privata classica dell'individuo proprietario»³⁹. Ne sono espressione i contratti d'impresa che, così inquadrati, non sono tali per la presenza, necessaria, di un imprenditore quale parte, ma perché in essi si rispecchia l'attività economica professionalmente esercitata, costituendo essi stessi parte integrante i fattori che l'imprenditore organizza al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi.

Se il contratto è apprezzato quale momento di un'attività⁴⁰ che deve esplicarsi secondo le logiche del mercato di riferimento e nel rispetto del diritto della concorrenza⁴¹, che vada oggettivizzandosi, che si spersonalizzi, è fatale; ciò, da un lato, muta i parametri e le linee di svolgimento del giudizio circa la sua validità ed efficacia, dall'altro, alimenta la creazione di nuovi schemi contrattuali e, dall'altro ancora, dà ulteriore impulso alla standardizzazione, che è prassi comune dell'agire imprenditoriale e che in misura ancor maggiore si impone in settori strategicamente determinanti dell'attività di impresa, primo fra tutti quello della prestazione di garanzia nei rapporti d'impresa, imprimendo una particolare colorazione alla garanzia del credito e alla fideiussione.

Le garanzie standardizzate, dunque, sono manifestazione contrattuale dell'attività d'impresa e sono parte di operazioni economiche più complesse: questa

³⁹ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 11.

⁴⁰ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 117 raccomanda di non «dimenticare che il dato dell'attività ha trovato un rafforzamento del grado di salienza con la codificazione del 1942», tale da inaugurare un approccio che «inverte il paradigma incentrato sull'atto, conferendo centralità alla dimensione dell'attività».

⁴¹ La cui «attitudine regolatoria» – sottolinea RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 47 – «invita (...) a esaminare i rapporti contrattuali considerando il mercato quale contesto condizionante, potendosi così superare uno scrutinio basato sul momento statico dell'accordo tra le parti».

loro dimensione – si fa notare – «giustifica – e impone – una rimodulazione e una distinta interpretazione delle regole sulla causa e sull’oggetto del contratto, nonché la disapplicazione delle norme originariamente previste dal legislatore per il tipo fideiussorio, ogni qualvolta queste risultino incompatibili con l’assetto di interessi espresso dalle parti»⁴². L’accessorietà sembra (continuare ad) afferire a rapporti episodici a stento riconducibili tra le operazioni commerciali, mentre si distacca dalla garanzia immersa nelle dinamiche professionali e nell’attività d’impresa, le cui logiche mal si conciliano con l’imposizione di un trattamento disciplinare coincidente con quello delle garanzie non funzionali all’impresa, non compatibile con gli interessi economici e professionali implicati. Così, le clausole di cui agli articoli 2, 6 e 8 del modello ABI giudicate contrastanti con il divieto di intese anticoncorrenziali, pur indubitabilmente incoerenti rispetto al dato normativo codicistico in materia di fideiussione, sono tuttavia necessarie per modellare l’obbligazione fideiussoria «in modo tale da risultare servente alla logica degli affari»⁴³ e pienamente compatibili con le logiche proprie di un sistema di garanzie personali d’impresa⁴⁴.

Sgravato dall’ipoteca “tipologica” ed ancorato il regolamento contrattuale alla razionalità efficiente del mercato concorrenziale, il piano della tutela riacquista rigidità. Questa è indotta dall’osservazione degli effetti prodotti dalla nullità – totale o parziale che sia – sul mercato, giudicati non compatibili con le logiche proprie dell’attività d’impresa poiché incidenti in modo sfavorevole sulla tenuta complessiva del sistema delle garanzie del credito d’impresa⁴⁵.

Mi suona paradossale che per soddisfare un’esigenza di flessibilità della garanzia si acceda alla standardizzazione sul piano rimediale, ma sembra andare in questa direzione il discorso così impostato. Si aprono, allora, nuovi scenari per la tutela risarcitoria, che potrebbe veder più chiaramente definiti i termini del rapporto con la tutela invalidatoria⁴⁶ e veder partecipi nel discorso le azioni collettive, ma è con un interrogativo non retorico e solo volto a suscitare una riflessione, che voglio concludere, un po’ provocatoriamente, questo mio ragionamento: superata la concezione monofunzionale della responsabilità civile, non c’è forse spazio per giungere a configurare, proprio su questo terreno, quale misura efficace di contrasto, quell’istituto «sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema»⁴⁷ che prende il nome di risarcimento punitivo?

⁴² Così RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 11.

⁴³ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 291.

⁴⁴ Atteso che, «attraverso le clausole suesposte, ad esempio, l’istituto di credito può proteggersi meglio dai rischi di insolvenza e di eccezioni paralizzanti, non patire più i condizionamenti temporali per agire e dar seguito alle proprie istanze, così come previsti dall’art. 1957 c.c., e concedere più agilmente credito al debitore proprio grazie al peculiare impegno di garanzia sottoscritto» (RENN, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 292).

⁴⁵ Si veda, al riguardo, RENNA, *Garanzie personali e autonomia d’impresa*, cit., 312 ss.

⁴⁶ Fugando, forse, le ragioni di perplessità manifestate da D’AMICO, *Modelli contrattuali dell’Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, cit., 1316 verso l’idea – accolta nella pluricitata Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994 – «secondo la quale i rimedi in questione non sarebbero tra loro «alternativi», ma si integrerebbero l’uno con l’altro».

⁴⁷ Cass., Sez. Un, 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

EFFICIENZA DELLA TUTELA E PROTEZIONE DEL MERCATO[°]

Michele Lobuono

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

Il saggio analizza, senza alcuna pretesa di organicità e completezza, il rapporto fra efficienza della tutela e salvaguardia del mercato, naturalmente avendo riguardo alla materia specifica in esame, quella dei contratti di fideiussione omnibus recanti clausole conformi ai modelli predisposti dall'Associazione bancaria italiana. In questi contratti il controllo sul contenuto del contratto dovrebbe avere come punto di riferimento l'esercizio dell'attività economica e, quindi, nella valutazione del meccanismo di tutela astrattamente applicabile non si dovrebbe trascurare la considerazione dei diversi interessi superindividuali tutelati dalla disciplina della concorrenza e del mercato.

The essay analyzes, without any claim to organicity or completeness, the relationship between the efficiency of the protection and the safeguard of the market, naturally having regard to the specific matter under examination, that of omnibus surety contracts bearing clauses conforming to the models prepared by the Italian Banking Association (ABI). In these contracts, the control on the content of the contract should have as its point of reference the exercise of economic activity and, therefore, in the evaluation of the protection mechanism abstractly applicable, consideration of the various super-individual interests protected by the competition and market discipline should not be overlooked.

Sommario:

1. Lo scenario di riferimento
2. Fideiussioni *omnibus* e attività d'impresa
3. I rimedi applicabili ai contratti stipulati a valle: la nullità totale
4. La nullità parziale nella sentenza delle Sezioni Unite del 2021
5. Il risarcimento del danno
6. Considerazioni conclusive

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Lo scenario di riferimento

La mia breve riflessione avrà ad oggetto, senza alcuna pretesa di organicità e completezza, il rapporto fra efficienza della tutela e protezione del mercato, naturalmente avendo riguardo alla materia specifica in esame, quella dei contratti di fideiussione *omnibus* recanti clausole conformi ai modelli ABI.

In via preliminare, mi sembra opportuno rilevare che il tema, nella parte in cui fa riferimento all'efficienza, finisce per orientare la riflessione, quanto meno una sua parte, in una prospettiva che richiede una sorta di valutazione, alquanto problematica, degli effetti derivanti dal ricorso ai diversi mezzi di tutela. In tal senso appare opportuno intendersi su cosa intendiamo per efficienza della tutela.

In termini riassuntivi possiamo immaginare che l'espressione si riferisca alla capacità di rispondenza dei mezzi di tutela ai fini perseguiti dall'ordinamento, fini all'interno dei quali – sempre nell'oggetto di queste brevi note – assume un chiaro valore di riferimento la protezione del mercato. E, dunque, nel tentativo di restare fedele al percorso tracciato, prima di entrare nel merito dell'analisi, mi sembra opportuno soffermarmi brevemente sul contenuto, direi sulla portata, dei due elementi di riferimento.

Partirei dal secondo tema, vale a dire dalla protezione del mercato, per provare a precisare alcuni aspetti utili alla riflessione. In primo luogo, occorre intenderci sul significato che assume nel contesto in esame il riferimento al mercato, in altri termini di quale mercato stiamo parlando. Sul punto è lo stesso provvedimento del 2005 della Banca d'Italia a indicare il cosiddetto mercato rilevante, laddove si afferma che «sotto il profilo merceologico lo schema predisposto dall'ABI attiene al mercato degli impieghi bancari. La fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie costituisce un contratto accessorio al rapporto principale, che intercorre fra il debitore e la banca».

Appare evidente allora che se ci poniamo nella prospettiva del mercato si rende necessario allargare lo sguardo per abbracciare non solo il contratto di fideiussione *omnibus* recante le clausole sanzionate dall'organo di controllo ma anche il rapporto principale, più precisamente il contratto fra il debitore e la banca. Ed è sempre la Banca d'Italia a precisare che l'istruttoria ha riguardato lo schema contrattuale relativo alla «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», alla prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca.

Queste brevi considerazioni rendono subito ragione della circostanza che lo scenario di riferimento non è identificabile in modo puro e semplice con lo schema della fideiussione *omnibus* così come elaborato dalla prassi negoziale. Al contrario, viene in evidenza l'attività economica esercitata dalle banche, più precisamente l'attività di concessione dei crediti.

Delineato in tal modo il mercato di riferimento occorre soffermarci su quel che intendiamo quando parliamo di protezione del mercato. I mercati sono ormai da tempo oggetto di interventi del legislatore non di rado stimolati dalla disciplina

comunitaria, interventi volti a garantirne un'adeguata protezione, come talvolta emerge dall'espressa indicazione degli obiettivi di riferimento. Si pensi, p. es., alla disciplina dell'intermediazione finanziaria, chiaramente indirizzata a garantire l'integrità dei mercati (di cui peraltro non viene offerta una vera e propria definizione). Nella prospettiva del tema che ci occupa, la protezione del mercato deve essere ricostruita avendo riguardo essenzialmente alla disciplina della concorrenza. A tale riguardo la l. n. 287 del 1990 contiene programmaticamente norme aventi ad oggetto non solo la tutela della concorrenza ma anche del mercato.

La vastità del dibattito non consente approfondimenti in questa sede, pertanto, mi limiterò a qualche considerazione di carattere generale sugli interessi tutelati con la disciplina in esame. Come è noto, la l. 287 è applicabile, in base alla sua disposizione di apertura: alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese «in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», disposizione che riveste un ruolo centrale nella pronuncia della Cassazione civile, Sezioni Unite, 30 dicembre 2021, n. 41994, relativa ai contratti di fideiussione conformi ai modelli proposti dall'ABI, sulla quale avremo modo di tornare più avanti.

Riferendosi a tale previsione, invero, Giorgio Oppo parlava di «strabismo costituzionale» della legge in quanto i limiti, le condizioni e i divieti che incidono sull'esercizio di una libertà preesistente non possono considerarsi posti a garanzia della libertà medesima ma solo a garanzia di valori che la sovrastano¹.

Valori che nella nostra materia è agevole identificare in quelli indicati nel secondo comma dello stesso art. 41 Cost. e anzitutto nella utilità sociale alla quale può ricondursi anche la tutela del mercato. E di regola, l'utilità sociale va apprezzata in concreto, ciò vale soprattutto quando il giudizio debba tener conto di una pluralità di esigenze o valori che occorre conciliare o tra i quali è da stabilire un ordine di prevalenza. Ne consegue che occorre una scelta successiva che determini l'utilità concreta o l'utilità da far prevalere in concreto: una scelta che può essere fatta dal legislatore o che il legislatore può demandare in tutto o in parte ad altri (per limitarci alla materia in esame pensiamo al ruolo delle autorità di controllo e della giurisprudenza).

In questa prospettiva viene in considerazione la problematica relativa all'applicazione delle norme sulla concorrenza al mercato degli impieghi bancari, in particolare delle fideiussioni richieste a garanzia degli impieghi. Come negli altri settori economici anche nel comparto bancario la regolazione del mercato «non guarda all'equilibrio e alla struttura normativa del singolo contratto, isolatamente considerato, né alla formale legittimità del processo formativo dell'accordo, ma considera l'idoneità di quel regolamento di interessi a garantire un'adeguata dinamica concorrenziale»².

¹ OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «Tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss.

² ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 196.

Le autorità antitrust del settore bancario, la Banca d'Italia e successivamente l'Autorità garante della concorrenza, sono state chiamate a garantire la salvaguardia del mercato, avendo riguardo all'interesse generale al suo buon funzionamento, interesse che trascende (sebbene comprenda) quello dei singoli operatori.

La Banca d'Italia, pur consapevole della rilevanza economica dell'attività di erogazione del credito, ha ritenuto comunque che le note clausole previste dalle NUB – sulle quali avremo modo di ritornare – fossero lesive della concorrenza. Ora in questa sede non è in discussione la decisione di Bankitalia, se cioè risponda in modo effettivo alla protezione del mercato; piuttosto si tratta di indagare il rapporto fra questa protezione, fra gli interessi e i valori sottesi alla disciplina della concorrenza e i meccanismi di tutela relativi ai singoli contratti a valle. E a questo riguardo ovviamente la citata pronuncia delle sezioni unite, sulla quale ritorneremo, rappresenta un punto di riferimento ben più significativo.

2. Fideiussioni *omnibus* e attività d'impresa

Prima di un rapido esame delle singole tecniche di tutela, appare necessario tracciare le coordinate di riferimento delle fideiussioni *omnibus* per meglio inquadrare l'*enforcement* privato nel contesto in esame. Nella maggior parte dei casi la fideiussione *omnibus* è prestata da una persona che ha un interesse diretto all'erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell'imprenditore che presta la garanzia a favore dell'impresa familiare gestita da quest'ultimo.

Il garante può tuttavia essere estraneo all'attività dell'impresa e in ogni caso il suo patrimonio rimane distinto da quello del garantito; non può affermarsi, quindi, che l'eventuale onere sostenuto dal fideiussore ricada sul debitore incidendo in senso stretto sul costo complessivo del finanziamento. Nelle ipotesi – meno frequenti – di fideiussioni *omnibus* non rilasciate da persone fisiche, vengono in considerazione le garanzie prestate da imprese non bancarie, fra cui rientrano quelle concesse da imprese capogruppo a favore di società controllate.

Il ricorso prevalente, se non esclusivo, alle fideiussioni *omnibus* nell'esercizio delle attività d'impresa e al fine di garantirne lo svolgimento, rende opportuno, se non addirittura necessario, sviluppare l'analisi sui mezzi di tutela avendo riguardo, per un verso, al rapporto fra contratto e attività economica, la cui rilevanza appare ormai acquisita nella riflessione giuridica, per altro verso, al profilo dell'effettività dell'iniziativa imprenditoriale piuttosto che della fattispecie produttiva di effetti.

In sostanza emerge l'esigenza di un approccio metodologico che, per un verso, colga gli elementi ulteriori, in particolare la rilevanza dell'attività economica, idonei a procedere a una più adeguata comprensione del fenomeno negoziale di riferimento; per altro verso, non trascuri l'esigenza di distinguere il modo di manifestarsi dell'autonomia privata nell'esercizio dell'attività d'impresa dall'autonomia privata disegnata dalla disciplina generale del codice.

Come ho avuto modo di rilevare in alcuni scritti relativi al tema delle garanzie,

la rilevanza che assume il collegamento fra atto e attività implica che il mercato rappresenta il paradigma di riferimento per la valutazione dei meccanismi di *enforcement* utilizzabili dai privati³. In questo scenario, dunque, dovrebbe essere inquadrato l'intervento del giudice sui contratti di fideiussione a valle recanti le clausole conformi alle condizioni generali di contratto ABI sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia.

In questi contratti di garanzia il controllo sul contenuto del contratto dovrebbe avere come punto di riferimento l'esercizio dell'attività economica e, quindi, nella valutazione del meccanismo di tutela astrattamente applicabile non si dovrebbe trascurare la considerazione dei diversi interessi superindividuali tutelati dalla disciplina della concorrenza e del mercato.

Ciò implica che nel valutare la portata del rimedio, nel formulare il giudizio che possa determinare l'invalidità (totale o parziale) del contratto non si dovrebbe prescindere dalla efficacia (o se si vuole dall'efficienza) del rimedio nella dinamica del mercato e della sua disciplina, che tutela sia la concorrenza, sia come si è visto in principio l'iniziativa economica.

In concreto, significa considerare non solo i riflessi della valutazione operata in sede antitrust da Bankitalia rispetto alla fattispecie formale dei singoli contratti, ma anche gli effetti che deriverebbero dal ricorso ai suddetti mezzi di tutela nel segmento economico di riferimento e, quindi, nello svolgimento dell'attività di finanziamento.

3. I rimedi applicabili ai contratti stipulati a valle: la nullità totale

A questo punto, appare opportuno evocare i mezzi di tutela che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto applicabili ai contratti di fideiussione *omnibus* recanti clausole conformi ai modelli ABI. Come è noto, il tema ha dato origine a un vasto dibattito nel quale sono state prospettate in particolare la nullità dell'intero contratto, la nullità parziale del contratto nella parte che contiene le clausole ritenute contrastanti con le norme antitrust, il risarcimento del danno subito dal fideiussore che ha stipulato il contratto a valle recante le clausole frutto dell'accordo a monte.

Naturalmente in questa sede non è possibile approfondire nel dettaglio gli argomenti posti a fondamento dei diversi rimedi. Nel rinviare alla vasta bibliografia che ormai caratterizza questa materia⁴, mi sembra opportuno un breve riferimento ai percorsi giurisprudenziali per poi procedere a valutare la portata delle diverse soluzioni nella prospettiva della protezione del mercato, in particolare avendo riguardo alla protezione della concorrenza e dell'iniziativa economica.

³ Sul punto mi permetto di rinviare a LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, 7 ss.

⁴ Per una ricostruzione delle diverse soluzioni elaborate sul punto, fra gli altri cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, 467 ss.

La giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017 afferma la nullità totale, assoluta e insanabile dei contratti di fideiussione recanti le clausole conformi al modello ABI⁵. Il ricorso alla nullità integrale del contratto troverebbe la sua principale giustificazione nella circostanza che i contratti a valle sono da intendersi alla stregua di una parte integrante dell'intesa anticoncorrenziale. Ed effettivamente non sembra dubitabile che nella prospettiva della banca la conclusione del contratto finisca per dare attuazione a quanto convenuto in sede ABI.

In questa prospettiva si è affermato, p.es., che il primo comma dell'art. 1418 c.c. potrebbe rappresentare lo strumento in grado di rendere effettiva la tutela degli interessi protetti nei confronti delle banche. La citata disposizione è stata intesa alla stregua di una clausola generale invalidante che il giudice potrebbe applicare all'esito di una valutazione degli interessi in campo e al fine di dare applicazione quanto meno al principio di effettività. Il rimedio della nullità totale consentirebbe in sostanza di rendere effettiva la tutela apprestata dalla normativa antitrust, che finirebbe per essere elusa ove il contratto a valle continuasse a produrre i suoi effetti nonostante la nullità dell'intesa a monte.

Sul piano generale non si può ragionevolmente mettere in discussione che ai contratti a valle o a singole clausole degli stessi possa essere applicata la nullità quando anch'essi presentino causa oppure oggetto anticoncorrenziali. Il problema si pone piuttosto – come nei casi che ci occupano – laddove i contratti a valle abbiano una causa lecita e un oggetto altresì lecito e il vizio, la criticità, attiene piuttosto alla predisposizione del contenuto a monte nell'ambito dell'intesa o del cartello.

E, infatti, fra gli argomenti che consentono di escludere la nullità dei contratti a valle, occorre considerare in primo luogo che i contratti a valle hanno – come spesso si è rilevato – oggetto e causa autonomi, distinti dalle condizioni generali di contratto elaborate a monte dall'ABI. In altri termini le fideiussioni in esame, sul piano civilistico, sono contratti completi in relazione ai suddetti elementi del contratto, segnalandosi solo per la presenza di clausole conformi a condizioni generali di contratto predisposte a monte dall'ABI che spesso non sono neanche rilevanti nel giudizio fra banca e garante.

Ma nella prospettiva che stiamo cercando di delineare, quella cioè che mira a ricostruire il rapporto fra tutela individuale e protezione del mercato, c'è da chiedersi se la nullità dell'intero contratto possa ritenersi un rimedio efficiente, cioè garantisca la rispondenza ai fini perseguiti dall'ordinamento. Sul punto, occorre ricordare che sono in discussione singole clausole delle NUB che non attengono a condizioni di carattere economico ma al modo di operare, sul piano del rapporto, della fase di escussione della garanzia.

Come è noto, si tratta di previsioni negoziali che hanno la funzione di rafforzare la garanzia e che, dunque, considerate nella prospettiva del mercato di

⁵ In tal senso, Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846.

riferimento, quello degli impieghi, rispondono all'esigenza di tutelare l'esercizio del credito. Posta in questi termini, la portata delle clausole in questione, sanzionate dal provvedimento della Banca d'Italia in quanto utilizzate in modo generalizzato e uniforme nei confronti della clientela, dovrebbe essere considerata avendo riguardo alle valutazioni che le banche sono chiamate a operare al momento della concessione del finanziamento.

Il tema campeggia anche nel provvedimento che ha sanzionato le clausole, in particolare laddove l'Organo di controllo osserva che dal punto di vista del creditore, gli elementi che incidono sulla valutazione *ex ante* del merito di credito sono il rischio di insolvenza della controparte e la parte di credito che non è possibile recuperare in caso di inadempimento. Appare evidente che la presenza di garanzie a fronte del finanziamento è suscettibile di influenzare positivamente proprio quest'ultimo fattore.

La funzione di contenimento del rischio assolta dalle garanzie ha particolare rilevanza quando a essere finanziata è un'impresa che risponde con il proprio capitale, ma non con il patrimonio personale dell'imprenditore. Quest'ultimo, infatti, ha un incentivo a cercare di accrescere il rendimento degli investimenti assumendo rischi superiori a quelli inizialmente previsti, in misura tanto maggiore quanto minore è il capitale da lui conferito all'impresa.

In termini più generali il ricorso alle garanzie contribuisce a ovviare alle difficoltà connesse all'attività di finanziamento: la convenienza a fornirle al proprio creditore anziché pagare un interesse elevato è, infatti, maggiore proprio per le imprese caratterizzate da un profilo di rischio più contenuto, perché minore è la possibilità di perdere quanto dato in garanzia⁶.

Muovendo in una prospettiva che guardi agli effetti del rimedio, l'eventuale nullità dell'intero contratto a valle farebbe venir meno l'obbligo di garanzia sicché la banca rischierebbe di non ottenere la restituzione (anche solo in parte) della somma erogata in favore del debitore, laddove questo sia a sua volta inadempiente, anche qualora la controversia non avesse ad oggetto in senso stretto le clausole in questione. A tanto si aggiunga la circostanza, rilevata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che un ricorso indiscriminato alla nullità potrebbe stimolare reazioni strumentali e speculative da parte dei fideiussori, i quali invece al momento del rilascio della garanzia intendevano soddisfare determinati interessi professionali e commerciali.

4. La nullità parziale nella sentenza delle Sezioni Unite del 2021

A fronte di tale soluzione si è ipotizzato un diverso approccio che, in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, non abbia un carattere demolitorio dell'intera fideiussione. E, in effetti, prima ancora della

⁶ Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 "ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", punti 65 - 68.

sentenza delle sezioni unite nella giurisprudenza di merito era andato emergendo un orientamento che richiedeva una valutazione nel caso concreto delle clausole utilizzate dal fideiussore, non potendosi giungere a dichiarare la nullità dell'intero contratto laddove le clausole elaborate dalle intese illecite non incidessero sulla struttura e sulla causa del contratto.

In linea generale, la nullità parziale sembrerebbe in grado di garantire gli interessi tutelati dalla normativa antitrust in modo più ragionevole e proporzionato rispetto alla nullità dell'intero contratto. In dottrina e in giurisprudenza sono state formulate diverse ipotesi ricostruttive al fine di giustificare la nullità della clausola in sé considerata (per poi procedere alla valutazione richiesta dal primo comma dell'art. 1419 c.c.). La soluzione, come noto, è stata recepita nella citata pronuncia delle sezioni unite del 2021, di cui ovviamente non è possibile dare conto compiutamente in questa sede.

Ai nostri fini è sufficiente richiamare la sentenza nelle parti in cui si afferma che:

- siamo in presenza di una «nullità speciale», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della l. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a) – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico» (2.17);

- il contratto a valle deve ritenersi nullo solo in parte, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza e che sono le sole ad avere – in concreto – una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI (2.18.1);

- la possibilità che l'intero contratto venga considerato nullo all'esito del giudizio *ex art. 1419 c.c.* viene considerata eccezionale.

I primi commenti hanno posto in evidenza una serie di criticità nell'iter argomentativo posto a fondamento della decisione. In particolare, fra l'altro, è apparsa censurabile la «pretesa di individuare una risposta univoca, di quelle che chiudono ogni discussione, senza prima lasciare che vada a compimento la sedimentazione dei molti stimoli connessi a un approccio interdisciplinare disagevole»⁷.

In questa sede, il tentativo di verificare sul piano dell'efficienza la soluzione della nullità parziale, così come adottata dalla pronuncia delle sezioni unite, rende necessario valutare ancora una volta la capacità di rispondenza del mezzo di tutela ai fini perseguiti dall'ordinamento. Il tema è complesso e richiederebbe un'approfondita valutazione di carattere preliminare delle clausole in esame alla

⁷ PALMIERI - PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 523. In tale prospettiva si ritiene ragionevole ricorrere, di volta in volta, alla nullità assoluta o alla nullità relativa, in relazione alle diverse ipotesi di fissazione di un *overcharge* o di un peggioramento qualitativo dell'ambiente contrattuale, sempre salva la possibilità di richiedere in via subordinata il risarcimento del danno (quando tale soluzione non sia preferibile in prima approssimazione). Cfr. anche PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, *ibidem*.

luce della normativa antitrust. Mi limiterò allora a rilevare che queste previsioni negoziali, al pari di altre elaborate nella prassi, finiscono per delineare una garanzia personale caratterizzata in termini diversi rispetto alla fattispecie tipica prevista dal legislatore, trovando la loro giustificazione sul piano funzionale nella ponderazione degli interessi legati all'attività di finanziamento.

Tanto precisato, sia pure in estrema sintesi e sul piano generale, proviamo a soffermarci con riferimento a questo aspetto su un passaggio della motivazione posta a fondamento della pronuncia delle sezioni unite. La sentenza per ben due volte si premura di precisare che non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente – all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale.

Il problema – secondo la Corte – è rappresentato dall'esistenza dell'intesa che incide sulla libertà di scelta del cliente (ed eventualmente sul piano patrimoniale). Ora, come è noto, nel provvedimento del 2005 la Banca d'Italia è giunta a sanzionare le clausole in questione in quanto 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.

Dunque «per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c.» e per le c.d. clausole di «sopravvivenza» della fideiussione – diversamente dalle altre clausole delle NUB – non emergerebbero elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto con l'obiettivo di «garantire l'accesso al credito bancario».

In sostanza, nella prospettiva di Bankitalia la sanzione della nullità parziale dell'intesa trae origine da una valutazione di meritevolezza delle clausole che farebbe emergere uno squilibrio in favore della banca. La Cassazione, invece, sembra adottare sul punto un atteggiamento più sfumato laddove, come si è detto, afferma che la deroga all'archetipo codicistico della fideiussione e, in particolare, agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., non porrebbe problemi di sorta se inserita in un contratto singolo.

Piuttosto, alla luce del provvedimento della Banca d'Italia, sarebbe il «nesso funzionale» tra l'intesa a monte e il contratto a valle a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. A questo punto allora occorre chiedersi se la nullità parziale dei contratti a valle possa considerarsi efficiente nella prospettiva della protezione del mercato, dell'ordine pubblico economico richiamato nella sentenza delle sezioni unite.

Gli esiti di una ricostruzione di questo tipo andrebbero ricercati, per quanto si è detto in precedenza, attraverso una riflessione che avendo sullo sfondo l'ordine giuridico del mercato non si esaurisca in un giudizio di mera validità della fattispecie ma venga sviluppata in ragione della concreta incidenza dell'attività contrattuale sull'assetto dei rapporti concorrenziali. In tal senso, come si è visto,

c'è da chiedersi se non sia preferibile una diversa e alternativa prospettiva conoscitiva, che implica «la priorità dell'attività e dell'iniziativa economica rispetto al contratto, la cui valutazione avviene in funzione dell'inerenza e dell'intrinseca destinazione al mercato»⁸.

Una prospettiva di questo tipo ha consentito di accogliere nel nostro ordinamento, in tema di garanzie, lo schema del *Garantievertrag*, dei contratti autonomi di garanzia, caratterizzati da una serie di deroghe alle disposizioni del codice civile, fra cui proprio quella dell'art. 1957 c.c. In sostanza l'alterazione dello schema codicistico ha trovato giustificazione nell'esigenza di rendere possibile il finanziamento. Peraltro, deroghe all'art. 1957 c.c. si trovano anche negli schemi tipo delle garanzie previsti dai decreti ministeriali collegati al codice dei contratti pubblici e, dunque, in quel segmento di attività economica che vede la pubblica amministrazione quale committente.

Queste considerazioni, invero schematiche e meritevoli di ben altro approfondimento, relative alla sostanziale tenuta dei contratti di garanzia recanti clausole in deroga rispetto al codice, inducono a chiedersi se nel caso delle fideiussioni *omnibus* in esame ci troviamo effettivamente di fronte all'esigenza di salvaguardia dell'«ordine pubblico economico», come più volte ripetuto dalla Cassazione nella sentenza del dicembre 2021 per formulare un giudizio di invalidità delle clausole in esame⁹.

Il tema è complesso e naturalmente meriterebbe ben altro approfondimento; in ogni caso è chiaro che non è possibile prescindere dal provvedimento della Banca d'Italia, dall'affermazione di una violazione della disciplina della concorrenza per l'uso pressoché generalizzato delle clausole in esame. C'è allora da chiedersi ulteriormente se non sia preferibile una valutazione in termini di effettiva pertinenza della clausola rispetto all'oggetto della controversia anche per evitare usi strumentali della nullità al mero fine di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni del garante. In particolare, si rende opportuno valutare se in una prospettiva di conservazione del contratto, pure affermata dalle sezioni unite, alla soluzione che prevede la nullità della clausola con il conseguente giudizio ex art. 1419 c.c., sebbene eccezionale sia il rischio di invalidità dell'intero contratto, non sia preferibile una soluzione in termini di rimozione dei suoi effetti laddove il fideiussore dia la prova che la medesima clausola abbia in concreto leso i suoi interessi¹⁰.

⁸ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., 197.

⁹ Per una critica alle ragioni di ordine pubblico economico che hanno indotto le sezioni unite a interpretare in termini estensivi la norma *antitrust* sulla nullità delle intese anticoncorrenziali, v. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, 19 ss.

¹⁰ In tale prospettiva, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. *Un commento allo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 394.

5. Il risarcimento del danno

Nel dibattito che ha caratterizzato questa materia le criticità in vario modo emerse con riferimento alla nullità hanno finito per orientare l'attenzione su altri rimedi, quali il controllo giudiziale sulla giustizia contrattuale con conseguente correzione equitativa del negozio e l'azione di risarcimento del danno¹¹. Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non vi sono dubbi in merito alla circostanza che il risarcimento del danno, ove ne sussistano le condizioni, possa essere riconosciuto al fideiussore anche nelle ipotesi di nullità totale o parziale del contratto.

Per altro verso, in base ad altre ipotesi ricostruttive si ritiene che il risarcimento costituisca l'unico rimedio disponibile ove il contratto a valle fosse considerato valido, non essendovi nullità né totale, né parziale del contratto. In tal caso, verrebbe in considerazione una responsabilità precontrattuale della banca da contratto valido volta a risarcire il pregiudizio subito dal fideiussore per essere stato indotto a stipulare un contratto a condizioni diverse rispetto a quelle che lo avrebbero caratterizzato senza il contegno anticoncorrenziale della banca.

Questa ricostruzione, a sua volta, deve fare i conti con alcune criticità, già sottolineate dalla dottrina, relative all'individuazione del danno. In primo luogo, occorre considerare che l'intesa in esame non riguarda condizioni di natura economica (o prezzi) bensì condotte relative all'esecuzione del rapporto nascente dal contratto di fideiussione. In secondo luogo, per le ragioni evidenziate dalla stessa Banca d'Italia nel provvedimento del 2005, va sottolineato che maggiori tutele per la banca in sede di escussione della garanzia possono corrispondere a condizioni economiche più vantaggiose nell'erogazione del finanziamento.

Posto che le clausole sanzionate attengono essenzialmente al più ampio arco temporale nel quale il garante è tenuto a rispondere nei confronti della banca, l'eventuale pregiudizio economico potrebbe essere legato alla circostanza che il fideiussore abbia tenuto vincolate per un periodo più ampio le somme necessarie all'eventuale pagamento. Appare evidente quindi, che la strada più agevole dovrebbe essere individuata nella liquidazione equitativa del danno¹².

Muovendo anche in questo caso in una prospettiva che guardi agli effetti del rimedio, l'eventuale risarcimento del danno avrebbe la funzione di tenere indenne il fideiussore rispetto al pregiudizio economico subito ma non farebbe venir meno l'obbligo di garanzia nei confronti della banca. Un assetto rimediabile di questo tipo è stato sottoposto a una serie di considerazioni critiche in particolare da chi ritiene che gli obiettivi perseguiti dalla disciplina antitrust trovino una tutela più efficace nella nullità. In tal senso, appare paradigmatica la posizione assunta dalla Corte di cassazione nella citata sentenza del 2021, dove si afferma che il rimedio risarcitorio tutelerebbe solo un interesse individuale, mentre quello basato

¹¹ RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, 302.

¹² Sul punto, cfr. le considerazioni di STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, in *Jus Civile*, 2020, 294 ss.

sull'invalidità tutelerebbe un interesse generale al buon funzionamento del mercato.

Una ricostruzione di questo tipo non appare immune da critiche, in particolare ove si consideri che la pronuncia di nullità del contratto a valle non ha efficacia *erga omnes*, «perché ogni pronuncia di nullità di un contratto a valle è limitata dai vincoli soggettivi del giudicato, secondo le regole generali, e come tale può dirsi posta, anch'essa a tutela di un interesse individuale, alla stessa stregua del rimedio risarcitorio (fermo restando, poi che ambedue le discipline tutelano *anche* interessi generali)»¹³.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione sembra di poter dire che anche in questa materia, in particolare nella ricerca del rimedio più idoneo a tutelare il fideiussore che abbia stipulato il contratto a valle dell'intesa sanzionata in sede antitrust, si pone l'esigenza di valutare la portata del rapporto tra «forma giuridica e materia economica» muovendo dalla considerazione delle circostanze concrete e, quindi, delle condotte effettivamente poste in essere dagli operatori del mercato. E, allora, vengono alla mente le lucide considerazioni di un fine giurista particolarmente sensibile alle questioni del metodo giuridico, che, riflettendo sulla ricostruzione e individuazione della regola giuridica più conveniente e adatta, esortava a ritornare sempre e necessariamente al fatto « ma non già per riprodurre e ripetere – secondo l'ideale storicistico – la genesi del testo normativo e neppure per emettere giudizi tipologici o di sussunzione, bensì per verificare di volta in volta gli adattamenti subiti, le mutazioni intervenute, le configurazioni particolari assunte dal problema posto dal fatto nel momento del passaggio dalla statica e immobile, generale e astratta previsione di legge alla mutevole e sempre rinnovatesi situazione concreta, al vivo e vitale caso da decidere, visto nella determinatezza e specificità della sua peculiare consistenza storico-sociale. Il problema della ricerca della regola diviene, allora, il problema stesso della “comprensione” ermeneutica, e cioè quello della fissazione del “senso” corrispondente alla concreta, storica ed effettiva situazione di interessi dalla quale il testo ha preso avvio e tratto il suo campo di applicazione, di quel senso che – per il modo in cui si dà a comprendere – “si concreta e si compie (secondo la formula gadameriana) solo nell'interpretazione»¹⁴.

¹³ LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., 21.

¹⁴ SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 305.

LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE A VALLE DELL'INTESA ANTITRUST NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ABF[°]

Salvatore Monticelli

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Foggia*

La vexata quaestio della nullità della fideiussione omnibus a valle dell'intesa antitrust è stata oggetto di svariate pronunce dell'Arbitro bancario e finanziario nonché di una decisione del Collegio di coordinamento. La "giurisprudenza" dell'ABF ha anche affrontato questioni che attengono alla competenza, sotto vari profili, dell'Arbitro a dirimere le controversie in questione. Nello scritto si ripercorre l'iter argomentativo seguito nelle decisioni prese in esame nonché talune criticità che le connotano.

The vexed question of the nullity of the omnibus surety downstream of the antitrust agreement has been the subject of several rulings by the Banking and Financial Arbitrator as well as a decision by the Coordination Board. The "jurisprudence" of the ABF has also addressed issues pertaining to the competence, under various profiles, of the Arbitrator to settle the disputes in question. The paper retraces the argumentative process followed in the decisions taken in question as well as some critical issues that characterize them.

Sommario:

1. Considerazioni introduttive
2. Le questioni di competenza
3. La *vexata quaestio nullitatis* (totale o parziale) della fideiussione a valle dell'intesa restrittiva della concorrenza
4. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione *omnibus* a valle
5. La nullità delle clausole che riproducono lo schema ABI e l'integrazione del contratto

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Considerazioni introduttive

L'Arbitro bancario è stato investito in più occasioni della tematica oggetto di questa mia relazione, ed a partire dal 2018 ad oggi si registrano sul tema circa una ventina di decisioni, riportate anche sul sito dell'ABF, nonché, in data 19.8.2020, la decisione n. 14555 del Collegio di Coordinamento.

Nella maggior parte di tali decisioni, unitamente alla questione principale concernente la nullità totale o, solo, parziale delle fideiussioni che riproducono lo schema ABI, segnatamente le clausole di reviviscenza (art. 2), di rinuncia ai termini (art. 6) e quella di sopravvivenza (art. 8), si affrontano ulteriori problematiche che attengono alla competenza, sotto vari profili, dell'Arbitro a dirimere le controversie in questione. A quanto consta, invece, la giurisprudenza dell'Arbitro, perlomeno fino ad oggi, non ha affrontato il tema dei profili risarcitori e restitutori consequenziali alla nullità totale o solo parziale delle fideiussioni omnibus a valle dell'intesa restrittiva e tantomeno la questione correlata della prescrizione delle azioni in questione.

Tralasciando per un momento di riferire sulla questione principale della natura e portata della nullità relativa alla fideiussione stipulata a valle dell'intesa restrittiva, anche con riferimento all'ulteriore tematica della riferibilità della *quaestio nullitatis* alle sole fideiussioni *omnibus* o a qualsivoglia fideiussione contenente le clausole innanzi citate, merita preliminarmente dare conto delle problematiche più precipuamente processuali e/o di rito di cui, con riferimento alla fattispecie in esame, si è occupato l'Arbitro, giacché esse costituiscono materia di eccezioni pregiudiziali sollevate dagli intermediari convenuti e, dunque, se fondate, ostative ad un eventuale esame nel merito del ricorso.

2. Le questioni di competenza

Le questioni inerenti alla competenza dell'ABF si riferiscono essenzialmente a tre profili controversi:

a. Incompetenza funzionale dell'ABF.

È il primo aspetto controverso da prendere in considerazione, trattandosi di una questione relativa alla competenza funzionale dell'ABF, ed è relativo all'ammissibilità o meno del ricorso proposto innanzi all'Arbitro evidenziandosi dagli intermediari resistenti che la questione dell'accertamento della nullità non sarebbe da ricomprendersi nella competenza per materia dell'Arbitro. In particolare, si eccepisce che la domanda di accertamento della nullità della fideiussione *omnibus*, rilasciata a valle di un'intesa anticoncorrenziale, non potrebbe essere delibata dall'ABF trattandosi di questione rimessa alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate dei tribunali in materia di impresa. L'eccezione in parola è per lo più estesa anche alla domanda risarcitoria che usualmente si accompagna al ricorso.

Ebbene, la giurisprudenza dell'Arbitro, anche sulla scorta di una decisione del

Collegio di coordinamento del 17.4.2020 n. 17014, è costante nel ritenere l'eccezione priva di fondamento: si legge, infatti, nelle varie pronunce, che, qualora il ricorrente non chieda di accertare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, fatto peraltro nella fattispecie già accertato con provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 22 maggio 2005, bensì la conseguente nullità del contratto a valle di tale intesa illecita, la disposizione di cui all'art. 33, c. 2, l. n. 287 del 1990 (e successive modificazioni) - ai sensi della quale le sezioni specializzate in materia d'impresa sono esclusivamente competenti per «le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché [per] i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV - non è da ritenersi applicabile giacché tale competenza funzionale della Sezione Specializzata è circoscritta all'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale e non anche delle domande di accertamento della nullità dei contratti stipulati "a valle" di un'intesa riconosciuta come illecita¹.

Invero, il problema potrebbe porsi con riferimento alla differente ipotesi in cui la fideiussione oggetto di impugnativa non sia una fideiussione *omnibus* bensì una fideiussione tradizionale a garanzia di un qualsiasi rapporto creditizio (es. scoperto di conto corrente, anticipazione bancaria etc.), ma che contenga clausole analoghe a quelle riportate nel modello ABI.

In tal caso, poiché il provvedimento della Banca d'Italia si riferisce espressamente ed unicamente alla fideiussione *omnibus*, il ricorrente, nel sottoporre al Collegio l'accertamento della nullità anche di una differente fideiussione che, pur contenendo clausole analoghe a quelle del modello ABI, non è coincidente con l'unica tipologia contrattuale oggetto del citato provvedimento, dovrebbe preliminarmente chiedere al Collegio di accertare se l'intesa restrittiva della concorrenza possa essere riferita anche alla fideiussione tradizionale.

In tal caso, per le ragioni uguali e contrarie a quelle sopra esposte a favore della sussistenza della competenza dell'ABF, quest'ultima andrebbe coerentemente esclusa giacché il Collegio sarebbe chiamato a pronunciarsi, preliminarmente ad ogni decisione riguardante il contratto a valle, in ordine all'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale con riferimento ad una nuova fattispecie.

Va da sé che una tale pronuncia non può che rientrare nella competenza funzionale della Sezione specializzata in materia d'impresa che dovrebbe accertare la sussistenza, anche con riferimento a tale diversa fattispecie, di intese restrittive della concorrenza analoghe a quelle accertate dalla Banca d'Italia nel proprio provvedimento, con riferimento alla fideiussione *omnibus*.

Sulla base delle anzidette considerazioni, in una recente decisione del Collegio di Milano² ove la controversia riguardava una fideiussione con oggetto specifico (rilasciata a garanzia del debito derivante dall'apertura del credito a revoca), come

¹ In tal senso oltre la decisione del Collegio di coordinamento citata nel testo, anche Collegio Roma, 29 aprile 2021, n. 11178; Collegio Bologna, 10 marzo 2021, n. 6543 e n. 6541; Collegio Milano, 4 luglio 2019, n. 16588.

² Collegio Milano, 15 febbraio 2022, n. 2837.

tale estranea alla potenziale invalidità per violazione della disciplina *antitrust*, si rimarca che vada condiviso l'orientamento espresso dalla Cassazione³ in base al quale l'accertamento della sussistenza di un'intesa limitativa della concorrenza e della consequenziale nullità del contratto a valle attuativo di tale intesa non può essere automaticamente trasposto a fattispecie diverse da quelle considerate nell'intesa in questione.

b. Incompetenza per valore dell'ABF.

La seconda questione di rito spesso sollevata attiene alla incompetenza per valore dell'ABF nell'ipotesi in cui la somma cui il ricorrente avrebbe diritto, a titolo di ripetizione dell'indebitato laddove abbia adempiuto al pagamento dell'importo per il quale è stata rilasciata la fideiussione, a seguito dell'accertamento della nullità di essa, sia superiore ad € 100.000,00.

In tale ipotesi l'orientamento costante dei Collegi dell'ABF, a seguito della decisione n. 3169 del 2014 del Collegio di Coordinamento, è nel senso di ritenere inammissibili domande che, pur essendo formalmente formulate in termini di mero accertamento, in caso di accoglimento, comporterebbero il diritto del ricorrente a ottenere una somma superiore a 100.000,00 euro⁴. Merita segnalare che, a partire dal 2020, la competenza dell'ABF è stata elevata a 200.000,00 euro.

c. Incompetenza temporale dell'ABF.

Infine, ulteriore questione involgente la competenza dell'Arbitro è quella che si pone per l'accertamento della nullità, totale o parziale, di fideiussioni *omnibus* stipulate prima del 2009 e contenenti le clausole oggetto del rilievo della Banca d'Italia. Al riguardo, secondo l'orientamento costante dei Collegi, si rileva, in generale, che la competenza dell'Arbitro bancario e finanziario deve essere negata in relazione a controversie che riguardano comportamenti o operazioni dell'intermediario risalenti a epoca antecedente alla data del 1° gennaio 2009, posta dal § 4, Sez. 1 delle Disposizioni regolamentari emanate dalla Banca d'Italia il 12.11.2011 (come successivamente modificate) quale termine iniziale della competenza temporale dell'ABF e questo «a prescindere dal momento di verifica o percepibilità» del pregiudizio che possa esserne derivato al cliente⁵.

Sulla base di tale principio correttamente si precisa, con riferimento a fattispecie negoziali sorte anteriormente alla data del 1° gennaio 2009 ma ancora produttive di effetti, la necessità di guardare al *petitum* del ricorso, al fine di verificare se esso sottopone al giudizio dell'Arbitro un vizio genetico del rapporto, oppure una controversia che riguarda gli effetti del negozio giuridico prodottisi dopo il 1° gennaio 2009. Mentre nel primo caso non sussisterà la competenza dell'ABF, nella seconda ipotesi essa dovrà ritenersi invece sussistente⁶.

³ Cass., 20 maggio 2020, n. 9253, in Guida dir., 2020, 38, 59.

⁴ In termini, tra le altre, Collegio Bologna, 25 luglio 2019, n. 18418.

⁵ In questi termini, *ex multis*, Collegio Bologna, 25 luglio 2019, n. 18418; Collegio Palermo, decisione n. 14 maggio 2018, n. 10364.

⁶ Cfr., *ex multis*, Collegio Milano, 26 aprile 2017, n. 4378; Collegio di Coordinamento, 10 gennaio 2014, n. 72.

E perciò, venendo all'ipotesi che qui interessa, poiché la domanda che, nella fattispecie, si propone all'Arbitro è indubitabilmente inerente all'accertamento di un vizio genetico del contratto - nullità totale o di singole clausole - del contratto di fideiussione *omnibus*, ne consegue che, laddove ricorra una fideiussione *omnibus* connotata dalla presenza delle clausole in questione, stipulata anteriormente al limite di competenza territoriale dei Collegi dell'ABF, questi ultimi dovranno ritenersi incompetenti, in osservanza della normativa sopra citata⁷.

Tale profilo d'incompetenza dei Collegi è particolarmente rilevante se si considera che una delle questioni maggiormente controverse, relativamente al tema che qui ci occupa, riguarda i contratti di fideiussione stipulati in epoca antecedente a quella di emissione del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 con il quale l'Autorità di vigilanza dichiarò in contrasto con l'art. 2, c. 2, lett. a) della l. 287/90 le clausole accessorie di cui innanzi.

Com'è noto sul punto si è espressa la Cassazione con ordinanza n. 29810 del 12 dicembre 2017⁸, ed ha affermato che l'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, nel dichiarare la nullità delle intese vietate, prende in considerazione non solo il negozio giuridico posto all'origine della violazione, ma tutta la serie dei fatti distorsivi della concorrenza, anche successivi a quel negozio. Ne deriva che la nullità si riferisce anche ai contratti "a valle", segnatamente le fideiussioni *omnibus* in questione, pure se queste siano state stipulate *prima* che l'intesa fosse accertata dall'autorità amministrativa preposta alla vigilanza del mercato concorrenziale, *a condizione che essa si sia realizzata in un momento precedente al negozio denunciato come nullo*⁹.

È noto che detta decisione che, com'era prevedibile, è stata la miccia di un rilevante contenzioso, non è stata accolta supinamente dalla successiva giurisprudenza di merito e di legittimità che, esprimendo un diverso orientamento, a parere di chi scrive, più aderente al dato positivo oltre che rispondente ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che dovrebbero connotare le decisioni giudiziali specie nell'applicazione di rimedi demolitori, ha ritenuto le fideiussioni in questione affette da sola nullità parziale che coinvolgerebbe unicamente le c.d. "clausole anticoncorrenziali"¹⁰, con salvezza del contratto per il resto.

⁷ Collegio Bologna, 16 febbraio 2021, n. 3873; 23 marzo 2021, n. 7911.

⁸ Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, 152; Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, 460 ss., con nota di RUGGIERI, *La Corte di cassazione e la "prova privilegiata" della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*.

⁹ Si riporta il passaggio argomentativo della Cassazione, cit.: «In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali, vietate dall'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte", comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscono la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza».

¹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Il caso.it*, 2019, ove si legge: «Le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidono sulla struttura e sulla causa del

3. La *vexata quaestio nullitatis* (totale o parziale) della fideiussione a valle dell'intesa restrittiva della concorrenza

È proprio sulla scia di tali ultime considerazioni che si sposta il *focus* ed il fulcro di questa relazione nella considerazione che la giurisprudenza dell'ABF, ben prima dell'ordinanza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021 n. 41994¹¹, ha affrontato il tema delle ripercussioni sul contratto fideiussorio concluso a valle dell'intesa censurata dalla Banca d'Italia, anticipando, in buona parte, quelle conclusioni che solo da poco sono state condivise dalle Sezioni Unite.

Ed infatti, con la nota decisione del collegio di coordinamento n. 14555 del 19 agosto 2020, l'ABF, pur dando per acquisito che la illiceità dell'intesa si comunichi al contratto a valle, del che, per quanto si dirà brevemente innanzi, si dubita, nel contempo decisamente esclude la nullità totale di esso evidenziando che, nel dettato dell'art. 1419, c. 1, c.c., il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento a un dato reale ma solo ad una congettura, che sfugge a ogni obiettivo accertamento, e dalla quale non può quindi dipendere la validità o invalidità del contratto. Ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., l'art. 1419 c.c. deve essere piuttosto interpretato teleologicamente, ossia in considerazione della sua ragione giustificativa, che è quella di conservare il contratto salvo che la modifica del contenuto sia tale da non giustificarne obiettivamente il mantenimento. Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti. Il criterio coincide, così, con quello previsto dall'art. 1420 c.c. per la nullità parziale in senso soggettivo. In altri termini, si deve ritenere che, qualora la nullità parziale del contratto "a valle" riguardi clausole accessorie, esso resti valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali, esso sia integralmente nullo, a meno che non siano previsti dalla legge strumenti per integrare la sua lacuna (ad es., secondo quanto prevede l'art. 1474 c.c. a proposito della vendita, ovvero l'art. 117, ult. comma, t.u.b. a proposito dei contratti bancari). A tali fini, le clausole contrattuali sono qualificabili come "accessorie" quando, ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c.". Giungendo alla conclusione che in base a tale criterio le clausole in questione «siano da qualificarsi come "accessorie", cosicché la loro nullità non si estende al resto del contratto», per la piana constatazione che la mancata apposizione delle stesse al contratto non avrebbe in alcun modo inciso

contratto, ovvero non pregiudicano gli interessi in gioco, non possono che comportare una declaratoria di nullità parziale relativa alle dette clausole e giammai una nullità in toto dell'intero contratto. La tutela della posizione dei garanti è solo in ragione della declaratoria di nullità parziale e del risarcimento del danno»; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, in *Pluris*; Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9354, *ivi*.

¹¹ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 821.

sull'oggetto che, comunque, sarebbe determinato o determinabile ai sensi degli artt. 1346 e ss. c.c.

Ebbene, a prescindere dalle obiezioni di cui si farà cenno appresso, circa la discutibile consequenzialità logico-giuridica della nullità del contratto a valle rispetto all'intesa vietata, è invero difficile non condividere appieno gli argomenti portati dal Collegio di coordinamento a sostegno della decisione menzionata, quanto alla nullità solo parziale e non certo totale delle fideiussioni *omnibus* in oggetto.

Ed infatti, va considerato: a) che le clausole in questione sono senz'altro da considerarsi come "accessorie" giacché, ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile); b) che la rimozione delle predette clausole nulle non incide sulla perdurante utilità del contratto di fideiussione; c) che, pertanto, la fideiussione in questione, deprivata delle clausole nulle, conserva gli elementi strutturali e funzionali che lo connotano; d) che anche a voler guardare alla volontà ipotetica delle parti, adottando così un criterio soggettivo di valutazione, si è efficacemente osservato¹² che è agevole presumere che se il fideiussore «ha concluso il contratto con clausole a lui sfavorevoli, a maggior ragione avrebbe concluso quello stesso contratto depurato di dette clausole, essendo per il resto interessato a fornire la garanzia al fine di propiziare la concessione del finanziamento al debitore principale».

Parimenti guardando alla c.d. volontà ipotetica della banca non può che convenirsi con chi ritiene¹³ che sebbene sia difficile dubitare che la banca avrebbe preferito avere una garanzia più forte a sostegno del finanziamento erogato, ciò nondimeno «avrebbe concluso il contratto di fideiussione anche senza le clausole in questione, rimanendo integra per essa la sostanziale funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione del debitore principale assicurata dagli altri obblighi assunti dal fideiussore (cfr. artt. 1, 3, 4, 7 e 10 dello schema ABI), integrati dalla disciplina codicistica della fideiussione».

D'altra parte non è un caso che nel provvedimento della Banca d'Italia, in funzione di Autorità Garante, siano state considerate illecite le sole tre clausole innanzi richiamate non già l'intero modello negoziale suggerito dall'ABI.

Ed allora, nella considerazione di tutto quanto sopra, la nullità totale della fideiussione, nella fattispecie in questione, appare, a parere di chi scrive, una conseguenza irragionevole ed abnorme¹⁴, il che non è sfuggito anche a taluna recente giurisprudenza di merito che, molto efficacemente, anticipando l'arresto delle Sezioni Unite, ed applicando con correttezza i criteri della proporzionalità del rimedio e della ragionevolezza nell'interpretazione dell'art. 1419, c. 2, c.c., con riferimento alla fattispecie di che trattasi, ha sottolineato che «la soluzione della

¹² STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, in *Jus civile*, 2020, 286 ss.

¹³ STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, cit., 288.

¹⁴ Sul punto cfr., anche, le condivisibili considerazioni di RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 e ss. e, specificamente, 599 e ss.

nullità generale del singolo contratto di fideiussione sarebbe viziata da illogicità, risultando una sanzione non proporzionata rispetto al contenuto decisionale dei provvedimenti 14251 dell'AGCM e n. 55 del 2.5.2005 di Banca d'Italia, posto che si sanzionerebbe in modo maggiormente grave il contratto 'a valle' tra il consumatore e la banca (nullità totale) dell'intesa 'a monte' tra le banche»¹⁵.

4. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione omnibus a valle

Nonostante si condivida che nella fattispecie possa configurarsi la sola parzialità del rimedio demolitorio come individuato dalla Sezioni Unite ed in precedenza dall'ABF, tuttavia ciò che continua a lasciare perplessi è proprio il processo argomentativo e logico posto a sostegno della dichiarata nullità, totale o parziale che sia, del contratto a valle dell'intesa anticoncorrenziale come ribadito dalle Sezioni Unite e, in sostanza, dato quasi come scontato dalla citata pronuncia del Collegio di coordinamento.

Sul punto merita spendere qualche succinta considerazione che prende spunto dalle critiche provenienti non solo da parte della dottrina ma anche da taluna giurisprudenza di merito come di legittimità che escludono l'effetto dirimente della nullità (totale o parziale) del contratto a valle ritenendo che l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo all'intesa anti-concorrenziale, che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, possa essere esclusivamente quella risarcitoria¹⁶.

Conclusioni, quest'ultima, peraltro, ripresa e condivisa dalla Procura Generale della Corte di Cassazione che, proprio in riferimento al giudizio pendente presso le Sezioni Unite, aveva depositato le proprie conclusioni e aveva auspicato che le Sezioni Unite enunciassero il seguente principio di diritto: « dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: *i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito - previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante*

¹⁵ Trib. Pavia, 5 febbraio 2020, n. 184, in *Banca dati Pluris* 2020.

¹⁶ Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Riv. dir. industriale*, 2020, II, 103; così Trib. Treviso, 26 luglio 2018 e Trib. Treviso, 30 luglio 2018; Trib. Verona, 27 settembre 2018 e Trib. Verona, 1 ottobre 2018; Trib. Bergamo, 25 giugno 2019; Trib. Napoli, 17 ottobre 2019; Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019; Trib. Velletri, 20 gennaio 2020; Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020; Trib. Bergamo, 14 luglio 2021. Per la dottrina, tra gli altri, RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 599.

dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa»¹⁷.

A sostegno dei forti dubbi che si nutrono circa la correttezza delle argomentazioni addotte a sostegno della natura derivata della nullità del contratto a valle, in quanto sbocco dell'intesa anticoncorrenziale vietata, si rileva quanto segue: anzitutto appare non sostenibile la tesi della nullità del contratto "a valle" per violazione di norma imperativa *ex art. 1418 co.1 cc.*; infatti, affinché possa affermarsi la nullità negoziale per violazione di norme poste a presidio di interessi generali, e, perciò, inderogabili dall'autonomia privata, è necessario che dette norme disciplinino direttamente elementi intrinseci alla fattispecie negoziale o che quantomeno vietino direttamente una determinata negoziazione.

Ebbene, se si condivide quanto innanzi è agevole rilevare che la proibizione dettata dalla Legge *Antitrust* non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali "a valle", bensì condanna esclusivamente un comportamento che si pone a monte di questi atti. Coerentemente, la sanzione della nullità prevista dall'art. 33 L. 287/90, riguarda esclusivamente le intese restrittive tra imprese, mentre nulla dice riguardo ai contratti che, sulla base di dette intese, siano stati conclusi con terzi. Di conseguenza estendere a questi ultimi l'effetto demolitorio della nullità equivale a creare, in via interpretativa, *ope iudicis*, una norma proibitiva/imperativa non scritta che estenda ai contratti a valle un divieto espresso esplicitamente solo nei confronti delle "intese" a monte di essi, con buona pace della certezza del diritto e dei principi generali del nostro ordinamento che pongono la nullità negoziale quale eccezionale rimedio all'esercizio dell'autonomia privata.

Né vale a superare le considerazioni critiche fin qui sviluppate l'argomentazione ricorrente secondo cui nella fattispecie sarebbe configurabile una *ipotesi di c.d. nullità derivata*, in quanto il contratto finale tra imprenditore ed utente, costituirebbe il compimento il *cd. sbocco dell'intesa anti-competitiva tra imprenditori, rappresentandone la sua realizzazione finale, sul presupposto di uno strettissimo collegamento tra l'intesa restrittiva a monte ed il contratto a valle.*

Orbene sul punto è agevole replicare che, ai fini della configurabilità di un collegamento negoziale in senso tecnico debbono ricorrere sia il requisito oggettivo (costituito dal nesso teleologico tra i negozi), sia il requisito soggettivo (costituito dal comune intento delle parti di volere il coordinamento tra i negozi, per la realizzazione di un fine ulteriore). Dunque, è necessaria l'identità soggettiva

¹⁷ La stessa giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2755) aveva, d'altra parte, sancito che «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'Autorità antitrust ai sensi dell'art. 21. n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti» (Analogamente: Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 325; T.A.R. Lazio, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906 ss.; Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 87).

tra le parti dei due accordi, oppure è necessaria la consapevole adesione del contraente del contratto dipendente all'accordo che lo pregiudicherebbe (rispetto al quale egli è terzo). In assenza dei descritti elementi, un contratto che presenti i requisiti di validità previsti dalla Legge e non persegua in sé una causa illecita, non può ritenersi invalido, soltanto in dipendenza dell'invalidità di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi, che integra una *res inter alios acta*.

Come opportunamente rilevato in un recente arresto giurisprudenziale sul tema¹⁸, sebbene antecedente alla decisione delle Sezioni Unite, «*I contratti tra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti. In altri termini, la circostanza che l'impresa collusa uniformi le manifestazioni della propria autonomia privata al programma anti-concorrenziale, non è sufficiente per privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica. In definitiva, anche volendo ammettere che l'istituto di credito persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo (anti-concorrenziale) di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extra-profitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse, che si esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere*».

È proprio in ragione dei riferiti passaggi argomentativi che da un lato si coglie il salto logico e la debolezza che, a parere di chi scrive, connota la tesi della cd. nullità derivata, dall'altro trova conferma l'opportunità di delineare un possibile diverso percorso logico per giungere comunque alla nullità delle clausole in questione relativamente al contratto a valle, ma sulla base di un'argomentazione che, a parere di chi scrive, è più stringente e, soprattutto, appare più rispondente al dato positivo ed al rigore dei principi del nostro sistema giuridico.

Ebbene, le clausole oggetto del modello ABI applicate alle fideiussioni *omnibus* stipulate per così dire a valle dell'intesa sono tutte in deroga a norme dispositive. Il testo delle predette fideiussioni è ovviamente predisposto dalle banche ed imposto ai sottoscrittori/fideiussori a garanzia di un finanziamento erogato nei confronti di un soggetto/ente.

Come si è avuto occasione più volte di ribadire¹⁹, non ogni deroga alla norma dispositiva può dirsi legittima, specie laddove, come nella fattispecie, il testo negoziale sia frutto di imposizione al contraente da parte del predisponente. Ed infatti, il diritto dispositivo, sebbene non veicoli in se stesso ragioni di ordine pubblico, risponde, tuttavia, spesso a scelte precise del legislatore sui criteri di opportunità, efficienza e giustizia nella distribuzione dei rischi e dei poteri nei contratti²⁰.

Criteri ai quali non sarà legittimo derogare, specie nelle condizioni generali di

¹⁸ App. Napoli, 13 gennaio 2020, n. 92, in *Ex Parte Creditoris*.

¹⁹ Per maggiori approfondimenti si rinvia a MONTICELLI, *Il ruolo ambivalente della norma dispositiva nel contratto*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 5 ss.

²⁰ Sul punto, analogamente, le approfondite considerazioni di CALVO, *Il negozio giuridico. Saggi*, Bari, 2022, 106 ss., ma cfr., anche, DELFINI, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, in MANTUCCI - PERLINGIERI - D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017- 2018*, Napoli, 2021, 895 ss.

contratto ed in presenza di una asimmetria di potere negoziale tra le parti, laddove la deroga imposta dal predisponente, ben lungi dal rispondere ad una maggiore razionalizzazione dell'attività contrattuale, od a ragioni obiettive, abbia, quale solo fine, quello di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del contratto a vantaggio esclusivo di tale contraente, esprimendo così, di per sé, da un lato, una lesione della altrui libertà contrattuale, dall'altro un abuso della autonomia privata.

Nella ricorrenza di tali ipotesi, infatti, il giudizio sulla convenienza/sconvenienza del contratto, è solo in teoria di spettanza delle parti, in realtà esso è negato al non predisponente specie laddove il bene e/o il servizio oggetto del contratto non può essere da questi acquisito sul mercato con apprezzabili offerte alternative, in termini di disciplina del rapporto negoziale.

E, così, appare invero irrealistico e non conforme ai principi generali del nostro sistema giuridico sostenere l'insindacabilità da parte del giudice del contenuto del contratto sulla base della considerazione, elevata quasi a postulato, che essendosi le parti accordate per derogare al diritto dispositivo, il giudizio circa la convenienza o meno del contratto «rimane, ..., di spettanza pressoché esclusiva delle parti e ciò implica che il giudice di fronte a diritti disponibili deve rimanere imparziale»²¹.

È evidente, infatti, che una tale conclusione sarebbe forse accettabile solo se la parte non predisponente fosse divenuta liberamente, cioè non indotta da una necessità, alla conclusione del contratto e solo se possa trovare sul mercato offerte differenziate non solo sotto il profilo economico (che, invero, non appare il più rilevante) bensì sotto il profilo della regolamentazione del contratto. Ove ciò sia negato, come è avvenuto per le fideiussioni *omnibus* di che trattasi, non v'è alcuna libera determinazione del non predisponente bensì si assiste ad un palese abuso dell'autonomia contrattuale da parte del predisponente, al quale, come si è giustamente affermato, «il giudice è chiamato a porre rimedio»²².

Se si condivide quanto sopra e si applicano tali considerazioni alla fattispecie in questione sembra potersi linearmente dedurre la nullità delle clausole contenute nel modello ABI ma non già perché sbocco dell'intesa anticoncorrenziale ma perché esse, in ragione di quell'intesa che non consente offerte differenziate sul mercato, si risolvono in un esercizio abusivo dell'autonomia negoziale.

L'adozione delle clausole conformi al modello ABI rappresenta, dunque, una deroga, da parte della banca predisponente, al diritto dispositivo²³: deroga contraria ai canoni di buona fede, quale specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale, imposti dall'art. 2 della Carta Costituzionale, imposta al fideiussore dalla banca al solo fine di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del

²¹ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 251.

²² AMADIO, *Il terzo contratto, il problema*, in GITTI - VILLA (a cura di), *Il terzo contratto, L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 16.

²³ Sul punto vedi, però, in senso contrario RENNA, *La fidejussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 602.

contratto a proprio vantaggio esclusivo.

In ragione di ciò dette clausole contrattuali devono considerarsi nulle perché direttamente confliggenti con le predette norme, espressioni di principi generali dell'ordinamento, e, quindi, con l'art. 1322, c. 1, c.c.

4. Ulteriore questione affrontata dai Collegi e rinveniente dalla ritenuta nullità parziale dei contratti di fideiussione *omnibus* in questione, concerne l'ammissibilità o meno di una declaratoria di ufficio di nullità parziale nell'ipotesi in cui il ricorrente abbia chiesto sia accertata la nullità totale della fideiussione.

La questione, com'è noto, non è nuova ed ha impegnato dottrina e giurisprudenza in un lungo ed acceso confronto giacché potrebbe prospettarsi nella fattispecie un vizio della decisione per ultrapetizione, sussistendo una difformità tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.), in violazione del principio della domanda (art. 99 c.p.c.). La questione è stata affrontata, a quanto consta, in una sola decisione dell'Arbitro²⁴ che, invero, troppo sbrigativamente, liquida l'eccezione, sollevata dall'intermediario resistente, affermando che «il disposto dell'art. 1421 c.c. - e, segnatamente, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità - esclude il preteso vizio di ultrapetizione».

In realtà, come evidenziato dal sottoscritto già in un risalente scritto pubblicato nel 1995²⁵, il problema in questione è sopravvalutato e può essere agevolmente risolto contemperando esigenze di diritto sostanziale con il pieno rispetto delle regole processuali sopra citate, la cui finalità è essenzialmente quella, pregnante del nostro sistema processuale, di assicurare nel processo il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Finalità effettivamente messa in discussione ogni qual volta il giudice, nell'esercizio dei poteri officiosi, emetta una sentenza cd "a sorpresa", senza avere preventivamente al *decisum* sollecitato sulla *quaestio nullitatis* il dibattito delle parti. E ciò ben potrebbe verificarsi non solo nell'ipotesi in cui la declaratoria di nullità del contratto sia pronunciata d'ufficio a fronte di una domanda di risoluzione o di annullamento o di rescissione di quel contratto, ma, altresì, nel caso in cui alla domanda di nullità totale faccia seguito una declaratoria di nullità parziale. Appare innegabile, infatti, che, anche in tal caso, vi è una diversità tra il chiesto ed il pronunciato ed il giudice finisca per operare una sostituzione non richiesta, decidendo su una questione che differisce da quella oggetto della domanda proposta per il *petitum* e la causa *petendi*. Se nel 1995 il sottoscritto richiamava, a soluzione del problema, la necessità dell'applicazione da parte del giudice dell'art. 183, c. 2, c.p.c., nell'allora vigente formulazione, evidenziando, alla stregua della citata norma del codice di rito, la sussistenza di un potere-dovere del giudice di stimolare il dibattito sulle questioni pregiudiziali sollevate d'ufficio, oggi, come evidenziato anche dalle Sezioni Unite nella nota decisione n. 14828 del 2012, le modifiche apportate all' art. 101 c.p.c. dalla l. n.

²⁴ Collegio Roma, 29 aprile 2021, n. 11178.

²⁵ MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 238 ss.; ID., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 295 e ss.

69 del 2009 consente di spazzare via le perplessità in tema di extrapetizione. Ed infatti, l'art. 101, cit., impone al giudice che si sia riservato la decisione, e che ritenga di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sull'argomento. In questo senso, d'altra parte, si sono correttamente espresse le SS.UU., proprio con riferimento alla fattispecie che qui ci occupa, allorché condivisibilmente sanciscono che a presidio del principio processuale della domanda «il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito dell'indicazione ufficiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo»²⁶.

C'è da chiedersi se le predette considerazioni possono appieno riproporsi nel cd. "giudizio" innanzi all'Arbitro bancario e finanziario, considerate le peculiarità che lo connotano.

5. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione *omnibus* a valle

La giurisprudenza dell'Arbitro non affronta, perché a quanto consta non investita della questione, il tema consequenziale dell'integrazione del contratto di fideiussione *omnibus* all'esito della declaratoria di nullità parziale delle clausole incriminate.

La questione, com'è evidente, non è affatto marginale per le conseguenze che comporta.

In proposito, già prima dell'arresto delle Sezioni Unite, evidenziavo che il contenuto del contratto, all'esito della declaratoria di nullità parziale, dovrà trovare automatica integrazione nelle norme dispositive derogate dalle clausole in questione²⁷. E, perciò, negli artt. 1939, 1945, 1957 c.c. che andranno ad integrare il contenuto del contratto ristabilendo quel punto di equilibrio indicato dal legislatore nella contrapposizione degli interessi in gioco, pregiudicato dall'uso distorto, o, se si vuole, abusivo dell'autonomia privata concretatosi nell'aver prestato adesione e/o comunque usufruito dell'intesa illegittima.

L'integrazione dispositiva potrebbe comportare anche significative ricadute immediate in favore del fideiussore laddove, ad esempio, ripristinatasi la regola contenuta nell'art. 1957 c.c. all'esito della declaratoria della nullità della clausola che ad essa deroghi, si accerti che la banca, confidando proprio sulla validità della

²⁶ Analogamente Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Giust. civ. mass.*, 2014.

²⁷ Sia dato rinviare, per maggiori approfondimenti, a MONTICELLI, *Il ruolo ambivalente della norma dispositiva nel contratto*, cit., 28 ss.

clausola in deroga a detto articolo, sia decaduta da ogni diritto nei confronti del fideiussore in quanto sia rimasta inerte non coltivando giudizialmente e tempestivamente la propria pretesa creditoria nei confronti del debitore principale a fare data dalla scadenza dell'obbligazione cui questi era tenuto.

Tuttavia evidenziavo, anche, che la conseguenza in questione, invero, trova una rilevante attenuazione nel caso in cui la garanzia prestata in favore della banca non sia riconducibile al tipo fideiussorio quanto piuttosto ad un contratto autonomo di garanzia. Il che è quanto accade pressoché sempre per le fideiussioni *omnibus* di cui si discute. Ed infatti, è noto che la regola di cui all'art. 1957 c.c. si spiega proprio in ragione del connotato di accessorietà che caratterizza la fideiussione, connotato non rinvenibile laddove ci si trovi dinanzi ad una garanzia autonoma.

Non è un caso che la giurisprudenza, in più occasioni, abbia significativamente evidenziato che «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»²⁸.

Detto orientamento giurisprudenziale è condivisibile ed, invero, riduce non poco la portata della declaratoria di nullità parziale, secondo quanto sopra detto, della garanzia personale stipulata a valle dell'intesa ritenuta anticoncorrenziale, in violazione dell'art. 2, c. 3, l. 287/1990: ed infatti, nella pratica, le garanzie personali prestate in favore delle banche, secondo il predetto schema ABI, sono tutte “a prima richiesta” e, perciò, senz'altro da ritenersi autonome specie se si tiene conto del più recente approdo ermeneutico della Cassazione secondo cui il carattere autonomo della garanzia per lo più consegue ogni qual volta sia previsto il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni²⁹.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2017, n. 22346, in *Giust. civ. mass.*, 2017, in senso contrario vedi, però, Cass., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825, in *Notariato*, 2016, 601; Trib. Monza, sez. I, 23 gennaio 2019, in *Pluris*.

²⁹ Cass., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4717, in *CED Cassazione*, 2019.

**LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE A VALLE DI
INTESE VIOLATIVE DELLA NORMATIVA *ANTITRUST*.
LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE^o**

Antonio Valitutti

Presidente di sezione della Corte Suprema di Cassazione

Il presente contributo intende approfondire la tematica del rapporto tra intesa antitrust e fideiussione omnibus conforme allo schema predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana. Particolare attenzione viene data alla sentenza n. 41994 del 2021 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

This contribution aims to investigate the relationship between competition law and omnibus guarantees compliant with the scheme prepared by the Italian Banking Association. The author pays particular attention to sentence n. 41994 of 2021 of the United Sections of the Supreme Court of Cassation, highlighting the systematic aspects.

Sommario:

1. La vicenda processuale
2. La legge *antitrust* e l'intervento della Banca d'Italia
3. La normativa nazionale ed europea di riferimento
4. La tutela del privato nel formante giurisprudenziale
5. La mancata partecipazione dell'impresa bancaria o assicurativa all'intesa vietata a monte nella lettura giurisprudenziale
6. Le opinioni della dottrina. La tesi della nullità totale della fideiussione a valle dell'intesa *antitrust*
7. Segue. La tesi della nullità parziale
8. Segue. La tesi risarcitoria
9. L'opzione delle Sezioni Unite
 - 9.1. L'insufficienza della tutela risarcitoria
 - 9.2. Il modello di tutela della nullità parziale
 - 9.3. La nullità derivata della fideiussione a valle dell'intesa vietata
 - 9.4. L'esclusione della nullità totale della fideiussione a valle
10. Le conseguenze dell'opzione interpretativa in esame
11. Conclusioni

^o Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. La vicenda processuale

La società Albatel stipulava con 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. Con diverse, successive, raccomandata, l'ultima delle quali in data 24 febbraio 2010, l'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto.

Il Tribunale di Torino, su ricorso della banca, in data 8 agosto 2011, emetteva decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del Bosco al pagamento – in relazione alle due fideiussioni – delle somme di Euro 56.795,37 e di Euro 50.385,34. Nei confronti del provvedimento monitorio l'intimato proponeva rituale opposizione, a norma dell'art. 645 cod. proc. civ., ma il giudizio veniva sospeso – su istanza dell'opponente – ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., avendo il medesimo instaurato, nelle more del procedimento di opposizione, altro procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma.

Con atto di citazione notificato il 23 novembre 2011, Giacinto Bosco aveva, invero, evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi dell'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (nel testo applicabile *ratione temporis*), Intesa Sanpaolo s.p.a., chiedendo dichiararsi radicalmente nulli, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, i contratti di fideiussione del 22 aprile 2004 e del 13 giugno 2006, e per l'effetto dichiararsi che nulla era dovuto dal Bosco all'istituto di credito convenuto, del quale chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni subiti, nonché alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia. In via subordinata, il Bosco chiedeva dichiararsi la nullità, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti di Alcatel, a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 1957 c.c. Osservava, invero, l'attore che la banca convenuta aveva depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi previsto dalla norma succitata dall'ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti.

Costituitasi la banca, con sentenza n. 3746/2016 dell'11 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma così provvedeva: a) dichiarava la nullità, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa; b) condannava Italfondiaro s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., al pagamento in favore di Giacinto Bosco, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi legali dalla

pubblicazione della sentenza al soddisfo; c) ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del Bosco alla Centrale Rischi della Banca d'Italia. Avverso tale pronuncia Italfondario s.p.a., nella qualità di procuratore di Intesa Sanpaolo s.p.a., proponeva ricorso per cassazione, al quale l'intimato Giacinto Bosco resisteva con controricorso e con memoria.

Con ordinanza interlocutoria n. 11486/2021, la Prima Sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, rilevava che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, si ravvisa una pluralità di opinioni in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi – in sostanza – delineate tre soluzioni: a) *nullità totale* del contratto a valle; b) *nullità parziale* di tale contratto, ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) *tutela risarcitoria*. La sezione ha, pertanto, rimesso la controversia – ritenendo che la questione che ne costituisce oggetto, rivestendo un particolare valore nomofilattico, rappresenti una questione di massima di peculiare importanza, anche in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie – alle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, ai sensi dell'art. 374 c.p.c.

2. La legge *antitrust* e l'intervento della Banca d'Italia

A norma dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990: «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; [...]. 3. Le intese vietate sono *nulle ad ogni effetto*».

Nell'ottobre del 2002, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che – prima della diffusione tra gli istituti di credito – fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, la quale, nel novembre 2003, avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità dello schema contrattuale di «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza. A tal fine, la Banca d'Italia interpellò – in via consultiva – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale – nel parere n. 14251 – ebbe ad evidenziare come la disciplina della «fideiussione omnibus», di cui allo schema predisposto dall'ABI, presentava clausole idonee a restringere la concorrenza, poiché suscettibili – in linea generale – «di determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito», nonché, nei casi di fideiussioni a

pagamento, «di accrescere il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore».

I rilievi critici dell’Autorità Garante riguardarono, in particolare, le clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale, e precisamente: a) la cd. «*clausola di reviviscenza*», secondo la quale 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» (art. 2); b) la cd. «*clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 cod. civ.*», in forza della quale «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» (art. 6); c) la cd. «*clausola di sopravvivenza*», a termini della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

Sulla scorta di tale parere, e rilevato che dall’istruttoria espletata era emerso che diverse banche avevano ormai adottato lo schema predisposto dall’ABI, e che dai dati raccolti era altresì risultato che la maggior parte delle clausole esaminate fosse stata ritenuta dalle banche applicabile anche ai contratti stipulati da soggetti privati, in qualità di fideiussori, la Banca d’Italia ha emesso il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005. Tale provvedimento ha disposto, in conclusione: «a) 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, c. 2, lettera a), della legge n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza».

A seguito di tali fatti, si è – pertanto – posta, nel giudizio de quo, la questione, rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, circa gli effetti che sulle fideiussioni stipulate a valle tra Intesa Sanpaolo e Giacinto Bosco, abbia prodotto l’illecito antitrust rilevato, a monte, dal provvedimento della Banca d’Italia, ovvero se, nel caso di fideiussioni rilasciate dal cliente della banca, nelle quali siano state inserite le predette clausole, la cui natura anticoncorrenziale è stata accertata dall’Autorità competente, al garante spetti una tutela «*reale*», ossia a carattere «*demolitorio*», oppure una tutela esclusivamente «*risarcitoria*».

3. La normativa nazionale ed europea di riferimento

Occorre muovere dal rilievo – dal quale ha preso le mosse la decisione delle Sezioni Unite, della quale si dirà in prosieguo – secondo cui se è pur vero, ai sensi dell’art. 41, c. 1, Cost., che «l’iniziativa economica privata è libera», tuttavia è anche vero che la stessa norma si preoccupa di precisare, al c. 2, che «non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale», mentre al c. 3 soggiunge che «la legge determina i

controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». In forza della previsione costituzionale, pertanto, la «concorrenza» tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'impresе. Di qui l'introduzione, in pressoché tutti i Paesi occidentali, della disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali.

Al bilanciamento tra le giustapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione della iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori – quali soggetti del mercato al pari degli imprenditori – ha provveduto, quindi, in Italia, la l. antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990, il cui art. 2 considera – come si è visto – vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare – in qualsiasi forma e in maniera sostanziale – il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. La medesima norma – come dianzi detto – al c. 3 stabilisce che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

L'art. 1418 c.c. (rubricato «cause di nullità del contratto») prevede – sul piano generale – che «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente (c. 1)». «Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa [art. 1343 c.c.], la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 c.c. e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346 (c. 2)». «Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (c. 3)».

L'art. 1419 c.c. (rubricato «nullità parziale») afferma, inoltre, che «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (c. 1)». «La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (c. 2)».

Sul piano della normativa europea, viene, poi, in considerazione l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario 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*».

4. La tutela del privato nel formante giurisprudenziale

Tale essendo il quadro normativo – interno ed europeo – di riferimento, va, tuttavia, osservato che il formante giurisprudenziale in materia è quanto mai variegato ed articolato, e non offre soluzioni univoche.

Una prima decisione sul tema ha, nondimeno, effettuato talune importanti precisazioni, sulle quali dovrà ritornarsi in prosieguo. Si è, per vero, anzitutto rilevato che una intesa che consenta ad uno dei suoi autori di appropriarsi dei momenti decisionali che provvedono alla strategia ed anche all'ordinaria conduzione di altra impresa concorrente è suscettibile di essere assunta nella griglia delle proibizioni di cui all'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287. Il «mercato» – infatti –, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica, presuppone l'esistenza di soggetti economici realmente tali, ovvero in grado di esercitare i diritti di libertà in questione. Deve perciò trattarsi di soggetti effettivamente responsabili delle scelte di impresa ad essi formalmente imputabili, giacché la nozione di "mercato libero" presuppone che il gioco della concorrenza – per adoperare l'espressione della legge – venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi. Si è, dipoi, affermato che l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (cosiddetta legge «antitrust»), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le «intese» fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha voluto riferirsi solo alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluto». Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, 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. Tale distorsione ben può essere il frutto anche di comportamenti «*non contrattuali*» o «*non negoziali*». Si rende – così – rilevante qualsiasi tipo di condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a *schemi giuridici* [n.d.r. come nel caso oggetto del giudizio in questione] meramente «*unilaterali*».

Si è, quindi, soggiunto che l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 non stabilisce che solo le «intese» cosiddette «verticali» possano dare luogo a distorsioni della concorrenza, né può sostenersi che una «intesa orizzontale non possa dare luogo a comportamento sanzionabile ai sensi della suddetta disposizione se non si traduca altresì nell'abuso di cosiddetta «posizione dominante», previsto dal successivo art. 3. Ciò che infatti rileva è che tutti i comportamenti, ancorché si traducano in liberi accordi tra soggetti che operano allo stesso livello di mercato, se incidono sulla libertà economica delle imprese del settore, danno luogo ad un cartello. Da ciò consegue che il profilo per cui un accordo tra imprese non abbia presupposto meccanismi di coercizione e non comporti effetti vincolanti nel senso comunemente attribuito ai contratti intesi quali

fonti di obbligazioni, non è sufficiente a sottrarlo alla qualifica di "intesa", la cui illiceità deriva – anzitutto – dall'oggetto o dall'effetto anticoncorrenziale¹.

Una successiva decisione in materia ha affrontato lo specifico tema delle tutele azionabili dal privato, cliente della banca, che abbia stipulato un contratto di fideiussione che riproduca, in tutto o in parte, il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della succitata normativa antitrust, escludendo in radice la legittimazione del consumatore finale a proporre una qualsiasi forma di azione, spettando tale legittimazione solo alle imprese danneggiate dall'intesa².

Una terza pronuncia, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha, tuttavia, ristretto la tutela alla proponibilità della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale³.

La svolta decisiva è segnata in materia – in termini di maggiore tutela dei privati – da una sentenza delle Sezioni Unite, secondo la quale la l. 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 all'art. 33 della l. n. 287 del 1990, 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. Va rilevato, al riguardo, che le Sezioni Unite – pur non affrontandola ex professo – hanno, tuttavia, operato un importante riferimento, in motivazione, alla problematica concernente il contratto stipulato a valle dell'intesa vietata. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che «il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione

¹ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827.

² Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475.

³ Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384.

del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo «*collegamento funzionale*» con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile». In altri termini – stante il «*collegamento funzionale*» con la volontà anti-competitiva a monte – ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale⁴.

5. La mancata partecipazione dell'impresa bancaria o assicurativa all'intesa vietata a monte nella lettura giurisprudenziale

Una problematica particolare – non affrontata dalle Sezioni Unite, atteso che la fattispecie che le investiva era relativa ad un contratto stipulato da un'assicurazione che aveva partecipato all'intesa vietata – concerne, peraltro, il caso – oggetto, invece, del giudizio di cui alla pronuncia in esame – in cui, sebbene l'impresa (assicurativa o bancaria), che ha stipulato un contratto a valle con il consumatore, non abbia partecipato all'intesa a monte, dichiarata nulla dall'autorità di vigilanza, tuttavia detto contratto recepisce, in tutto o in parte, il contenuto dell'intesa vietata.

Al problema la più recente giurisprudenza di legittimità – successiva all'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite succitato – non ha dato risposte uniformi ed univoche, sebbene l'indirizzo prevalente è senz'altro orientato ad ammettere la «*tutela reale*», a fianco di quella risarcitoria.

Particolare importanza riveste – giacché attiene alla medesima vicenda che ha costituito oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite, della quale ci si occupa in questa sede, benché concernente il rapporto di fideiussione intercorso tra il Bosco ed una banca diversa da Intesa Sanpaolo – una decisione con la quale la Corte ha richiamato, e fatto proprio, il menzionato precedente di cui a Cass. n. 827/1999, laddove ha affermato che la distorsione della concorrenza ben può essere posta in essere anche mediante comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tal modo – osserva in motivazione la Corte – diventa, difatti, rilevante «qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «unilaterali». Da ciò consegue che, allorché l'articolo 2 l. n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», non ha voluto dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». È evidente, pertanto, che – in tal modo – la pronuncia in esame si pone

⁴ Cass., Sez. Un, 4 febbraio 2005, n. 2207.

nell'ottica della *nullità complessiva e totale*, sia della intesa a monte (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione a valle.

La sentenza afferma, infine, che l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990, si applica a 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 mercato⁵.

Altre pronunce si sono poste, invece, nell'ottica della nullità parziale, ex art. 1419 c.c., della fideiussione a valle dell'intesa vietata, limitatamente, cioè, alle clausole che riproducono le clausole nn. 2, 6 e 8 dell'intesa vietata a monte. La nullità integrale del contratto in conseguenza della nullità di singole clausole si determinerebbe – secondo tale indirizzo – solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; «il che – nella specie – è da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca»⁶.

6. Le opinioni della dottrina. La tesi della nullità totale della fideiussione a valle dell'intesa *antitrust*

Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, va osservato che la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina. Un primo gruppo di opzioni dottrinali si colloca sul versante della «*nullità totale*» delle fideiussioni a valle dell'intesa a monte vietata dalla legge antitrust.

In tale ambito, una prima tesi è nel senso che la nullità delle intese anticoncorrenziali, ai sensi dell'art. 2, c. 2, lett a) e c. 3 della l. n. 287 del 1990, comporta che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi *integralmente nulle* per «*nullità derivata*» e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte. In tal senso si rileva che il collegamento funzionale in parola si tradurrebbe in un vero e proprio «*collegamento negoziale*» tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*. I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica «*complessivamente illecita*», sicché la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe *tout court* anche ai contratti che a questa danno attuazione⁷.

Altri autori – sempre nell'ambito dello stesso indirizzo – hanno ritenuto, invece, che la nullità della fideiussione a valle deriverebbe dalla *illiceità della causa* della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c., giacché tale negozio realizzerebbe una

⁵ Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810. Nella medesima prospettiva della nullità totale si pone anche Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 6523.

⁶ Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044; Cass., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3556.

⁷ DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 226 ss.; ID., *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, 156 ss.; GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449 ss.

funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali, ovvero dovrebbe essere – quanto meno – considerato come stipulato in frode alla legge⁸.

Secondo una terza impostazione si tratterebbe, invece, di *illiceità dell'oggetto*, ravvisato quest'ultimo nel «prezzo» – comprensivo di tutte le condizioni contrattuali che concorrono a formarlo – con la conseguenza che, nei limiti in cui il contratto «a valle» assorbe, nella sua interezza ovvero all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione «a monte», l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato (vietato) cui l'intesa è diretta, con conseguente nullità del negozio fideiussorio ex artt. 1418, c. 2 e 1346 c.c.. In altri termini, «l'oggetto che nasce illecito nel primo contratto che dà corso alle intese, tale rimane lungo l'intera catena negoziale, comunque fino a quando i contratti a valle, di qualunque grado, subiscano gli effetti delle intese vietate: una volta affetto da illiceità, così esso perviene fino all'ultimo anello della catena»⁹.

Altri autori ancora – sempre nell'ambito della tesi della nullità assoluta – ritengono che la nullità in questione sarebbe non testuale, ma *virtuale*, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli artt. 1941, 1939 e 1957 c.c. sarebbero singolarmente derogabili, nondimeno la loro deroga cumulativa – in quanto si tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato – verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'art. 2, c. 2, lett. a), dando luogo all'integrale nullità del contratto¹⁰.

Tutte le tesi innanzi esposte hanno, quale comune denominatore, la considerazione per cui, a fronte della violazione – sia essa derivata o diretta – della normativa antitrust, l'unica reazione possibile, da parte dell'ordinamento, consisterebbe nella radicale – ed integrale – nullità della fideiussione, non avendo altrimenti senso affermare la nullità dell'intesa e, al contempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione¹¹. Si osserva, in altri termini, che ogni soluzione che si limitasse ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il solo vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (sanzionando, altresì, i colpevoli

⁸ Il contratto «a valle» rappresenterebbe, cioè, lo strumento atto a consentire alle singole imprese di eludere il divieto fissato dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990. In tal senso SCALISI, *Nullità e inefficacia, nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 492. Più radicale la tesi proposta da UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, 428 ss., che considera i singoli contratti «a valle» all'interno dell'intesa.

⁹ CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 1165 ss.

¹⁰ GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss.

¹¹ STELLA, *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, in *Contr.*, 2020, 385 ss., il quale osserva che «la sanzione della nullità dell'intesa sarebbe priva di effettività e risulterebbe inutile qualora non potesse estendersi anche ai singoli contratti che costituiscono sostanziale esecuzione dell'intesa "a monte" dichiarata illecita. Sarebbe, in sostanza, un paradosso ritenere che la l. n. 287/1990 abbia voluto eliminare, con la previsione di nullità, l'intesa a monte anticoncorrenziale e contestualmente lasciare integri quei contratti che diano esecuzione all'intesa, dando vita a un reale mercato anticoncorrenziale».

partecipanti), ma lasciasse sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, in termini di contratti stipulati «a valle», sarebbe poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale, che sono propri del diritto antitrust. Tale diritto tutela, per vero, l'interesse generale all'esistenza di mercati efficienti e non contaminati dal gioco degli accordi di cartello, il quale rappresenta un interesse primario, di natura pubblicistica, che va oltre la tutela del singolo. L'unica tutela che sembra soddisfare le esigenze protezionistiche generali, cui è ispirata la legge antitrust – si afferma in tale prospettiva – è la «distruzione dell'arma del delitto». Di conseguenza, il rimedio della nullità totale è parso l'antidoto più consono a contrastare sia gli accordi di cartello, conclusi a monte, sia i negozi attuativi di quegli accordi, stipulate a valle. Del resto – si osserva – «a suggerire il rimedio della nullità totale, e soprattutto ad indicare il rango costituzionale dei principi da tutelare (fra tutti, il principio del libero e sano andamento del mercato) è la stessa disciplina antitrust che, all'art. 1, n. 1, L. n. 287/1990, fissa nell'art. 41 Cost. la finalità stessa della disciplina. In quest'ottica la legge antitrust sanziona, senza riserve (al successivo art. 2, n. 2, L. n. 287/1990) le pratiche commerciali scorrette, censurando sia le pratiche che abbiano "per oggetto", sia quelle che abbiano "per effetto" l'alterazione del gioco della concorrenza. È evidente, in quella locuzione ("per effetto"), il riferimento alle intese stipulate "a valle" degli accordi di cartello [....]»¹².

Non si è mancato, infine, di rimarcare che siffatta soluzione, peraltro, tutelerebbe il fideiussore-consumatore-contraente debole ancor di più rispetto agli strumenti predisposti dal codice di consumo. Ciò in quanto «la disciplina antitrust finisce per proteggerlo in un'ottica più ampia, rispetto alla tutela offerta dalla nullità di protezione. Insomma, la nullità totale della fideiussione stipulata "a valle" sembra una soluzione conforme alla ratio legis: quella singola fideiussione è infatti l'ultimo anello della catena negoziale iniziata con l'intesa anticoncorrenziale conclusa "a monte", è forse l'anello più importante, perché rende concreto, e non più ipotetico, il rischio di attentato alla libertà di iniziativa economica. Del resto la legge antitrust è posta a tutela non solo dei consumatori, ma anche degli imprenditori e comunque di chiunque operi sul mercato ed abbia interesse al suo corretto andamento. Essa tutela, cioè, l'interesse a poter operare una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, il che, a ben vedere, non dovrebbe essere prerogativa del solo consumatore, ma di chiunque si affacci al mercato operando al suo interno»¹³.

7. Segue. La tesi della nullità parziale

Un diverso orientamento dottrinale ritiene, per contro, che nel caso in esame si versi in un'ipotesi di *nullità parziale*, ossia di una nullità limitata alle singole

¹² MASSARELLI, *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contr.*, 2021, 175 ss.

¹³ MASSARELLI, *op. loc. cit.*

clausole contenute nei contratti bancari a valle dell'intesa vietata, in quanto «trasposizione» delle clausole dichiarate nulle dall'Autorità Garante. Una «nullità derivata» che conseguirebbe, dunque, a siffatta trasposizione, nella contrattazione standardizzata, di quelle clausole (nn. 2, 6 e 8) illecite contenute nel modello ABI.

Si osserva, al riguardo, che le deroghe all'archetipo codicistico sarebbero state lecite, se le condizioni contrattuali censurate non fossero state reiteratamente proposte dalle banche, destinandole ad una pluralità di singoli operatori. In tal modo, la vista connotazione del mercato come mercato libero, non solo per chi svolge l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, verrebbe ad essere alterata significativamente, mediante l'erosione della libera scelta del clienti-contraenti. Si aggiunge, poi, che – nel sistema del codice civile – la «conservazione» del negozio giuridico costituisce la regola, sicché la deroga a tale principio non può che essere relegata a quelle ipotesi sporadiche, nelle quali – secondo un giudizio di «volontà ipotetica» – risulti che le parti con avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle. E tuttavia, si osserva[36], il principio di conservazione del negozio giuridico costituisce, nel sistema del codice civile, la regola¹⁴. Ne consegue che, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità, costituendo una deroga alla regola generale, non può che rivestire carattere assolutamente residuale ed eccezionale, da confinare all'ipotesi in cui risulti, secondo un giudizio di «volontà ipotetica», che le parti non avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle; che, cioè, il negozio risulti del tutto inutile, alla luce di una valutazione dell'assetto complessivo di interessi disciplinato dalle parti.

Senonché, siffatta conclusione, ovverosia l'essenzialità delle clausole in commento non appare fondatamente predicabile nella specie – secondo l'indirizzo in esame – dal momento che, avuto riguardo alla posizione del garante, da un lato, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole 2, 6 e 8 dello schema A.B.I. ha avuto l'effetto di rendere la disciplina contrattuale più gravosa per lui, imponendogli maggiori obblighi, senza riconoscergli alcun corrispondente diritto (sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione). Dall'altro lato, il fideiussore – salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario – attesa la sua vicinanza con il soggetto garantito, del quale – se si tratta di una società – è per lo più socio o legale rappresentante, ovvero congiunto del debitore principale, avrebbe comunque prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, e, perciò, ancora una volta, a condizioni per lui decisamente più favorevoli. Come evidenzia anche il provvedimento n. 55 della Banca d'Italia, al § 62, invero, «Nella maggior parte dei casi il fideiussore è una persona che ha un interesse diretto all'erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell'imprenditore che presta la garanzia a favore dell'impresa familiare gestita da quest'ultimo». Il fideiussore è, di conseguenza, normalmente cointeressato, in

¹⁴ Così Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27732.

qualità di socio d'affari o di parente del debitore principale, alla concessione del finanziamento in favore di quest'ultimo e, dunque, ha un interesse concreto e «diretto» a prestare la garanzia. Con riferimento, poi, alla «volontà ipotetica» dell'istituto bancario, l'alternativa sarebbe stata, per quest'ultima, quella dell'assenza completa di fideiussioni, con minor garanzia dei propri crediti¹⁵.

8. Segue. La tesi risarcitoria

Un terzo filone interpretativo, infine, ritiene che l'unico rimedio esperibile dal garante – coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale – sia esclusivamente il «risarcimento dei danni». Si osserva, al riguardo, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale – a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI – non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni. Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente ex art. 1440 c.c., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare.

Secondo una diversa prospettiva, nella sostanza, il fondamento del diritto al risarcimento del danno, si dovrebbe ravvisare nella responsabilità (di carattere precontrattuale, ex art. 1338 c.c.), per omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto conosciute (o conoscibili con l'ordinaria diligenza) dall'istituto di credito, ossia in un comportamento in mala fede del contraente forte che di per sé – se è certamente produttivo di danno risarcibile – non può fondare alcuna nullità del contratto. L'intesa avente ad oggetto il modulo A.B.I., e dichiarata illecita dalla Banca d'Italia, avrebbe determinato, infatti, un'uniformità delle condizioni dell'offerta sul mercato in senso deteriore per il garante, in quanto lo avrebbe costretto – si afferma – a concludere un contratto a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale, comprimendo illegittimamente la sua libertà di autodeterminazione negoziale e pregiudicando la sua libertà contrattuale di scegliere un contratto con un contenuto e condizioni diversi¹⁶.

¹⁵ STELLA, *op. loc. cit.* Per una ampia e lucida analisi delle diverse tesi, cfr. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 ss.

¹⁶ G. STELLA, *op. loc. cit.*

9. L'opzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, pur consapevoli dell'estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, hanno, infine, optato iper la tesi della «nullità parziale»¹⁷. La Corte ha anzitutto osservato – non condividendo, sul punto, la tesi del Procuratore Generale, secondo cui le clausole vietate sarebbero state inserite nelle fideiussioni nel libero esercizio dell'autonomia privata, e che al consumatore potrebbe riconoscersi la sola tutela risarcitoria – che se le parti ben possono determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell'art. 1322, c. 1, c.c. – esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo «nei limiti imposti dalla legge», da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale¹⁸.

Ebbene – come dianzi detto – l'art. 41 Cost. prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non debba svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana», e che essa debba essere comunque sottoposta a «programmi e controlli opportuni» che la indirizzino e la coordinino a «fini sociali». In tal senso si pone, del resto, la stessa norma antitrust succitata, la cui ratio è diretta a realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori. Lo evidenzia, con estrema chiarezza, la citata sentenza di queste Sezioni Unite n. 2207/2005, nella parte in cui precisa che la legge antitrust «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti». In tale prospettiva – come si è detto – la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria.

Se tale è la ratio della predetta normativa, il tenore letterale dell'art. 2, c. 3, della l. n. 287 del 1990, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». È 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.

9.1. L'insufficienza della tutela risarcitoria

Con riferimento all'insufficienza della tutela risarcitoria – se riconosciuta da sola, senza la tutela reale – le Sezioni Unite hanno osservato che l'interesse protetto dalla

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 822; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 309; in *Foro it.*, 2022, I, 1318; in *Giur. it.*, 2022, 1832; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, 587; in *Iudicium*, Rivista online, 2022; in *Contr.*, 2022, 145.

¹⁸ Cass. Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

normativa antitrust è principalmente quello del «mercato in senso oggettivo», e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed inverso – come rilevato in dottrina – l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno – come nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno¹⁹. 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.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è – del resto – inequivoca nel senso che la portata e le conseguenze della nullità delle intese, per violazione dell'art.101 (ex 81 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro. Si è, invero, statuito che – fermo restando il diritto al risarcimento del danno – la sorte dei contratti a valle di intese antitrust – che non vengono automaticamente travolti, in forza del diritto europeo, dalla nullità dell'intesa a monte – è riservata ai diritti nazionali²⁰. Se ne deve inferire che – fermo restando l'essenzialità, sul piano del diritto comunitario, del diritto del consumatore di far valere la nullità dell'intesa a monte e di chiedere il risarcimento dei danni subiti, come minimo comune denominatore in materia di tutela – la maggiore garanzia dei diritti del medesimo consumatore, in guisa da garantire la piena attuazione del diritto comunitario, è affidata ai giudici dello Stato di appartenenza²¹.

9.2. Il modello di tutela della nullità parziale

Nell'esaminare l'opzione interpretativa che ravvisa nella fattispecie una ipotesi di *nullità parziale*, le Sezioni Unite muovono dal rilievo secondo cui la regola dell'art. 1419, c. 1, c.c. – ignota al codice del 1865, come pure al *code civil*, provenendo dall'esperienza tedesca – insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto

¹⁹ DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 406 ss.

²⁰ Corte di Giustizia, 14 dicembre 1983, C- 319/82, *Société de Vente de Cimentes*; Trib., 21/01/1999, T- 190/96, *Christophe Palma*.

²¹ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C- 453/99, *Courage Ltd v. Crehan*; Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, da C- 295/04 a C- 298/04, *Manfredi*; Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C- 360/09, *Pfeiderer v. Bundemskartellant*; Corte di Giustizia 06 giugno 2013, C- 536/11 *Donau Chemie*.

possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale. Da ciò si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

La giurisprudenza ha osservato – in proposito – che la nullità della singola clausola contrattuale – o di alcune soltanto delle clausole del negozio – comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio «*utile per inutile non vitiatur*», la conservazione dello stesso, in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito²². La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità²³.

E tuttavia, tale ultima evenienza è di ben difficile riscontro nel caso in esame.

Invero, avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto – come osservato dalla dottrina succitata – di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe certamente la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) – salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario – avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva – al riguardo – il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con conseguente minore certezza di realizzazione dei propri crediti.

²² Cass., sez. II, 10 novembre 2014, n. 23950.

²³ Cass., sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2314.

9.3. La nullità derivata della fideiussione a valle dell'intesa vietata

La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, secondo l'opzione interpretativa prescelta dalle Sezioni Unite, la «nullità derivata» del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole.

Occorre muovere – in tale prospettiva – dal rilievo che la disciplina dettata dall'art. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza sancito – come si è detto – dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e – attualmente – dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101).

Ai sensi di tale normativa antitrust, qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche – come nel caso di specie – mediante una *combinazione di atti di natura diversa*, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola. In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale – quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'art. 117, c. 1, Cost. – ha inteso impedire un «risultato economico», ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere. Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust – in quanto costituenti «*lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti*»²⁴ – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed europeo – infatti – intendendo sanzionare con la nullità un «risultato economico», ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo anche a comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». In tale prospettiva, si rende perciò rilevante qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, ed anche laddove il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «*unilaterali*». Da ciò consegue – come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte – che, allorché l'articolo 2 della l. n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione, anche successiva al negozio originario, la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza»²⁵.

²⁴ Così Cass., Sez. Un, 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

²⁵ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827.

Il che equivale a dire che anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un «*collegamento funzionale*» – non certo un «collegamento negoziale», come opina parte della dottrina, attesa la vista possibilità che l'«*intesa*» a monte possa essere posta in essere, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono natura negoziale – tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust. In altri termini, detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «*funzionale*» a produrre un effetto distorsivo della libera concorrenza di mercato.

Ebbene, la funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riprodotto dell'«*intesa*» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca – come nel caso concreto – solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento essenziale di attuazione dell'«*intesa*» anticoncorrenziale. Non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente – all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. È, invece, il predetto «*nesso funzionale*» tra l'«*intesa*» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che – in violazione dell'art. 1322 c.c. – riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è – per vero – veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto.

E ciò è tanto più evidente quando – come nella specie – le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte – nel caso concreto dall'ABI – viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato. Sotto tale profilo, è del tutto palese che la previsione di cui all'art. 2, c. 3, della l. n. 287 del 1990, laddove stabilisce che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*», costituisce una chiara applicazione del diritto eurounitario, il quale – come statuito dalla citata giurisprudenza europea – afferma che la nullità (sancita dall'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) è «*assoluta*», e che l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e «non può essere opposto ai terzi». Si tratta, invero, proprio di quella nullità «*ad ogni effetto*» che sancisce la norma nazionale succitata, e che si riverbera sui contratti stipulati a

valle dell'intesa vietata anche con soggetti terzi, estranei all'atto a monte, ma ai quali tale atto non è comunque opponibile.

Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una «*nullità speciale*», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«*ordine pubblico economico*»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva»²⁶. In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 c.c.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento – come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) – in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime – come detto – è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'«*ordine pubblico economico*», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust.

Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui – come nell'ordinamento italiano – l'istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, è – del resto – ben noto al diritto comunitario. Al riguardo, si è – per vero – statuito che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione giurisdizionale (nella specie per nullità di un lodo arbitrale), che sia fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene – a prescindere dalla normativa nazionale che non contempli l'istituto dell'ordine pubblico economico – che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE). Si afferma infatti, in proposito, che, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, che il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo (poi trasfuso nell'attuale art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su di una qualsiasi impugnazione – anche se proposta in relazione alla validità di un lodo arbitrale – e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Lussemburgo²⁷.

D'altro canto, anche la giurisprudenza nazionale ha applicato – sia pure con riferimento a materie diverse da quella in esame – l'istituto dell'«*ordine pubblico economico*», astraendo da disposizioni imperative dettate a tutela della correttezza e della trasparenza del mercato, con particolare riferimento a fattispecie negoziali poste in essere da un'impresa in stato di conclamato dissesto, aggravato da operazioni dilatorie dirette esclusivamente a ritardare la

²⁶ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, cit.

²⁷ Corte Giustizia, 1° giugno 1999, C- 126/97, Eco Swiss China Time Ltd.

dichiarazione di fallimento, con grave pregiudizio per altre imprese operanti nel mercato nello stesso settore o in settori contigui²⁸.

E tuttavia, nei casi – come quello oggetto del presente giudizio – in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «*principio di conservazione*» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa – nazionale ed eurounitaria – antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità – per l'assetto di interessi diviso – della parte del contratto colpita da nullità.

9.4. L'esclusione della nullità totale della fideiussione a valle

Va, per contro, esclusa – a giudizio delle Sezioni Unite – la *nullità totale* del contratto a valle. Ed invero, stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza – i contratti a valle sono integralmente nulli esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest'ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere – in concreto – una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece – come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 – pienamente valide. Le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducano quelle nulle dell'intesa a monte (nn. 2, 6 e 8) vengono, invero, a recepire – nel contenuto del negozio – le determinazioni di un'associazione di imprese, l'ABI, che – in quanto costituiscono elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate – possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, falsando – in tal guisa – il gioco della libera concorrenza. Ed è per questo che, esclusivamente sotto tale profilo, la Banca d'Italia ha osservato che «la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI», e, di conseguenza, ha dichiarato la nullità dei soli articoli nn. 2, 6 e 8 dell'intesa a monte. Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione – in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario – sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI.

²⁸ Cfr. Cass., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16706.

10. Le conseguenze dell'opzione interpretativa in esame

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. 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.

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 cod. proc. civ.). Si è – per vero – stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo²⁹. La fattispecie oggetto del giudizio definito dalle Sezioni Unite è, peraltro, del tutto conforme a tali principi, avendo il Bosco proposto domanda subordinata di nullità parziale delle fideiussioni per cui è causa.

Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità³⁰ e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito *ex* art. 2033 c.c., ricorrendone i relativi presupposti³¹, nonché dell'azione di risarcimento dei danni.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, le Sezioni Unite hanno, pertanto, affermato la nullità parziale delle fideiussioni stipulate dal Bosco con Intesa Sanpaolo, ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto – a suo tempo – dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto dei relativi motivi di ricorso, restando assorbite le questioni – oggetto degli altri motivi – concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilità della norma di cui all'art. 1957c.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.

La soluzione prescelta dalle Sezioni Unite rappresenta certamente un approdo diretto a realizzare un tendenziale equilibrio tra libertà di impresa, tutela della

²⁹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243; Cass., sez. I, 18 giugno 2018, n. 16501.

³⁰ Cass., sez. Lav., 15 novembre 2010, n. 23057.

³¹ Cass., sez. I, 08 novembre 2005, n. 21647.

trasparenza e della libertà del mercato, e diritti degli utenti e dei consumatori, in esso operanti, a non vedersi preclusa la loro capacità di determinazione e di scelta, attraverso meccanismi distorsivi della concorrenza ed elusivi della tutela garantistica – di derivazione eurounitaria – imposta dalla normativa antitrust. Le applicazioni giurisprudenziali del futuro diranno se tale opzione interpretativa sia valida, oppure no, e se l’obiettivo perseguito sia stato, o meno, raggiunto. Ma questa è la verifica che qualsiasi opzione interpretativa – in special modo se complessa e problematica come quella in esame – deve sempre scontare, nella perenne ricerca di soluzioni più giuste ed appaganti.

11. Conclusioni

«La Corte di Cassazione non è stata istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici e che consiste nell’attuazione del diritto in concreto, mediante l’accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a rendere giustizia ai singoli, ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa [...] Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di coordinamento tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto [...] In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un’efficacia creatrice e trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali»³². D’altro canto, se è vero che «la legge è un frammento di profezia terrena destinato a fare abbondante esperienza della propria limitatezza, debolezza e fallacia»³³, è la sentenza il veicolo per il quale la vita arriva al giurista»³⁴. Alla Corte di cassazione incombe, dunque, il difficile compito, nell’esercizio della funzione nomopoietica, oltre che nomofilattica, di ringiovanire perpetuamente la legge ed adeguarla alla società che corre. È il compito per cui è nata, far parlare e vivere l’ordinamento, e adeguarlo alla storia.; il suo compito e la sua missione.

³² CALAMANDREI - FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 1085.

³³ BULOW, *Legge e giurisdizione*, Leipzig, 1885, 1.

³⁴ SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 2013.

ALTRI SAGGI

BREVI RIFLESSIONI SUL FALLIMENTO DELLA SILICON VALLEY BANK[°]

Elisabetta Montanaro

*Professore Ordinario di Economia degli Intermediari Finanziari,
Università degli Studi di Siena*

La crisi di SVB nasce da una cattiva gestione dei rischi e da una governance inefficace, dalla deregolamentazione, da potenti lobbies finanziarie, dall'ossessione della FED per il controllo dell'inflazione e da una vigilanza troppo accomodante. Rappresenta anche la conferma dell'inadeguatezza dell'impianto regolamentare vigente, incapace di limitare i rischi originati dalla trasformazione delle scadenze e dal leverage, che da sempre hanno consentito alle banche di sfruttare le imperfezioni del mercato per massimizzare i profitti di breve termine.

The SVB crisis stems from bank's risk management failures and ineffective governance, from the deregulatory cycle, strong financial lobbies, from the Federal Reserve's anti-inflation obsession and from a too light supervisory oversight. At the same time, this crisis highlights the shortcomings of the current regulatory framework, unable to contain the risks arising from maturity mismatch and leverage, which have always allowed banks to exploit market imperfections to maximize short-term profits.

Sommario:

1. Influenza politica sulla vigilanza bancaria negli Stati Uniti
2. Fattori principali che hanno portato al fallimento di SVB
3. Il caso specifico della SVB
4. Insegnamenti dall'esperienza di Silicon Valley Bank: come si calcola il LCR
 - 4.1. Insegnamenti dall'esperienza della Silicon Valley Bank: interrelazione fra solvibilità e liquidità
5. Riposte del Tesoro di concerto con la FED e della FDIC per evitare il contagio
6. La valutazione successiva agli interventi
 - 6.1. Review of the Federal Reserve's Supervision and Regulation of Silicon Valley Bank
 - 6.2. Risultati dell'analisi sulla qualità e l'efficacia della vigilanza su SVBFG
 - 6.3. Principali cambiamenti nella regolamentazione e nella vigilanza proposti
7. La crisi della First Republic Bank e le prospettive di riforma dell'assicurazione sui depositi negli Stati Uniti

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Influenza politica sulla vigilanza bancaria negli Stati Uniti

Una caratteristica del sistema di vigilanza e regolamentazione finanziaria degli Stati Uniti che risulta particolarmente evidente nel confronto con l'Europa è l'enorme capacità del potere politico di quel Paese di condizionare le regole e la loro effettiva implementazione da parte delle autorità preposte.

Un primo caso è quello della *Financial Regulation Relief Law* del 2018, emanata all'epoca della presidenza Trump ed entrata in vigore nel 2019. Questa legge, aderendo alla pressione delle lobbies bancarie, esentò le banche di dimensione medio-grande (quelle con attivi compresi fra 50 e 250 miliardi di dollari, come la Silicon Valley Bank, SVB) dalla vigilanza rafforzata prevista nel 2010 dal Dodd-Frank Act. In particolare, la “controriforma” esonerò queste banche dal divieto del *proprietary trading*, dall'obbligo di rispettare i coefficienti di liquidità¹, in particolare il *Liquidity Coverage Ratio* (LCR), il *leverage ratio* addizionale, e di imputare a carico del capitale le perdite previste su alcune tipologie di titoli; le sottrasse inoltre dall'obbligo di sottoporsi annualmente agli stress test e di presentare ogni anno i piani di risoluzione². La deregolamentazione promossa da Trump è un caso classico di cattura del regolatore. Un altro esempio, anche se non ascrivibile a questa categoria di deviazioni, è stato l'intervento del Presidente Biden, che, in una dichiarazione pronunciata dopo i fallimenti di SVB e di Signature Bank, assicurò i cittadini americani che tutti i loro depositi sarebbero stati protetti e che nessun costo sarebbe gravato sui contribuenti³. Tale promessa, mentre contribuisce ad amplificare un grave problema di azzardo morale, confermato – come dirò in seguito – dagli interventi successivi, sembra difficile da mantenere⁴. Infatti, è evidente che se la FDIC dovesse realmente coprire tutti i depositanti, compresi quelli all'ingrosso, sopra la soglia assicurata di \$ 250000, dovrebbe essere ricapitalizzata con fondi pubblici e/o con premi di assicurazione più elevati a carico delle banche e quindi anche dei cittadini⁵. Questo, come già successo con la crisi delle *Savings & Loan* negli anni '80⁶.

¹ Fino alla soglia di \$ 100 miliardi di attività, le banche non erano tenute a rispettare né il *Liquidity Coverage Ratio* (LCR) né il *Net Stable Funding Ratio* (NSFR).

² TRAPANESE, *The regulatory cycle in banking: what lessons from the U.S. experience? (from the Dodd-Frank Act to Covid-19)*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza No. 585, November, 2020.

³ *Remarks by President Biden on Maintaining a Resilient Banking System and Protecting our Historic Economic Recovery*, March 13, 2023, in <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2023/03/13/remarks-by-president-biden-on-maintaining-a-resilient-banking-system-and-protecting-our-historic-economic-recovery/#:~:text=I'm%20going%20to%20ask,our%20banking%20system%20is%20safe.>

⁴ STIGLITZ, *No Confidence in the Fed*, in *Project-Syndicate.org*, 26 aprile 2023.

⁵ L'IBCA (Independent Community Bankers of America), che rappresenta le banche minori, il 13 Aprile 2023 ha inviato al Presidente della FDIC una lettera in cui chiede che l'aumento dei premi a fronte dei fallimenti di SVB e di Signature Bank gravi soltanto sulle banche maggiori: <https://www.icba.org/docs/default-source/icba/advocacy-documents/letters-to-regulators/letter-to-chairman-gruenberg-regarding-special-assessment>.

⁶ ROBINSON, *Savings and Loan Crisis 1980-1989*, in <https://www.federalreservehistory.org/essays/savings-and-loan-crisis>, 22 novembre 2013.

2. Fattori principali che hanno portato al fallimento di SVB

Consideriamo il contesto in cui si è verificato questo episodio. Tutto nasce dall'aumento molto rapido delle condizioni monetarie da parte della FED e di molte altre banche centrali dopo anni di politiche espansive evidenti nella enorme crescita dei titoli acquistati sul mercato a fronte della liquidità erogata. Questo ha incentivato le banche a spostare i loro impieghi verso quelli a lungo termine per conseguire maggiori proventi grazie alla maggiore trasformazione delle scadenze. L'aumento dei tassi ufficiali comporta due effetti principali. In primo luogo, obbliga le banche ad aumentare i tassi passivi per contenere possibili deflussi di depositi, dato che i risparmiatori hanno oggi molte alternative ai depositi bancari con cui le banche devono competere. Tassi passivi più elevati devono essere compensati da un aumento dei tassi attivi, in particolare quelli sui prestiti. Da ciò derivano: una restrizione creditizia con il peggioramento della recessione, e l'aumento del rischio di credito con il conseguente incremento dei crediti deteriorati. In secondo luogo, la presenza di impieghi a lunga scadenza comporta un'esposizione elevata al rischio di interesse, i cui effetti si manifestano proprio a seguito di incrementi significativi dei tassi ufficiali e della maggiore incertezza derivante dai rischi geopolitici. I titoli pubblici o privati a lunga scadenza, in particolare quelli detenuti in portafoglio nel comparto definito "attività finanziarie disponibili per la vendita", essendo valutati al *fair value*, si svalutano peggiorando il risultato netto delle operazioni finanziarie, con impatto negativo sul capitale⁷. I crediti, in particolare quelli a lungo termine, perdono di valore, perché in presenza di elevata inflazione accompagnata da una fase di recessione peggiora la probabilità di un loro regolare rimborso, mentre alcune garanzie comprese quelle immobiliari possono svalutarsi. Le conseguenti perdite stimate a fronte dell'incremento atteso dei crediti deteriorati riducono il reddito a causa delle maggiori rettifiche. Il declino della redditività riduce l'autofinanziamento e rende più difficile raccogliere nuovo capitale: questo può compromettere gravemente la stabilità delle banche, dato che la capacità di mantenere una redditività sostenibile nel lungo termine sufficiente a remunerare il costo del capitale è una condizione necessaria per la loro sopravvivenza⁸.

3. Il caso specifico della SVB

Silicon Valley Bank, al momento della crisi era la sedicesima maggiore banca degli Stati Uniti, con un volume elevato di esposizioni *cross-border* gestite principalmente attraverso una sussidiaria in Gran Bretagna. Come tutte le maggiori banche

⁷ FDIC, *Quarterly Banking Profile, First Quarter* (2022). I dati relativi all'intero sistema bancario mostrano come già nel primo trimestre del 2022 le perdite ancora non contabilizzate sia sui titoli di questa categoria sia quelli detenuti per investimento fossero di importo significativo.

⁸ GRUENBERG, *Remarks by FDIC Chairman Martin Gruenberg on the Fourth Quarter 2022 Quarterly Banking Profile*, 28 febbraio 2023, in <https://www.fdic.gov/news/speeches/2023/spfeb2823.html>. I dati presentati mostrano il rilevante ammontare delle perdite su titoli e il forte declino dei depositi nel corso del 2022.

americane era la principale partecipata della *holding company* Silicon Valley Bank Financial Group, e questo le consentiva di svolgere una consistente intermediazione finanziaria con la Cina tramite SVB Global e SVB Global Service India. È interessante sottolineare che Gregg Becker, il CEO di SVB, era membro del Board della Federal Reserve Bank of San Francisco, responsabile della vigilanza di SVB⁹, creando un'evidente situazione di conflitto di interessi e di cattura del regolatore. La banca, nonostante le ampie dimensioni dell'attivo, aveva solo 17 filiali: la sua limitata rete territoriale non le aveva pertanto consentito un adeguato frazionamento della raccolta sul mercato al dettaglio. Si finanziava infatti sul mercato all'ingrosso e a breve termine, con una quota significativa proveniente da imprese operanti nel venture capital, e con depositi, in larga misura non assicurati. Gli impieghi presentavano un'elevata concentrazione nel settore tecnologico, della salute, del *private equity* nelle imprese start-up, ed erano costituiti da mutui con garanzia immobiliare e da titoli pubblici a lunga scadenza, questi ultimi per un importo pari a circa il 55% dell'attivo. Mentre la liquidità era molto bassa, grazie alla deregolamentazione del 2019, la capitalizzazione era, almeno formalmente, largamente superiore ai minimi regolamentari. Il costo degli interventi stimati dalla FDIC ammonta a circa \$ 20 miliardi¹⁰.

È evidente, da questi pochi dati, che SVB era esposta non solo ad un elevato rischio di credito, ma anche ad un significativo rischio di interesse, con le conseguenze in termini di perdite già chiarite nel paragrafo precedente. L'aumento dei tassi ufficiali ha comportato una immediata perdita di valore dei titoli pubblici in portafoglio, con impatto negativo sul capitale, e gli altri impieghi hanno registrato perdite in termini di valore economico. Per far fronte a questa situazione ormai di emergenza, la banca annuncia che, a seguito di consistenti perdite dalla vendita di titoli del Tesoro, avrebbe provato a ricapitalizzarsi emettendo strumenti di capitale. Questa reazione, ovviamente destinata all'insuccesso date le avverse condizioni di mercato, ha contribuito ad alimentare un clima di sfiducia e a diffondere, anche attraverso i *social media*, il panico dei depositanti all'ingrosso, che il giorno prima della crisi ritirano oltre \$ 42 miliardi, dando avvio al default. Le conseguenze del fallimento di SVB sono state molto severe perché il contagio si è diffuso non solo su molte altre banche americane, ma anche in Europa, generando una maggiore volatilità sui mercati finanziari e ampie tensioni di liquidità¹¹. Indipendentemente dal valore del LCR, SVB non sarebbe stata in grado di sopravvivere, presentando congiuntamente: un problema di liquidità, derivante dalla composizione delle fonti di raccolta; un problema di solvibilità, derivante dall'impatto del rischio di interesse sul capitale.

⁹ Elizabeth Warren letter to Jerome Powell, Chair of Board of Governors of the Federal Reserve System, in <https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/2023.03.15%20Letter%20to%20Powell%20re%20SVB%20Failures.pdf>

¹⁰ FDIC, *First-Citizens Bank & Trust Company, Raleigh, NC, to Assume All deposits and Loans of Silicon Valley Bridge Bank, N.A., from the FDIC*, 26 marzo 2023, in <https://www.fdic.gov/news/press-releases/2023/pr23023.html>.

¹¹ EBA, EIOPA, ESMA, *Joint Committee Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System*, marzo 2023.

4. Insegnamenti dall'esperienza di Silicon Valley Bank: come si calcola il LCR

Con il LCR la disciplina di Basilea dovrebbe proteggere le banche dal rischio di liquidità derivante dalla composizione della raccolta, il così detto *funding liquidity risk*.

La relazione che definisce il livello richiesto del LCR è la seguente:

$$\text{LCR} = \text{HQLA} / \text{TNCO} \geq 100\%$$

dove:

HQLA = stock di attività liquide di alta qualità disponibili (*High-quality liquid assets*)

TNCO = deflussi netti di cassa (*Total net cash outflows*) stimati per i successivi 30 giorni in condizioni di stress.

Per quanto concerne il denominatore TNCO, è evidente che, per quanto i criteri di stima previsti dalla disciplina possano essere opinabili, tanto maggiore è la componente volatile della raccolta, ossia quella all'ingrosso, tanto più elevata è la probabilità che, in condizioni di stress (ad esempio, notizie allarmanti su una o più banche), si verifichino consistenti uscite nette di cassa.

Limiterò comunque l'analisi al numeratore, ossia alle componenti definite da Basilea come attività liquide di alta qualità. Sono considerate tali non solo le riserve in base monetaria e i titoli a basso rischio di credito e a scadenza breve, ma anche i titoli pubblici a lungo termine, compresi quelli con coefficiente di ponderazione per il rischio di credito maggiore di zero, a condizione che siano stati emessi nella stessa moneta della banca soggetta al rischio di liquidità o del paese che esercita il controllo sulla banca¹². Pertanto, secondo la disciplina di Basilea i titoli pubblici a lunga durata dovrebbero coprire dal rischio di liquidità, nonostante che, in presenza di un rialzo dei tassi di mercato, siano liquidabili ad un valore che può essere anche molto inferiore al nominale. Sarebbe quindi necessario rivedere le regole sulla ammissibilità degli strumenti finanziari nelle attività liquide di alta qualità¹³.

4.1. Insegnamenti dall'esperienza della Silicon Valley Bank: interrelazione fra solvibilità e liquidità

L'analisi presentata nel precedente paragrafo 3 mostra che la crisi di SVB ha avuto origine dall'impatto negativo sul capitale delle perdite su titoli e dal conseguente deflusso di depositi.

Presentava quindi congiuntamente problemi in termini sia di solvibilità sia di liquidità. Date le interrelazioni fra questi due profili¹⁴, l'insegnamento principale

¹² BCBS, *LCR Liquidity Coverage Ratio - High-quality liquid assets*, Version effective as of 15 Dec. 2019.

¹³ FELDBERG, *Lessons from Applying the Liquidity Coverage Ratio to Silicon Valley Bank*, in <https://som.yale.edu/story/2023/lessons-applying-liquidity-coverage-ratio-silicon-valley-bank>, 27 marzo 2023.

¹⁴ MINSKY, *Financial Instability Revisited: The Economics of Disaster*, in Board of the Governors of the Federal Reserve System, *Reappraisal of the Federal Reserve Discount Mechanism*, 95-136. Secondo Minsky: "Even though textbooks may consider solvency and liquidity as independent attributes, the two are interrelated. First of all, the willingness to hold the debt of any organization depends in part upon the

che si può trarre dall'esperienza di SVB è che la vigilanza deve essere in grado di svolgere analisi puntuali per ogni specifica banca con un approccio integrato, che tenga conto di tutte le determinanti delle sue possibili fragilità, non solo di quelle idiosincratiche, ma anche di quelle derivanti dal contesto macroeconomico e geopolitico, come è chiaramente spiegato dal Fondo Monetario Internazionale¹⁵. Frequenti ispezioni in loco¹⁶, come è nella prassi della Banca d'Italia per le banche non significative, e periodici esercizi di stress test sufficientemente severi sono, a mio giudizio, gli strumenti prudenziali più efficaci.

5. Riposte del Tesoro di concerto con la FED e della FDIC per evitare il contagio

Gli interventi sono stati di due tipi:

- a) In base alla regola della “*systemic risk exception*”, tutti i depositi della banca, compresi quelli non assicurati, sono stati coperti da garanzia della FDIC.
- b) Allo stesso tempo, a tutte le banche è stata garantita per un anno la liquidità necessaria a coprire prelievi inattesi da parte dei depositanti mediante il risconto presso la FED dei titoli del Tesoro e di agenzie pubbliche detenuti in portafoglio per un importo pari al loro valore nominale, maggiore, quindi, di quello di mercato.

È evidente che tali provvedimenti hanno amplificato i problemi di azzardo morale, che, come ha dimostrato la recente vicenda del Credit Suisse – la cui crisi è nata proprio per effetto del contagio a livello internazionale dei fallimenti delle banche americane – derivano dalla consapevolezza che nessuna banca sarà lasciata fallire. Per una ricostruzione puntuale delle vicende della Silicon Valley Bank, dei motivi che hanno portato al dissesto, degli interventi successivi da parte del Tesoro e della FED, è interessante l'intervento di Michael Barr, *Vice Chair for Bank Supervision* della FED¹⁷, da cui risulta, fra l'altro, che i problemi di SVB erano noti da tempo alle autorità di vigilanza.

protection to debt holder embodied in the unit's net worth. A decline in net worth ... can lead to a decreased willingness to hold debts of a unit and hence to difficulties when it needs to refinance a position. A lack of liquidity may result from what was initially a solvency problem.” (120).

¹⁵ IMF, *Global Financial Stability Report, Safeguarding Financial Stability amid High Inflation and Geopolitical Risks*, aprile 2023.

¹⁶ THOMSON - TODD, *Shifting Downward: How a Change in Fed Culture Hurt Bank Supervision*, in <https://www.ineteconomics.org/perspectives/blog/shifting-downward-how-a-change-in-fed-culture-hurt-bank-supervision>, 27 marzo 2023. I due Autori conoscono bene la prassi della vigilanza americana, avendo lavorato per oltre venti anni nell'ambito del Federal Reserve System. Sostengono che dalla fine degli anni 90 la vigilanza sulle maggiori istituzioni finanziarie “began to use a more model-based approach focused on leveraging the SIFI's own risk modeling to supervise them, using data submitted by the SIFIs. Traditional on-site field examinations were curtailed.” (2).

¹⁷ BARR, *Statement by Michael S. Barr before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, U.S. Senate*, 27 marzo 2023, in <https://www.federalreserve.gov/newsevents/testimony/barr20230328a.htm>.

6. La valutazione successiva agli interventi

6.1. Review of the Federal Reserve's Supervision and Regulation of Silicon Valley Bank¹⁸

Il Rapporto analizza il fallimento della SVB e della sua *holding company* Silicon Valley Bank Financial Group (SVBFG)¹⁹, e la vigilanza esercitata dalla FED sulla banca e sul gruppo. Il periodo analizzato copre gli anni dal 2017 all'8 marzo del 2023, tenendo anche conto del contesto economico e finanziario da cui la crisi ha avuto origine. I valori contabili a cui il Rapporto si riferisce si riferiscono al bilancio consolidato del gruppo, di cui SVB rappresentava circa il 90%.

Il periodo coperto è importante, perché, per effetto della rapida crescita degli attivi, già dall'inizio del 2021 il SVBFG avrebbe già dovuto essere soggetto ad una vigilanza rafforzata, e da dicembre 2022 rispettare i coefficienti di liquidità, e in specie il LCR per un valore almeno pari al 70% per cento (16). La valutazione svolta è estremamente approfondita, e molto severi sono i giudizi sulla qualità e sull'efficacia della vigilanza a cui SVBFG era stato assoggettato. Mi limiterò a presentare i principali profili dell'analisi, e i cambiamenti regolamentari proposti dal Rapporto.

Dall'analisi svolta, emergono chiaramente le specificità del SVBFG, rispetto alla media delle banche della sua stessa dimensione, in base ai dati di dicembre 2022. I dati sono riportati nella successiva Tavola 1.

Tavola 1 - Confronto fra SVBFG e la media delle banche con attivi maggiori di \$ 100 miliardi

Indicatore	SVBFG	Media Banche
Prestiti in % Totale Attivo	35	58
Titoli in % Totale Attivo	55	25
Titoli detenuti per investimento in % Titoli totali	78	42
Depositi totali in % Totale Passivo	89	82
Depositi non assicurati in % depositi totali	94	41
CET 1 ratio %	12	10

Fonte: Rapporto Barr, 23.

Dai dati emerge chiaramente come SVBFG presentasse molteplici anomalie non solo per la composizione degli impieghi, particolarmente esposti al rischio di interesse, ma per l'enorme peso dei depositi non assicurati. Dato che queste anomalie erano già evidenti prima del dicembre 2022, come sottolinea il Rapporto, avrebbero richiesto interventi di vigilanza molto più tempestivi ed efficaci.

¹⁸ BARR, *Review of the Federal Reserve's Supervision and Regulation of Silicon Valley Bank*, 28 aprile 2023.

¹⁹ A seguito del fallimento di SVB il 10 marzo 2023, SVBFG ha avviato la procedura fallimentare il 17 marzo 2023 (1, nota 2).

6.2. Risultati dell'analisi sulla qualità e l'efficacia della vigilanza su SVBFG

La prima parte del Rapporto analizza le responsabilità della banca non solo nella cattiva gestione dei rischi di liquidità e di interesse, ma anche nel suo approccio manageriale, basato sulla massimizzazione degli utili di breve periodo a cui erano legati i compensi dei manager. I rilievi della vigilanza venivano gestiti secondo una logica di mera *compliance* formale, piuttosto che come questioni importanti ai fini della gestione dei rischi (3).

La banca non aveva adeguatamente gestito il rischio di liquidità e di interesse, nonostante che, al crescere dei tassi di interesse avesse già registrato nel 2022 forti deflussi di depositi e un elevato ammontare di perdite su titoli (2), rinunciando per massimizzare i profitti a provvedere alla copertura del rischio di interesse (3).

La seconda parte del Rapporto esamina le responsabilità della vigilanza. Limiterò l'analisi ai punti principali:

1. A partire dal 2017, l'intensità e l'efficacia della vigilanza ha registrato un progressivo peggioramento, come dimostra la diminuzione delle ore dedicate alla vigilanza di SVBFG fino al 2021, molto inferiori rispetto a quelle delle banche di dimensioni simili. L'impegno della vigilanza si rafforza considerevolmente solo a partire dal 2022 (38).
2. A partire dal 2017 fino al 2021, il SVBFG era stato giudicato con un rating molto più che soddisfacente per tutte le componenti del sistema di rating previsto dalla vigilanza americana. Quando il gruppo ha superato la soglia di \$ 100 miliardi, il gruppo aveva ricevuto il massimo livello di rating (*Broadly Meets Expectations*) per il capitale, "*Conditionally Meets Expectations*" per la liquidità, e *Deficient-1* per la Governance e i controlli interni²⁰. La SVB aveva ricevuto il massimo rating (rating 1) per la liquidità a partire dal 2017 fino al 2021. Il rating era stato leggermente abbassato nel 2022, quando la liquidità veniva considerata non più ottima, ma solo soddisfacente. Satisfacenti (rating 2) stati considerati dal 2017 al mese di agosto 2022 la capitalizzazione, la qualità dell'attivo e la sensibilità al rischio di interesse. Il rating complessivo era rimasto soddisfacente fino a marzo 2021, ed era stato ridotto a 3 a partire dall'agosto 2022²¹. Nonostante questo, già dal novembre 2021, le autorità di vigilanza avevano informato

²⁰ Board of Governors of the Federal Reserve System, *Large Financial Institution (LFI) Rating System*, Attachment SR 19-3/CA-Letter, 26 febbraio 20219. Il rating "*Conditionally Meets Expectations*" significa che la banca, pur registrando qualche carenza nello specifico profilo, è in grado autonomamente di risolvere i problemi senza modificare il proprio modello di business o le strutture dei controlli interni; il rating *Deficient-1* è attribuito a banche che, pur essendo nel complesso solide, non sono in grado di modificare il profilo in questione senza cambiamenti importanti delle proprie politiche interne.

²¹ Board of Governors of the Federal Reserve System, *Large Financial Institution (LFI) Rating System*, Attachment Two SR 19-4/CA 19-3, dove i rating sono convertiti in punteggi numerici, che vanno da 1 a 5. Un rating 3 (*Fair*) indica che la banca, pur essendo nel complesso solida ha qualche profilo di debolezza che deve essere risolto e che richiede una maggiore attenzione da parte della vigilanza.

SVBFG che la gestione del rischio di liquidità era insufficiente. I rating non vennero neppure modificati anche se una verifica ispettiva ad ampio spettro condotta nel maggio 2022 aveva identificato molteplici debolezze nei sistemi di controllo dei rischi e nella capacità del management di risolverli. Il Rapporto sottolinea che, di norma, quando un profilo viene giudicato *Deficient-1*, le autorità di vigilanza si sarebbero dovute attivare con una procedura che vincolasse la banca a risolvere i problemi nelle modalità definite in un *Memorandum of Understanding* (MOU). La redazione del MOU, iniziata nell'agosto 2022, non era ancora terminata al momento del fallimento di SVB. Inoltre, gli ispettori della vigilanza avevano già informato la FED agli inizi del mese di dicembre 2022 che SVBGF non era pronta ad affrontare uno scenario di recessione, avendo subito un deflusso di depositi pari a \$ 49 miliardi, circa il 12.5% del totale (39-44).

3. Il Rapporto evidenzia le specifiche debolezze della vigilanza facendo riferimento a specifiche aree di valutazione. In particolare, con riferimento al rischio di liquidità, il Rapporto informa che già da novembre 2021 la vigilanza aveva evidenziato che SVBFG aveva seri problemi di liquidità e che ne aveva informato il management, senza tuttavia preoccuparsi di controllare che la banca risolvesse i problemi. Sottolinea, allo stesso tempo, la non coerenza fra i rating attribuiti alla liquidità (sempre soddisfacenti) e i risultati delle ispezioni. Facendo seguito alle indicazioni della vigilanza solo nell'estate del 2022 la SVBFG ha effettuato uno stress test interno, per effetto del quale si evidenziava un deficit di liquidità nell'orizzonte di 90 giorni pari a \$ 4 miliardi: nonostante ciò ancora una volta il rating non venne ridotto. Di questo problema aveva discusso il Consiglio di Amministrazione del novembre 2022 che, per risolvere il problema, decide, fra l'altro, di modificare i criteri di redazione degli stress test (58). Tutto ciò era noto alla vigilanza, che ha tuttavia mantenuto un orientamento accomodante, nonostante la rapida crescita di SVBFG e le molteplici evidenze sui suoi problemi di liquidità (51-60).
4. Altrettanto interessanti sono i profili che emergono con riferimento al rischio di tasso di interesse e dell'impatto che questo ha sul capitale²². SVBFG non usava la metrica dell'*EVE* e si limitava a stimare gli effetti del rischio di interesse sul margine di interesse, secondo una logica di massimizzazione del profitto a breve termine. Data la sua struttura patrimoniale, un aumento dei tassi di interesse avrebbe migliorato il margine di interesse e quindi la redditività. Di conseguenza, all'inizio del

²² La metrica utilizzata normalmente è quella basata sul *Economic Value of Capital (EVE)*: consiste nella stima delle perdite a carico del capitale derivanti dalla variazione dei flussi di cassa originati dalle attività e dalle passività (la cui differenza è misurata dal capitale) per effetto di variazioni avverse dei tassi di interesse di +/- 100, 200 p. b). Ovviamente, per essere attendibile la stima deve fare ipotesi corrette, in particolare con riferimento alle passività e alla loro sensibilità alle variazioni dei tassi di interesse.

2022, mentre i tassi ufficiali crescevano rapidamente, la preoccupazione di SVBFB non era quella dell'impatto negativo che questo avrebbe avuto sul capitale, ma al contrario, del rischio di una possibile flessione dei tassi e della conseguente riduzione del margine di interesse: rischio che gli operatori di SVBFG associavano all'inversione della curva dei tassi che segnala l'avvicinarsi di una fase recessiva con conseguente riduzione dei tassi. Pertanto, SVBFG cercò di proteggersi dal ribasso e non dal rialzo dei tassi. Allo stesso tempo, come ho già ricordato, eliminò da marzo 2022 la copertura del rischio di interesse, e aumentò la duration del portafoglio titoli, da cui derivarono perdite di capitale stimate nell'ordine del 14% già nell'ottobre 2022 (64). A fronte di queste macroscopiche violazioni delle regole più elementari della sana e prudente gestione, la vigilanza ha mantenuto il rating per il rischio di interesse come soddisfacente dal 2018 fino a novembre 2022, quando era previsto una riduzione del rating al livello 3, che non era ancora stata formalizzata con una comunicazione ufficiale al momento del fallimento di SVB. Quando SVBFB informa la vigilanza che il margine di interesse sarebbe diminuito nel quarto trimestre del 2022 e il reddito si sarebbe ridotto in misura consistente alla fine del 2022, essa è costretta a censurare severamente la strategia di gestione del rischio di interesse adottata dalla banca: ma ovviamente ormai troppo tardi. Il Rapporto sottolinea che le violazioni sulle modalità di gestione del rischio di tasso di interesse erano già evidenti a partire dal 2020, e che risulta pertanto incomprensibile come il rating per questo profilo di rischio sia stato mantenuto soddisfacente fino agli ultimi mesi del 2022. Queste considerazioni sono rafforzate alla luce del fatto che SVBFG da giugno 2022 era il maggiore gruppo bancario incluso nell'elenco delle banche con la più elevata incidenza di perdite su titoli sul capitale di migliore qualità (CET1). L'inadeguatezza dei metodi di misurazione del rischio di interesse e il mancato utilizzo dell'approccio basato sull'*EVE* erano già stati segnalati dalle verifiche ispettive nel giugno 2021. Nonostante le autorità di vigilanza fossero ben consapevoli dell'impatto sulla stabilità bancaria dei rischi derivanti da un rapido aumento dei tassi, l'efficacia e la tempestività dei loro interventi correttivi sono risultate gravemente inappropriate (60-72).

6.3. Principali cambiamenti nella regolamentazione e nella vigilanza proposti²³

È importante sottolineare che il Rapporto considera la legislazione agevolata dell'epoca di Trump come l'ultima delle quattro principali determinanti. Le altre tre sono la cattiva gestione dei rischi da parte di SVBFG; l'incapacità della vigilanza di valutare in modo appropriato le vulnerabilità di un gruppo bancario cresciuto molto

²³ Queste proposte sono contenute nell'introduzione al Rapporto. Per maggiore chiarezza, farò quindi riferimento alle pagine di questa parte utilizzando i numeri romani.

rapidamente nella dimensione e nella complessità; la mancata attivazione della vigilanza nel controllare se e come la banca si fosse adoperata per risolvere le vulnerabilità identificate (I).

Alla luce del fatto che la crisi di SVB era stata congiuntamente un problema di liquidità e solvibilità, il Rapporto sottolinea l'esigenza di accelerare il processo di implementazione di Basilea III, migliorare gli esercizi di stress test e aumentare la solidità patrimoniale e la risolvibilità delle maggiori banche²⁴.

In particolare, alle banche che presentino inadeguatezze nella gestione del capitale e della liquidità o delle strutture di *governance* dovrebbero essere imposti maggiori requisiti di capitale e di liquidità, o limiti alla distribuzione dei dividendi²⁵. “Il maggiore rischio per la vigilanza è quello di affrontare i problemi con noncuranza”, afferma il Rapporto. “Più di dieci anni di stabilità bancaria e di elevate performance delle banche di tutte le dimensioni possono avere reso le banche eccessivamente ottimistiche e i supervisori troppo inclini ad accettare questi orientamenti. Le autorità di vigilanza devono essere incentivate a valutare i rischi con rigore e a considerare un'ampia gamma di possibili shock e vulnerabilità, in modo da prepararsi a fare fronte a eventi estremi capaci di generare severe conseguenze.” (III).

A parte l'eliminazione della disciplina di favore prevista per le banche medio-grandi dalla *Financial Regulation Relief Law*, il Rapporto (III-IV) dichiara che, fra le specifiche regole che devono essere riscritte o riviste dalla regolamentazione americana, le principali riguardano il rischio di interesse e, in particolare, l'impatto sul capitale delle perdite sui titoli definiti come “attività finanziarie disponibili per la vendita”. Questa disciplina non sarà attuata immediatamente, ma richiederà un lungo processo di consultazione e una appropriata fase di transizione. Il che risulta quanto meno singolare, tenuto conto che tali regole siano già state introdotte dal Comitato di Basilea dal 2016²⁶. Questa carenza regolamentare è sconcertante, alla luce non solo della particolare rilevanza di questo rischio per le banche statunitensi, ma soprattutto delle gravi ripercussioni che possono avere le crisi bancarie originate negli Stati Uniti sulla stabilità finanziaria globale, come si è visto almeno a partire dalla crisi finanziaria globale iniziata nel 2007 con la successiva pesante recessione.

²⁴ Immediata è stata la risposta della lobby delle maggiori banche americane (Financial Services Forum, FSF) che in un comunicato emesso il 28 aprile 2023 dichiarano che l'evento del fallimento di SVB è stato solo un problema di liquidità dovuto alla malagestione della banca e a inefficienze della vigilanza, che non deve essere in alcun modo collegato con l'adeguatezza patrimoniale delle maggiori banche. L'affermazione nell'introduzione [del Rapporto] che la FED dovrebbe focalizzarsi sui requisiti di capitale delle maggiori banche non trova nessun collegamento con le conclusioni del Rapporto. *FED SVB Report Does Not Support Focus on Large Bank Capital Requirement*, <https://fsforum.com/news/fed-svb-report-does-not-support-focus-on-large-bank-capital-requirements>.

²⁵ Questi interventi correttivi sono di norma già largamente implementati in Europa, nell'ambito del II Pilastro.

²⁶ BCBS, *Interest rate risk in the banking book*, 21 aprile 2016.

7. La crisi della First Republic Bank e le prospettive di riforma dell'assicurazione sui depositi negli Stati Uniti

La fase di instabilità del sistema bancario americano, iniziata nel marzo 2023 con SVBF, Signature Bank e Silvergate Bank, non si è interrotta. Il primo di maggio 2023 la FDIC ha annunciato il fallimento della First Republic Bank di San Francisco, una banca medio-grande: si tratta della seconda maggiore crisi bancaria della storia americana.

Il fallimento ha avuto origine principalmente da perdite sui mutui legati all'edilizia, che ovviamente si sono svalutati per effetto dell'aumento dei tassi. JPMorgan Chase Bank assume tutti i \$ 104 miliardi di depositi con il relativo *franchise value* e acquista la maggior parte dei \$ 230 miliardi di impieghi per un valore pari a \$ 10.6 miliardi al momento del "salvataggio" e \$ 50 miliardi entro cinque anni. JPMorgan, che detiene una quota del mercato dei depositi superiore al 10%, aumenta così le sue dimensioni sistemiche. La convenienza di questa operazione e il suo possibile impatto sulla stabilità del sistema bancario americano sono e saranno oggetto di dibattito. Le perdite attuali e i futuri recuperi sulle attività di First Republic Bank saranno ripartiti fra la FDIC e JPMorgan nella misura, rispettivamente dell'80% e del 20%. La FDIC stima la perdita a proprio carico nella misura di \$ 13 miliardi di dollari²⁷. Ciò non ostante, le autorità di vigilanza americane, come dichiara McKernan, membro del Board of Directors della FDIC, dovranno resistere alla tentazione di imporre norme ancora più restrittive, con l'effetto di spostare ulteriormente i rischi al di fuori del perimetro regolamentare. "Al contrario, dobbiamo riconoscere che i fallimenti bancari sono inevitabili in un sistema finanziario innovativo e dinamico. Dobbiamo prepararci a questi fallimenti focalizzandoci su forti requisiti di capitale e sistemi efficaci di risoluzione come la nostra migliore speranza per porre fine nel nostro paese alla cultura del bailout, che privatizza i guadagni e socializza le perdite"²⁸. Si ripete così la solita vecchia ricetta, che assolve vigilanti e regolatori, responsabili, non meno delle banche, di quei sistemi finanziari così innovativi e dinamici, ma per questo così vulnerabili. Nello stesso tempo, la FDIC ha annunciato una riforma del sistema di assicurazione dei depositi, finalizzata anche a disincentivare le banche dal promuovere la crescita dei depositi non assicurati. A tale scopo, i premi per l'assicurazione di questi depositi saranno aumentati e potranno essere fissati limiti massimi alla loro convertibilità e forme di garanzie addizionali a carico delle banche²⁹.

²⁷ FDIC, *JPMorgan Chase, National Association; Columbus, Ohio Assumes All the Deposits of First Republic Bank, San Francisco, California*, in <https://www.fdic.gov/news/press-releases/2023/pr23034.html>, 1° maggio 2023.

²⁸ FDIC, *Statement by Jonathan McKernan, Member, FDIC Board of Directors, on Resolution of First Republic Bank*, in <https://www.fdic.gov/news/speeches/2023/spmay0123.html>, 1° maggio 2023.

²⁹ FDIC, *Options for Deposit Insurance Reform*, 1° maggio 2023.

QUALI LEZIONI DALLE CRISI BANCARIE DI MARZO? CROLLI, TIMORI E RIFORME[°]

Marilena Rispoli Farina

*Professore Ordinario di Diritto commerciale,
Università di Napoli Federico II*

Il presente contributo intende analizzare nelle linee generali, le caratteristiche delle crisi finanziarie che si sono verificate negli Stati Uniti d'America e in Svizzera nel mese di marzo 2023. Si tratta di crisi di natura diversa, accomunate tuttavia da un difetto nell'attività di vigilanza e dal venir meno della fiducia nel sistema bancario, con il conseguente run dei depositanti e l'intervento dei Governi e dei regolatori a porre rimedio, per tutelare i depositanti e la stabilità del sistema finanziario.

In Europa e in Italia, a seguito della crisi finanziaria del 2008, sono stati posti presidi per garantire la liquidità e la stabilità del sistema bancario, con l'introduzione del "Codice bancario", e sono in itinere modifiche sulla base della esperienza sin qui acquisita e i buoni risultati dell'esercizio dell'attività di Vigilanza Unica. Tuttavia, il sistema di regolazione necessita di un ammodernamento per far fronte alla rapidità delle transazioni e delle possibilità di trasferire depositi in tempi brevissimi, nonché della velocità di trasmissione attraverso i mass media delle notizie che concernono la situazione finanziaria di una banca. Come è spesso successo nella storia delle banche le crisi rappresentano il banco di prova della legislazione vigente e la fucina di riforme per evitare le crisi future.

This paper analyzes the financial crises occurred in the United States of America and in Switzerland in March 2023. Despite the diversity, these crises are united by a defect in the supervisory activity and by the loss of trust in the banking system: this was followed by public and private interventions.

The European and Italian legal system, after the crises of 2008, provides effective measures for the supervision and fight against banking crises. However, the regulatory system requires a modernization to cope with the speed of transactions and with the spread of news concerning the financial situation of a bank. The crises represent the testing ground for current legislation and the for the reforms in order to avoid future crises.

Sommario:

1. Le recenti crisi bancarie. Cronaca di una morte annunciata?
2. Le crisi americane
3. Le crisi bancarie in Italia e l'evoluzione della disciplina nazionale alla luce della legislazione Europea
4. Il cambio di passo. Gli orientamenti comunitari in tema di Fondi di garanzia dei depositanti ed il problema degli aiuti di Stato
5. Il "caso Tercas", la posizione della Commissione e le problematiche poste sul tappeto
6. La decisione del Tribunale UE del 19 marzo 2019 e la posizione della Corte di Giustizia Europea
7. Crisi bancarie e intervento dei fondi alla luce della disciplina riformata
8. La proposta di una disciplina uniforme dei DGS
9. Il contesto Europeo
10. Le crisi bancarie negli stati Uniti e in Svizzera. Caratteri comuni e difformità
11. Il caso "Credit Suisse"
12. Le prese di distanza dei regolatori europei
13. La lezione per le banche centrali e per le banche

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

«Beware the Ides of March»
William Shakespeare,
The Tragedy of Julius Caesar

1. Le recenti crisi bancarie. Cronaca di una morte annunciata?

La storia ci riporta che Calpurnia, moglie di Giulio Cesare, vide in sogno che qualcosa di molto spiacevole stava per succedere al marito e ne fu profondamente turbata; la mattina seguente, si era nelle Idi di Marzo, supplicò il marito di non uscire di casa, ma Cesare si recò ugualmente in senato, dove fu vittima di una congiura a suo danno: i cesaricidi, vedendolo come una minaccia per la repubblica, lo pugnarono a morte. Sia Svetonio sia Plutarco, descrivendo le ultime ore di vita di Cesare, riportano questo sogno premonitore di Calpurnia, verificatosi proprio la notte precedente la morte del suo sposo¹.

Purtroppo, nessun indovino ha previsto che nel mese di Marzo del 2023 il settore bancario sarebbe stato al centro di un grande tempesta che ha comportato il crollo di numerose istituzioni creditizie e ha creato un clima di incertezza e volatilità che non si rilevava da alcuni anni. I riflessi sono al momento imprevedibili. Le onde sono salite alte nell'Oceano Pacifico, dove i casi di Silicon Valley bank (SVB), Signature bank e poi ancora First national bank of America hanno scosso i mercati e minato la fiducia dei depositanti e degli investitori. Mentre a pochi giorni di distanza il 14 marzo le cristalline acque del lago di Zurigo si sono increspate per il rischio di insolvenza di una tra le più importanti banche elvetiche: Credit Suisse.

Mera coincidenza temporale, come sostengono alcuni esperti² o crisi che nata dagli States si è propagata oltreoceano? La situazione delle banche in Europa è relativamente tranquilla, come affermano le Autorità di regolazione, merito del plesso normativo varato dopo la crisi del 2008 che ha posto importanti baluardi a tutela della stabilità e liquidità dello stesso e che dovrebbe preservarla da effetti indotti di “contagio”. Sono in corsa d’opera miglioramenti e modifiche per aggiornare, anche sulla base dell’esperienza fin qui acquisita, il Codice bancario

¹ Plutarco, *Vite parallele trad Italiana, Le monnier, Firenze, 1863, p.354.*

² Si veda l’ampia analisi di PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratca o rischio sistemico?*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, maggio 2023, 1 ss. Per i primi commenti alla crisi di Silicon Valley Bank (SVB) e Signature negli Stati Uniti, ma anche alla crisi di Credit Suisse, in Svizzera, si vedano MANCA, *Banche: le colpe sono note. Mancano vigilanza e fiducia*, in *Corriere della sera*, 16 marzo 2023, 28; ONADO, *Perché quella di SVB non è una crisi da sottovalutare*, in *Ilsole24ore*, 13 marzo 2023; BAGLIONI, *Crisi bancarie, ci risiamo?* in *lavoce.info*, 14 marzo 2023; LENZI, *Silicon Valley bank o dell’insostenibile leggerezza dell’essere delle minusvalenze*, in *Ilsole24ore*, 14 marzo 2023; BERTOLDI, *Il lungo termine e la responsabilità del banchiere*, in *Ilsole24ore*, 13 marzo 2023.

Il dibattito è proseguito dopo il salvataggio di First National Bank. Si vedano MASSIAH, *Lezioni allo sportello. Dalle ultime crisi esplose il rischio reputazionale*, in *Corriere della sera*, 8 maggio 2023, 7; BECCALLI-MASSIAH, *Due crisi diverse e un lezione unica, La reputazione è tutto*, in *Ilsole24ore*, 20 maggio 2023, FERRARI, *Le banche e la crisi. Non incolpate i regolatori. La lezione americana*, in *Corriere della sera*, 22 maggio 2023, 21.

Un quadro dello sviluppo delle imprese di Silicon Valley, è in KAPLAN, *Un’avventura alle origini della Silicon Valley*, Roma, 2019.

europeo³. Per quanto concerne la Svizzera, fa storia a sé.

Gli effetti delle due crisi in Europa si sono comunque sentiti se non altro ingenerando i timori di un ennesimo “contagio”⁴.

I Governi e i Regolatori statunitensi e svizzeri sono celermente intervenuti con misure anche speciali, alcune delle quali possono essere discutibili, ma che nel complesso inducono ad una riflessione per riforme che potrebbero prevenire o attutire l’impatto delle crisi presenti per il futuro. L’eredità che quindi consegna la crisi di marzo è dei riflessi non solo nei confronti degli istituti finanziari, ma anche dei risparmiatori, degli investitori, delle Autorità di vigilanza, nonché *last but not least* delle banche Centrali. (si veda par. 13).

Un tema di partenza nel dibattito che si è sviluppato in concomitanza all’incedere delle crisi è se le disavventure bancarie siano stati eventi “idiosincratici” o si sia di fronte a un rischio di instabilità sistemica⁵. L’opinione prevalente è che si tratti di episodi legati a specifiche istituzioni, e quindi non di una crisi sistemica. Il che non consente, considerato il clima di timore che ha circondato le vicende bancarie in tutta Europa, di derubricare le crisi solo a circostanze occasionali, ma impone di valutare le conseguenze per il sistema bancario e per l’economia in generale⁶.

2. Le crisi americane

Il primato temporale degli eventi rovinosi è dato dal *crack* della Silicon Valley Bank, sedicesima banca americana per dimensioni patrimoniali con circa 210 miliardi di asset e 175 miliardi di depositi, che, fondata nel 1983, si è affermata come punto di riferimento per le *startup* e le aziende tecnologiche dell’intera Silicon Valley⁷. Il sistema bancario americano, definito duale perché vi operano parallelamente banche vigilate dal governo federale e banche vigilate dai singoli Stati, presenta alcune peculiarità da ricollegare all’evoluzione del concetto di banca e dell’attività di vigilanza così come si è stratificato nel tempo.

³ Costituita dalla direttiva 2013/36 UE, cd Crd4 (*capital requirements directive*) e dal regolamento n. 575/2013, cd CRR (*capital requirements regulatio*), dalla direttiva sul risanamento e risoluzione delle banche, direttiva 2014/59 UE, nonché dal regolamento n. 806/2014 sul Meccanismo di risoluzione unico (Srm). Si veda, per le recenti innovazioni normative, BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea, Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020.

⁴ Si veda BAGLIONI, *Crisi bancarie, ci risiamo?*, cit.

⁵ Per PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratia o rischio sistemico?*, cit., 1 ss., “i recenti fallimenti di Silicon Valley bank e di Credit Suisse, raccontano storie idiosincratice”. Della stessa opinione anche MAZZUCHELLI, *Banche, l’eredità delle crisi di marzo. Intervista*, in *MilanoFinanza.it*, 3 aprile 2023, per il quale in particolare la crisi di Credit Suisse è da ricollegare a scarsa competenza, poca esperienza, sicuramente cattiva gestione dei rischi in generale, in particolare dei rischi di liquidità, e dei rischi strategici.

⁶ MAZZUCHELLI, *Banche, l’eredità delle crisi di marzo. Intervista*, cit.

⁷ Si veda PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratia o rischio sistemico?*, cit., 7, per un profilo storico ricostruttivo di SVB, banca che si è altamente specializzata per finanziare i settori della tecnologia e delle biotecnologie, concedendo anche prestiti più rischiosi rispetto ai concorrenti per incentivare la nascita e la crescita di imprese innovative, accompagnate da altri servizi quale la prestazione di consulenza strategica, e altre attività non finanziarie.

Pochi passaggi significativi nel panorama della complessa storia bancaria degli States: nel 1782 nasce la *Bank of North America* a Philadelphia e fino al 1863 la nascita di una qualunque banca avveniva con una registrazione presso la Commissione bancaria dello Stato in cui operava. La normativa, tuttavia, in alcuni Stati era molto labile, non sufficiente a evitare il fallimento delle banche, le quali emettevano banconote tramite la raccolta di fondi rendendo più probabile l'ipotesi di una frode. L'obiettivo di eliminare ogni sorta di abuso da parte delle banche statali portò all'emanazione del *National Banking Act* del 1863 che istituì le banche c.d. nazionali, di tipo federale, vigilate dall'*Office of the Comptroller of the Currency* che aveva l'obbligo di verificare che le banche nazionali sostenessero le emissioni di banconote con partecipazione di titoli di stato statunitensi. In particolare, la legge mirava ad imporre una tassa proibitiva sulle banconote emesse dalle sole banche di Stato⁸.

Sotto la presidenza di Woodrow Wilson, nel 1913, fu emanato il *Federal Reserve Act* che istituì il *Federal Reserve System* per garantire la stabilità economica mediante l'introduzione di una banca centrale in grado di sorvegliare la politica monetaria. Durante la Grande Depressione degli anni 1930-1933, si verificarono circa 9000 fallimenti bancari con conseguenze dannose per i depositanti. Come risposta alla crisi finanziaria del 1929, il Congresso degli Stati Uniti d'America varò il *Glass-Steagall Act*, che prende il nome dai suoi promotori, il senatore Carter Glass e il deputato Henry B. Steagall. Venne introdotto la FDIC (*Federal Deposit Insurance Corporation*), agenzia indipendente che mira a proteggere i depositi dei clienti in caso di fallimento di una banca fino a un saldo massimo di 250.000 dollari (*pay-off method*) e sostiene le banche in difficoltà cercando potenziali acquirenti disposti ad accollarsene tutti i relativi rischi (*purchase and assumption method*). La riforma si incentrò anche sulla netta separazione tra *commercial bank* e *investment bank* ove le prime erano autorizzate a svolgere esclusivamente classiche attività bancarie e le seconde esclusivamente attività di investimento (c.d. *investment and corporate activities*). Pertanto, le banche commerciali erano impegnate nell'attività di raccolta di fondi e di erogazione di prestiti in quanto l'attività in titoli (con la sola eccezione dei titoli di Stato) venne riservata alle banche di investimento. La normativa in essere fu oggetto di numerosi tentativi di elusione e la Corte Suprema, nel 1988, convalidò l'operato della Federal Reserve che permise a J.P. Morgan di sottoscrivere obbligazioni e azioni, riconoscendo tale privilegio anche ad altre holding. Considerato lo scenario internazionale, era forte l'esigenza di estendere anche alle banche americane la

⁸ Per un quadro sintetico della strutturazione/frammentazione del sistema bancario statunitense, con particolare riguardo ai livelli statale/federale e alle rispettive origini storiche, si veda ROSELLI, *La finanza Americana negli anni Ottanta e i Novanta, Instabilità e riforme*, Cariplo-Laterza, Roma-Bari, 1995, 21-36. Una ricostruzione storica della regolamentazione bancaria e finanziaria degli Usa è contenuta nel saggio di WHITE, *Lessons From the History of Bank Examination and Supervision in the United States, 1863-2008*, in GIGLIOBIANCO - TONIOLO (a cura di), *Financial Market Regulation in the Wake of Financial Crises: The Historical Experience*, in *Seminari e convegni, Workshops and Conference*, Banca d'Italia, Roma, 2009, 15-44.

possibilità di svolgere attività nei settori immobiliare e assicurativo. Nel 1999 fu definitivamente abrogato il *Glass-Steagall Act* per lasciare spazio al *Gramm-Leach Bliley Financial Services Modernization Act* che sanciva come una banca potesse offrire servizi bancari commerciali, in titoli e in assicurazioni.

In una tendenza di maggiore liberalizzazione della regolamentazione bancaria si inquadra anche la proposizione di servizi complessi come il confezionamento dei mutui attraverso un processo di cartolarizzazione (*securitization*) ovvero il processo di raggruppamento e trasformazione di attività finanziarie piccole e altrimenti non liquide in titoli obbligazionari negoziabili su un mercato secondario (*mortgage-backed security*).

Nel 2008, un'innovazione finanziaria particolarmente significativa fu rappresentata dai mutui subprime, una nuova categoria di mutui immobiliari concessi a debitori con rating di credito inadeguato⁹. In questa occasione, la Federal Reserve assunse il ruolo di *lender of last resort* ovvero di “prestatore di ultima istanza” per sostenere il sistema bancario.

Merita approfondimento il disegno di legge noto come *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* dai nomi dei suoi firmatari, il senatore Christopher Dodd e il deputato Barney Frank, approvato dal Congresso nel luglio del 2010. Contiene 15 titoli e 541 articoli. La nuova legislazione ha creato il *Consumer Financial Protection Bureau*, all'interno della Federal Reserve, con lo scopo di vigilare tutte le società che hanno lo scopo di erogare mutui residenziali e che possiedono attività superiori a 10 miliardi di dollari e tutti gli emittenti di strumenti finanziari rivolti alla parte meno abbiente della popolazione. La legge istituisce altresì un *Financial Stability Oversight Council*, presieduto dal segretario del Tesoro, al fine di individuare le maggiori società finanziarie a livello sistemico e attribuire ad esse la designazione ufficiale di SIFI (*Systemically Important Financial Institutions*). Limita altresì la speculazione delle banche con i propri titoli (c.d. *Volcker Rule*) e rafforza il programma di tutela dei *whistleblower* (cioè i dipendenti di un'impresa che segnalano illeciti), già previsto dal *Sarbanes-Oxley Act* dal 2002¹⁰.

In un primo momento, la norma si applicava a tutte le banche con attivi di bilancio superiori a 50 miliardi di dollari. Nel 2018, sotto la presidenza di Donald Trump, il limite si innalzò a 250 miliardi di dollari, esonerando alcune banche regionali da quelle regole di controllo più stringenti¹¹. Ne deriva che solo alle prime 14 banche americane venissero applicate le norme vigenti in Europa come anche quelle relative ai requisiti di

⁹ Si veda MCCOY, *Il contagio dei subprime*, in RISPOLI FARINA - ROTONDO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, Milano 2009, 25 ss.

¹⁰ Per un'analisi approfondita della “Volcker Rule” si veda SCALCIONE, *Stati Uniti*, in RISPOLI FARINA - PORZIO (a cura di), *Atti del Convegno “Il tramonto della banca universale?”*, Napoli, 2017, 155 ss.

¹¹ Per le misure proposte nella “riforma Trump”, si vedano VENTORUZZO, *Così Trump smonta le regole della finanza*, in *lavoce.info*, 23 giugno 2017 e SCALCIONE, *Il progetto della Casa Bianca di deregulation della normativa sui servizi bancari e finanziari e l'abrogazione della Volcker Rule*, intervento al convegno di studi in onore di GUSTAVO MINERVINI, organizzato dall'Università di Napoli per la presentazione del volume dal titolo “Il tramonto della banca universale?” redatto nell'ambito del Progetto Prin 2010/2011 20107°8N8C_003, Napoli 29 gennaio 2023.

liquidità da tenere a disposizione e quelle inerenti la vigilanza periodica. Dal punto di vista normativo, pertanto, a differenza di quanto è avvenuto in Europa, negli Stati Uniti si è venuto affermando nel tempo un *trend* di progressiva deregolamentazione¹².

L'assunzione di rischi da parte delle singole banche è inevitabile e se, da un lato, il rialzo dei tassi di interesse è stato un fattore determinante per scatenare la crisi di SvB e Signature bank, e ha rivelato la sensibilità dell'economia, va rilevato che non è presente, in America, un sistema di vigilanza periodica, dominante, invece, in Eurozona grazie agli interventi normativi seguiti a Basilea 3.

Quanto accaduto alla Silicon Valley Bank ha risvegliato, negli investitori, i timori di una nuova crisi, quale quella che si manifestò a partire dal 2008¹³. L'istituto ha improvvisamente annunciato una perdita di 1,8 miliardi di dollari e un aumento di capitale per 2,25 miliardi per far fronte alle perdite, ma la conseguenza è stata una vera e propria corsa agli sportelli per prelievi pari a 42 miliardi in data 9 marzo 2023. Ogni tentativo di salvataggio era ormai invano e la banca è diventata insolvente tanto che i primi giorni del mese di marzo la SVB ha annunciato la perdita di circa 958 milioni di dollari. A questo sono succeduti altri due fallimenti, quello della Signature Bank e della Silvergate Bank (nota per le criptovalute).

La banca SVB ha investito 120 miliardi di dollari in un portafoglio di titoli di Stato a lunga scadenza e in *mortgage-backed security* (titoli obbligazionari rinvenienti da operazioni di cartolarizzazione di prestiti ipotecari) per un importo di 91 miliardi. Come insegnano le migliori regole della gestione di una banca, se i titoli a tasso fisso vengono detenuti fino a scadenza, l'oscillazione dei tassi non incide sulla restituzione del valore nominale. Situazione diversa è la crisi di liquidità di una banca che si trova costretta a vendere e che provoca la perdita di valore degli asset. Ciò è accaduto in conseguenza del costante rialzo dei tassi da parte della FED per il contesto di mercato che si è palesato a seguito delle vicende geopolitiche in Ucraina.

A margine della crisi di SVB, da parte delle Autorità di vigilanza, si è dato il via a riflessioni su nuovi interventi normativi atti a impedire ripercussioni di tale portata e far emergere le falle insiste nel sistema di regolamentazione¹⁴. Prontamente in sede di Comitato di Basilea, si è sostenuto che è opportuno individuare le misure idonee a contrastare fenomeni di crisi e riesaminare la regolamentazione in essere¹⁵.

¹² STIGLITZ, (*Silicon Valley Bank's failure is predictable - what can it teach us?*, in *The Guardian*, 13 marzo 2023) individua la responsabilità della crisi delle banche della Silicon Valley nella politica monetaria di Powell e nella deregolamentazione operata da Trump.

¹³ Per le iniziali risposte alla crisi del 2008 si vedano RISPOLI FARINA, *Crisi dei mercati finanziari e incertezze delle politiche di salvataggio. 1) L'ordinamento americano*, in *Innovazione e diritto*, 2008, 6, 1ss.; EAD. - ROTONDO, *La crisi dei mercati finanziari tra effetti della globalizzazione e fallimento della regolamentazione*, in IID. (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, cit., 1 ss.; e ONADO, *Crisi finanziarie e vigilanza*, ivi, 137; ID., *I nodi al pettine, La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma-Bari, 2009. V. SANTORO - TONELLI (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari. Analisi e prospettive*, II, Milano, 2013.

¹⁴ Si vedano MAZZUCHELLI, *Banche, l'eredità delle crisi di marzo. Intervista*, cit., e HAMANOUI, *Tre problemi per le banche regionali Usa*, in *lavoce.info*, 13 aprile 2023.

¹⁵ Il Comitato di Basilea ha sottolineato, alla luce delle vicende recenti, l'esigenza di "un sistema

3. Le crisi bancarie in Italia e l'evoluzione della disciplina nazionale alla luce della legislazione Europea

Il sistema bancario italiano allo stato non pare destare particolari problemi¹⁶ e si può avanzare l'ipotesi che costituisca un apprezzabile precedente di riferimento per quel che concerne il quadro normativo riservato alla soluzione delle crisi bancarie. Una speciale disciplina per regolamentare le crisi bancarie in Italia¹⁷ è stata introdotta dalla legge bancaria del 1936-38¹⁸ e dopo più di sessanta anni di vigenza è stata riconfermata, in linea di sostanziale continuità, dal Testo Unico Bancario del 1993, (TUB) la cd. "Nuova legge bancaria", che ha previsto, sulla base di determinati presupposti, l'applicazione di una procedura di "amministrazione straordinaria (il cosiddetto "commissariamento") e di una speciale procedura di "liquidazione coatta amministrativa"¹⁹.

Il quadro così delineato è stato profondamente innovato quando, a seguito della crisi finanziaria del 2008, prese avvio un ampio processo di riforma a livello globale e si predispose un nuovo quadro normativo (*single rule book*) in grado di rafforzare il settore bancario per evitare shock esterni e rafforzarne la stabilità. Prese vita l'Unione bancaria Europea²⁰, articolata nei tre Pilastri, un organismo unico di supervisione bancaria (SSM) un secondo (SRM) di gestione delle crisi, il terzo, non ancora realizzato, un sistema unico di Garanzia dei depositi (ESIS). Tassello saliente una disciplina per le crisi bancarie introdotta, a livello europeo, con la Direttiva UE 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione degli enti

bancario globale solido, sostenuto da un'effettiva governance, pratiche di gestione del rischio, forte vigilanza e una cooperazione internazionale" [https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2023/03/23/comitato-basilea-impriamo-la-lezione-dalla-crisi-banche_8cde3ef0-786d-4b84-8655-dadd801d531f.html].

¹⁶ "Le banche italiane stanno bene, le banche europee anche, e le turbolenze che abbiamo visto sono più legate a un modello di business di alcune banche ma ci possono essere effetti di contagio per altre ragioni che per noi sono difficili da comprendere". Così ha dichiarato il Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco a margine degli incontri di primavera di Fmi e Banca Mondiale. "In Italia la posizione di capitale è solida, la liquidità è sufficiente e la redditività è buona. Allo stesso tempo le banche hanno fatto molti progressi sugli npl, c'è stato anche uno sforzo per migliorare il mercato dei crediti deteriorati". Si veda (Il Sole 24 Ore Radiocor Plus), Roma, 13 aprile 2023.

¹⁷ "Le condizioni del sistema bancario italiano sono complessivamente buone. La qualità degli attivi non mostra segnali di peggioramento e la redditività è migliorata, favorita dall'aumento del margine di interesse. Pur in presenza di una riduzione della raccolta e di una ricomposizione dei depositi della clientela, il profilo di liquidità si mantiene equilibrato sia sulle scadenze a breve sia in un orizzonte di medio periodo; la disponibilità di attività stanziabili per operazioni di rifinanziamento presso l'Eurosistema resta ampia". Si veda *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, BANCA D'ITALIA, Eurosistema, n.1-2023.

¹⁸ Per la formazione della legge bancaria del 1936 si veda PORZIO, (a cura di) *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua storia segreta*, Bologna, 1981; ID., *Le imprese bancarie*, Torino, 2007, 11 ss.; RISPOLI FARINA, *L'evoluzione storica della vigilanza bancaria in Italia*, in *Innovazione e diritto*, 2014, 1, 75 ss.

¹⁹ Per i profili di continuità tra i due plessi normativi, si veda MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in RISPOLI FARINA (a cura di) *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, 3 ss.

²⁰ Si veda SORACE, *I "pilastri" dell'unione bancaria*, in CHITI - SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 91 ss.

creditizi (meglio nota come BRRD, recepita in Italia con modifiche al TUB tramite il D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180). L'impatto delle nuove discipline europee di vigilanza e di soluzione delle crisi, che sono il tessuto della cd. *Banking Union*, ha comportato nel contesto italiano un notevole salto nelle modalità di gestione delle situazioni di difficoltà in cui possano trovarsi le banche italiane.

La previsione di una disciplina speciale della crisi delle banche è una costante dei principali ordinamenti giuridici, in considerazione del ruolo che le banche rivestono nei principali ordinamenti moderni, dei particolari interessi che esse coinvolgono, e per le conseguenze devastanti che una crisi bancaria può generare. In primo luogo, rileva la necessità di tutelare i risparmiatori, che affidano i loro risparmi alle banche, nonché di preservare la stabilità complessiva del sistema finanziario, che costituisce il principale canale di finanziamento dell'economia, e infine, *last but not least*, l'economia del territorio.

La legge bancaria del 1936, frutto dell'intuizione di un legislatore attento agli effetti delle crisi e quindi previdente, nasce a seguito alla grande crisi degli anni '30 che investì anche l'Italia e le banche, e realizzò una profonda riforma del sistema finanziario²¹, sottoponendo a intensa regolamentazione gli intermediari finanziari, e

²¹ La riforma bancaria del '36 non fu solo una azione di risanamento, ma bensì una vera e propria ristrutturazione del sistema bancario dell'epoca. Per tutti PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 20 ss.

La disciplina nazionale bancaria ha presentato notevoli peculiarità nella sua evoluzione storica. Fondamentale rilievo assumono le leggi bancarie del 1926 e del 1936, la prima varata per far fronte alla crisi del primo dopoguerra, e del modello della banca mista, la seconda a seguito della grande crisi del 1929, cui fece seguito la "Grande Depressione" mondiale. In entrambi i casi è la crisi dell'industria a trascinare con sé le istituzioni creditizie, coinvolte, dapprima, per aver erogato credito a imprese travolte dal processo di riconversione post-bellica e, più innanzi, per aver operato quali "banche miste", e cioè intermediari che si caratterizzavano per la rilevante presenza di rapporti anche di proprietà, a monte e a valle, con imprese industriali, entrate in seguito in difficoltà. La legge del 1926 affida il controllo sulle banche alla vigilanza della Banca d'Italia e al Ministero delle Finanze, introducendo requisiti per il capitale e l'autorizzazione alla costituzione su aziende di credito che operano come banche miste. La legge del 1936 segna invece la separazione tra il credito a breve e quello a medio-lungo termine e soprattutto intende evitare le partecipazioni delle banche nell'industria, definendo allo stesso tempo l'attività bancaria, costituita dalla raccolta del risparmio e dall'esercizio del credito, come funzione di interesse pubblico, sottoposta ad intenso controllo pubblico in capo a Banca d'Italia, Comitato dei ministri e Ministro del Tesoro. L'esito di questo intervento ad ampio raggio è la creazione di un sistema bancario pluralistico e segmentato, di proprietà essenzialmente pubblica e sottoposto a controllo pubblico. La legge disciplina l'ingresso nel settore, l'attività e la fase patologica delle aziende bancarie prevedendo due importanti istituti: l'amministrazione straordinaria, volta al risanamento patrimoniale e/o gestionale e la liquidazione coatta amministrativa, finalizzata a liquidare l'azienda in presenza di gravi e irreparabili deficit patrimoniali e/o gestionali, che è alternativa alla procedura fallimentare ordinaria.

La legge del '36 per le sue caratteristiche di flessibilità si è rivelata particolarmente efficace e duratura nel tempo. L'ordinamento costituzionale, all' 47 della Costituzione repubblicana (entrata in vigore, com'è noto, nel 1948), dopo un ampio dibattito in Assemblea Costituente, conferma e rafforza la "filosofia" di quella legge. La normativa di settore consente al sistema bancario di sostenere, nel secondo dopoguerra, il peso del finanziamento della ricostruzione senza soverchie ripercussioni sulla struttura e sulla funzione degli intermediari.

Sulla valenza dell'art. 47 che recita: "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue

introducendo anche due speciali procedure che sottraevano le banche alla procedura concorsuale ordinaria. Il Testo Unico Bancario, varato nel 1993²², che ha sostituito al modello di banca specializzata il modello della cd “banca universale”²³ ha confermato la necessità di procedure *ad hoc*, diverse dalla procedura fallimentare ordinaria, per le imprese bancarie.

La legge bancaria del '36 non rimase lettera morta ma conobbe una immediata applicazione soprattutto a partire dal secondo dopo guerra, anche per quel concerne le disposizioni relative alle crisi bancarie²⁴. Il sistema bancario italiano era solido, ma alieno da prospettive di concorrenza e non privo di aree di inefficienza. Quanto agli strumenti per sanare le crisi, vanno ricordati oltre che l'amministrazione straordinaria

forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”, si vedano MERUSI, Sub. art. 47, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1980, 158 ss. e per gli sviluppi recenti PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'Art. 47 della Costituzione*, in CHITI - SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, cit., 153.

²² Per la continuità tra la vecchia e la nuova legge bancaria, si veda MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, cit. In merito alla riconferma delle procedure per la crisi si vedano in RISPOLI FARINA (a cura di) *La nuova legge bancaria*, cit., PATRONI GRIFFI, *La “nuova” disciplina delle crisi delle banche. Una prima visione d'insieme*, 265 ss. e DESIDERIO, *La disciplina delle crisi*, pp.283 ss.

²³ Il modello della “banca universale” è stato il modello di gestione dell'attività bancaria prevalentemente adottato nei Paesi industrializzati a partire dagli anni '80, ma gli innegabili vantaggi sono stati offuscati dalle discutibili *performance* che si sostiene siano alla base della crisi finanziaria del 2008. Per il recepimento nell'ordinamento italiano, si veda BELLI, *Teorie creditizie e legislazione bancaria. La “banca universale” e il Testo Unico*, in RISPOLI FARINA (a cura di) *La nuova legge bancaria*, cit., 74 ss.

In Europa, sulla falsariga degli Stati Uniti che ha scelto con la cd. *Volcker Rule* di ritornare alla specializzazione, è stata avanzata nel 2014 dalla Commissione europea una proposta di regolamento per la ristrutturazione del settore bancario. Per un approfondimento sui lavori dell' *High Level Expert group* presieduto da Ekki Liikanen, del 2012, sul progetto di riforma strutturale, sul dibattito sulla riforma e sulle leggi adottate in altri ordinamenti europei, si veda, in RISPOLI FARINA - PORZIO (a cura di), *Atti del Convegno “Il tramonto della banca universale?”*, cit. In particolare, si veda MAZZUCHELLI, *A lustrum of Reform: from the Liikanen report to banking union*, ivi, 33, 55. L' Autore, componente del Liikanen High level Group, (si veda anche la *Relazione* al convegno. *Le regole europee sulle banche: novità in corso e problemi aperti* in ATTI, Università di Napoli Federico II, 29 gennaio 2018) ricorda che il Parlamento Europeo ha deciso di accantonare la *Bank Structural Reform* (BSR), cioè la riforma strutturale del sistema bancario che era stata proposta dalla Commissione sulla base della raccomandazione del Liikanen Expert Group, a causa dei veti, soprattutto francesi, e più in generale del disinteresse complessivo del Parlamento europeo post Brexit, un evento che ha determinato la semi-paralisi della legislatura europea appena conclusasi. Almeno ufficialmente, tuttavia, l'elemento che ha determinato l'affossamento della proposta di riforma è stato il cosiddetto “onere della prova”, cioè se al superamento di una certa soglia dimensionale da parte di una banca universale, la separazione funzionale (perché di ciò si deve parlare, non già di scissione dell'intero gruppo bancario) tra le due attività, commerciale e di intermediazione finanziaria, dovesse essere posta in essere in modo automatico o se dovesse essere il regolatore a dimostrare che quel soggetto bancario presentasse un rischio sistemico. Poiché questa seconda interpretazione avrebbe aperto un infinito contenzioso legale sul piano delle responsabilità, su questo punto si è trovato l'accordo al fine di accantonare la proposta Liikanen. In ogni caso i successivi provvedimenti adottati in sede Europea, quantunque non sia stata approvata la “riforma strutturale”, hanno dato seguito alle raccomandazioni suggerite nel Liikanen Report.

²⁴ Si veda PORZIO, *Il governo del credito: l'ordinamento bancario tra pubblico e privato*, Napoli, 1976.

(artt. 57 e s.) e la liquidazione coatta amministrativa (artt. 67 e s.), le soluzioni offerte dal cd. Decreto Sindona, D.M. 27 settembre 1974, varato in occasione della crisi della Banca Privata Italiana e che consentiva alle banche cessionarie delle aziende in difficoltà di ottenere dalla Banca d'Italia, al tasso agevolato dell'1%, speciali anticipazioni a ventiquattro mesi, su pegno di Buoni del tesoro a lunga scadenza.

Il rimedio fu adottato per numerosi casi critici, ma suscitò perplessità per i costi gravanti sulla Banca d'Italia e quindi sulla collettività (stessa cosa dicasi per la "ricapitalizzazione" delle banche pubbliche), innestando un dibattito sulla opportunità di una "socializzazione delle perdite" nell'ambito del quale va segnalata la posizione dell'Autorevole Giurista Gustavo Minervini – fortemente scettico sulla applicazione del Decreto Sindona – che portò alla costituzione del Fondo interbancario di tutela dei depositi²⁵. Il Fondo, costituito con risorse delle banche, fu varato poco prima della nuova legge bancaria, il d.lgs. n. 385 del 1° settembre 1993 (TUB), in una forma che garantiva tuttavia solo i depositanti e non gli obbligazionisti, e legittimato ad intervenire solo nell'ambito di una eventuale liquidazione coatta amministrativa e della copertura di sbilancio della cessione in caso di trasferimento della gestione ad altro intermediario²⁶.

Nella maggior parte delle crisi bancarie in Italia si è applicata la procedura di liquidazione coatta amministrativa, con cessione di attività e passività ad altra banca più solida, nella ipotesi in cui una amministrazione straordinaria (procedura come si già detto, volta al risanamento) non fosse possibile riportare la banca all'ordinaria gestione²⁷. L'unica soluzione alternativa, devastante per i portatori degli interessi sopra ricordati, sarebbe stata la applicazione di una liquidazione coatta in senso proprio, quindi della cessazione dell'attività, della

²⁵ Si veda MINERVINI, *Note sull'assicurazione dei depositi bancari*, in AA. VV., *Banche in crisi 1960-1985*, Roma-Bari, 1985, 180 s.; ID., *Note sull'assicurazione dei depositi bancari*, in *Il sole 24ore*, 28 gennaio 1984, p. 10. L'insigne giurista auspicava una assicurazione obbligatoria dei depositi, sulla falsariga di quella vigente in America, per non gravare sui contribuenti, ma che tuttavia operasse una *selettività* degli interventi a favore dei risparmiatori "inconsapevoli", più meritevoli di tutela, nonché la prosecuzione limitata nel tempo delle attività bancaria anche in corso di liquidazione coatta amministrativa, con un flusso di liquidità fornito dalla Banca centrale. Si veda anche la ricostruzione delle posizioni di G. Minervini in RISPOLI FARINA, *Gustavo Minervini, studioso e legislatore*, in *Innovazione e diritto*, 2016, 4, 120.

Il tema della selettività degli interventi di "Ristoro", è ripreso da G. Sandrelli (*lavoce.info.it*, 2019), il quale in merito ai recenti provvedimenti a favore di "risparmiatori traditi" precisa che la Commissione europea ha riconosciuto, a partire dal caso Monte dei Paschi di Siena, che lo Stato può legittimamente farsi carico delle "conseguenze sociali" della condotta illegittima (*mis-selling*) della banca, perché si tratta di una misura solidaristica, e non del vietato aiuto di Stato; l'Autore esprime, altresì, le sue perplessità sui fondi di ristoro elargiti in maniera automatica..

²⁶ Per C. BRESCIA MORRA, la maggiore copertura assicurativa nei confronti dei depositanti è un importante strumento a disposizione delle Autorità nell'apparato dei controlli pubblici sul sistema bancario. Cfr. *amplius* il lavoro *Ordinamento giuridico della vigilanza e interventi nelle crisi*, in RISPOLI FARINA - ROTONDO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, cit, 147 ss.

²⁷ AA. VV., *Banche in crisi 1960-1985*, cit.; per il quadro normativo vigente (post BRRD) BONFATTI, *Crisi della banca e contratti bancari*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Milano, 2020, 637 ss. Per un ampio quadro storico ricostruttivo BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, Roma, 2020.

perdita dell'avviamento e di una gestione di tipo "fallimentare". Su un centinaio di crisi bancarie verificatisi in passato nel vigore della suddetta normativa, si ricorda che solo tre hanno seguito quest'ultima strada; negli altri casi si è riusciti a garantire la sopravvivenza dell'azienda bancaria.

Tralasciando i pochi casi italiani, relativi a banche di grandi dimensioni, in cui la soluzione della crisi è derivata da un intervento pubblico realizzato in varie forme,²⁸ il superamento della crisi, o l'acquisizione da parte di altra banca più solida, ha dovuto confrontarsi con alcuni ricorrenti problemi, ed in particolare: a) la crisi di liquidità; b) la presenza di perdite rilevanti; c) la presenza di un consistente numero di sofferenze, o comunque di partite anomale; d) disfunzioni organizzative, presenza di personale in eccedenza e/o poco qualificato²⁹.

Nell'ambito di processi di risanamento e/o ristrutturazione i Fondi di garanzia dei depositanti, introdotti nel 1987, prima in forma facoltativa³⁰ e poi resi obbligatori dal TUB (ed oggi dalla normativa comunitaria e denominati SGD, sistemi di garanzia dei depositi), hanno svolto da sempre un ruolo di primo piano.

In Italia operano, come è noto, il Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) ed il Fondo di garanzia del credito cooperativo (FGD). I Fondi di

²⁸ Si veda BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit., 28 per l'utilizzo del Decreto Sindona, D.M 27 settembre 1974, per i salvataggi del Banco di Napoli, del Banco Ambrosiano e della Sicilcassa. Il Decreto è rimasto operativo fino agli anni 2000, quando non si poté più utilizzare la liquidità della banca centrale per fare fronte ai salvataggi bancari.

²⁹ Con la "Nuova legge bancaria" del 1993 che confermava il regime speciale dell'insolvenza bancaria ulteriormente rafforzandolo, si predisponeva un quadro di regolamentazione e supervisione improntata a regole prudenziali. Si confermava il ruolo della Banca d'Italia nella regolamentazione dell'insolvenza e delle modalità di exit dal mercato degli intermediari "marginali". Così BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit., 29.

³⁰ Per la disciplina che introdusse il sistema di garanzia dei depositi, in attuazione della direttiva 94/19 CEE, si veda MONTANARO, *L'assicurazione dei depositi in Italia nella prospettiva del recepimento della direttiva comunitaria*, in *Banca, impr. e soc.*, 1995, 375 ss.

Per un quadro storico ricostruttivo del DGS e per le modifiche previste dopo la BRRRD, si veda SACCO GINEVRI, *I sistemi di garanzia dei depositi bancari*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, cit., 661 ss. L'Autore precisa che il meccanismo di finanziamento dei DGS (Sistemi di garanzia dei depositi) – oggi disciplinato dagli artt. 96.1 e 96.2 TUB – prevede l'erogazione di contribuzioni annuali fino al raggiungimento della soglia dello 0,8% dei depositi coperti di tutte le banche aderenti, nonché il versamento di contributi straordinari ove la dotazione finanziaria del DGS sia insufficiente a consentirgli di procedere al rimborso dei depositi. Tali contribuzioni sono proporzionate all'ammontare dei depositi protetti di ciascuna banca aderente, nonché al relativo profilo di rischio. A ciò si aggiunga la possibilità per i DGS di attivare «fonti di finanziamento alternative a breve termine» per fare fronte alle proprie obbligazioni (cfr. art. 96.2, c. 5, TUB), nonché la possibilità di ricorrere ai prestiti erogati da altri sistemi di garanzia (anche istituiti presso un altro Stato membro dell'UE; cfr. art. 96-*quater*.1, c. 1, TUB).

I DGS dispongono di dotazioni patrimoniali cospicue, le quali vengono gestite dagli organi dell'ente, che sono a loro volta composti dai rappresentanti delle banche consorziate. Di qui la previsione dell'obbligo, in capo ai DGS, di dotarsi di assetti di governo, di strutture organizzative e di sistemi di controllo adeguati (art. 96-*bis*.3, c. 1, TUB), nonché la parziale estensione della disciplina recata dall'art. 26 TUB, in materia di esponenti aziendali «ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso i sistemi di garanzia» (art. 96-*bis*.3, c. 3, TUB).

garanzia, alimentati con somme provenienti dalle banche associate, sono in primo luogo deputati al rimborso dei depositanti (entro il limite massimo dei 100mila euro) in caso di liquidazione coatta amministrativa. La disciplina dei fondi è stata di recente aggiornata, prevedendo una contribuzione, sia ex ante (indipendentemente dalle singole crisi), sia ex post, tramite richiamo di fondi, in caso di necessità. Il rimborso dei depositanti, che in astratto sarebbe la funzione primaria dei fondi, di fatto è stata utilizzata raramente, in quei pochi casi, cui si è accennato, in cui alla crisi non si è trovata soluzione e si è dovuto dare luogo ad una vera e propria liquidazione coatta. La soluzione privilegiata è stata sempre quella di un intervento preventivo “di sostegno” del fondo, tendente o ad evitare la liquidazione coatta tramite una riorganizzazione ed un ritorno in bonis della banca, o ad agevolare la cessione di attività e passività ad altra banca. L’attività di sostegno, prevista dagli statuti dei fondi, è sempre stata decisa dagli organi del fondo, con l’approvazione della Banca d’Italia, in base al criterio del “minor costo”: in sostanza, l’attività di sostegno è stata posta in essere tutte le volte che il rimborso dei depositanti avrebbe avuto per il fondo un costo maggiore (o ben maggiore, come sarebbe stato nella gran parte dei casi) rispetto all’esborso necessario per sostenere ed agevolare la cessione di attività e passività ad altra banca. L’intervento è stato anche posto in essere dal FITD, ma in casi rari e con strumenti più limitati, al fine di operazioni di riorganizzazione bancaria. Tale intervento è stato ancor più determinante dopo la cosiddetta “liberalizzazione” dell’apertura degli sportelli bancari³¹.

L’intervento preventivo dei fondi ha assunto, nei singoli casi concreti ed in relazione alle singole necessità, una molteplicità di forme, tra le quali possono ricordarsi le principali: a) la copertura del cosiddetto “disavanzo” di cessione, in caso di “patrimonio negativo” della cedente (o comunque di sbilancio negativo tra attività e passività cedute); b) il rilascio di garanzie in caso di prestiti subordinati; c) l’acquisizione di parte delle sofferenze della cedente, al fine di evitarne il trasferimento alla cessionaria; d) la contribuzione alle spese di cessione o di altre attività connesse alla cessione, nonché alla riorganizzazione e alla riqualificazione degli sportelli ceduti.

Prima del noto “caso Tercas”, il quadro era quello delineato. Una situazione che per molti decenni aveva dato risultati molto soddisfacenti, risolvendo all’interno del sistema bancario stesso le crisi, ed evitando effetti negativi sui depositanti e sul

³¹ Va ricordato infatti che in passato, specie negli anni Settanta del secolo scorso, la politica restrittiva dell’Organo di vigilanza in merito all’apertura degli sportelli induceva le banche che volessero espandersi, anche territorialmente, ad acquisire gli sportelli delle banche in difficoltà, anche assumendosene parte delle passività e delle problematiche, costituendo esse in sostanza un “costo” dell’acquisizione, e venendo spesso meno la necessità di un intervento esterno. In seguito alla liberalizzazione dell’apertura degli sportelli l’interesse delle banche all’acquisizione degli sportelli di una banca in difficoltà è oggi venuta meno, anche a causa della perdita di valore degli sportelli ed ai diffusi fenomeni di inutile sovrapposizione sulle medesime piazze, per cui si è reso necessario incentivare il soccorso di una banca in bonis a favore di una banca in difficoltà, o quantomeno ad alleviare le problematiche che derivano alla banca cessionaria dall’operazione di acquisizione.

mercato. Ferma restando comunque la inevitabile perdita subita dai soci della banca in crisi in base al rischio d'impresa, la cui tutela peraltro prescinde dai fini della legislazione bancaria³².

4. Il cambio di passo. Gli orientamenti comunitari in tema di Fondi di garanzia dei depositanti ed il problema degli aiuti di Stato

La crisi finanziaria della fine degli anni 2000, di portata devastante, ha indotto l'Unione Europea a porre al centro una serie di interventi per regolamentare il fenomeno delle crisi bancarie e finanziarie³³. I massicci interventi pubblici da parte dei vari stati dell'Unione per sostenere i sistemi bancari, ed in particolare per sostenere le grandi banche in crisi (in forma più contenuta in Italia che altrove), hanno posto il problema della ammissibilità degli aiuti di Stato e della loro compatibilità con la disciplina comunitaria della concorrenza contenuta nel Trattato. Nel 2013, facendo seguito ad una serie di precedenti comunicazioni, la Commissione dell'UE, quale autorità della concorrenza, ha pubblicato la Comunicazione 2013/C216/01, ove, pur riconoscendo l'importanza del sistema bancario per il sistema economico e quindi l'ammissibilità di discipline speciali e di deroghe in caso di crisi che possano danneggiare l'economia di uno Stato membro (come ammesso dall'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE), ha precisato che gli aiuti di Stato possono avere solo carattere residuale e limitato rispetto all'intervento dei soci e dei creditori subordinati, che devono in primo luogo sopportare i danni della crisi, ed essere inoltre condizionati ad un adeguato piano di ristrutturazione³⁴.

Per quanto riguarda poi la posizione dei fondi di garanzia nazionali la Comunicazione (par. 64) precisa che l'intervento dei fondi non costituisce aiuto di Stato qualora sia rivolto al rimborso dei depositanti, mentre potrebbe esserlo se rivolto ad operazioni di ristrutturazione che, in quanto tali, potrebbero condurre ad una alterazione delle regole della concorrenza, e ciò anche qualora la provenienza dei fondi sia privata, ma l'intervento derivi da una decisione pubblica o sia sotto il

³² Il settore bancario ha vissuto in quegli anni un periodo di relativa tranquillità. Vi era la certezza che le Autorità avrebbero comunque realizzato misure idonee a tenere indenni i creditori dalle conseguenze di un dissesto bancario, e l'attivazione di procedure di amministrazione straordinaria non determinava effetti indesiderati sulla raccolta e sulla liquidità, poiché vi era la consapevolezza che il regime di gestione straordinaria, affidata a commissari nominati dalla Banca d'Italia, con la funzione di accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere la soluzione della crisi aziendale era posta nell'interesse dei depositanti. Una fase che PORZIO ha definito "La tranquilla vita di un club di provincia", in *Le imprese bancarie*, cit., 27.

³³ Per un quadro del complesso normativo relativo alla Unione Bancaria, CHITI - SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, cit.; BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit., 29 ss. Per il processo formativo sia consentito il rinvio a RISPOLI FARINA, *Verso la vigilanza unica europea. Stato dell'arte*, in *Innovazione e diritto*, 2012, n.6, 1 ss Pdf.

³⁴ Per un quadro della problematica sugli Aiuti di Stato nel settore bancario, SCIPIONE, *Aiuti di stato e crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2021; CAPOLINO, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità* in AA. VV. (a cura di), *Regole e mercato*, I, Torino, 2016, 664 ss.

controllo pubblico. In ordine a tali interventi la Commissione si riserva il potere di valutare caso per caso la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato.

Questa presa di posizione, che già presentava profili problematici, è stata in parte ribadita dalla successiva Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (2014/59/UE, meglio nota come BRRD) sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e finanziari.

La Direttiva, che interviene in modo innovativo sulla disciplina delle crisi bancarie introducendo tra l'altro il noto *bail in*, ha avuto, tra i suoi principali scopi, quello di ridurre o eliminare il costo pubblico delle crisi bancarie, limitando l'intervento pubblico solo a casi estremi (comunque sottoposti all'approvazione della Commissione), facendo invece gravare il costo delle crisi su soci, creditori ed anche sui depositanti per i depositi eccedenti l'importo di 100 mila euro oggetto di tutela da parte dei fondi di garanzia dei depositanti.

Nel complesso quadro normativo che emerge alla luce dei più recenti provvedimenti quali siano la posizione, e le funzioni, dei fondi nazionali di garanzia va ricavato da un non facile coordinamento tra la citata Direttiva 2014/59/UE e la Direttiva 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi (SGD), che prevede la sopravvivenza dei sistemi di garanzia nazionali sino al momento in cui verrà attivato, se mai ciò avverrà, ma ancora di recente si insiste sulla sua necessità, un sistema unico europeo (nell'ambito del cosiddetto "terzo pilastro"), al momento ancora in gestazione tra gli Stati, mentre sono stati già realizzati come noto il meccanismo di vigilanza unico (MVU, "primo pilastro", Reg. n. 1024/2013/UE) ed il meccanismo di risoluzione unico (MRU, "secondo pilastro", Reg. n. 806/2014/UE). Va peraltro ricordato che nell'ambito del "secondo pilastro" è stato istituito un Fondo di risoluzione unico fra i paesi dell'area Euro, attualmente operante, che si affianca ai sistemi di garanzia nazionali, finanziato da tutte le banche, grandi e piccole, ma finalizzato solo alle ipotesi di risoluzione (e quindi destinato alle banche a tale tipo di procedura sottoposte). Il classico intervento obbligatorio dei fondi finalizzato al rimborso dei depositanti (oggi entro 7 giorni) rimane pur sempre lo scopo principale dei fondi, e viene esteso dalla liquidazione coatta amministrativa anche alle nuove ipotesi di risoluzione e di *bail in* in cui i depositanti protetti abbiano subito una perdita. La Direttiva 2014/49/UE prevede tuttavia che i fondi possano anche effettuare interventi volontari al fine del salvataggio di enti creditizi e per evitare il rimborso dei depositanti, purché nel rispetto delle norme nazionali e della disciplina degli aiuti di Stato. Un quadro normativo, quindi, alquanto non ben definito, e che comunque dà ampi spazi valutativi alla Commissione circa la compatibilità di eventuali interventi "volontari" dei fondi con la disciplina degli aiuti di Stato. Compatibilità che, deve subito sottolinearsi, è stata interpretata dalla Commissione in maniera eccessivamente rigida, e tale da compromettere una prassi che, per molti anni, aveva garantito la stabilità del sistema bancario ed il superamento delle crisi.

5. Il “caso Tercas”, la posizione della Commissione e le problematiche poste sul tappeto

Si aprirono scenari problematici dopo che la Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo (TERCAS) veniva posta in amministrazione straordinaria nel 2012, e seguendo le prassi consolidate, le Autorità studiarono una soluzione conservativa. Nel 2013 i commissari straordinari condussero una trattativa con la Banca popolare di Bari per risolvere la crisi della TERCAS. La Banca popolare di Bari si era impegnata ad intervenire a patto che il FITD (Fondo interbancario di tutela dei depositi) coprisse il deficit patrimoniale. Fatti gli opportuni approfondimenti sull'onere da sostenere e sulle prospettive di risanamento, il FITD nel 2014 aveva deliberato l'intervento a sostegno dell'operazione, ottenendo l'autorizzazione della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 96-ter, 1° comma, TUB. L'intervento, previsto dallo statuto del Fondo e dall'art. 96-*quater* TUB, sarebbe consistito nella copertura del deficit patrimoniale di TERCAS, ed avrebbe generato un “minor onere” rispetto a quello derivante da un eventuale rimborso dei depositanti a seguito di liquidazione coatta amministrativa³⁵. Con successiva decisione del 23 dicembre 2015 la Commissione concorrenza (2016/1208), nonostante la provenienza privata dei fondi, ha ritenuto aiuto di Stato, e quindi illegittimo in quanto in violazione del Trattato, l'intervento effettuato dal FITD a favore dell'operazione TERCAS, disponendone il recupero, e ciò in base a una serie di argomentazioni, che possono così sintetizzarsi.

a) il FITD, pur essendo un fondo di diritto privato, alimentato con denaro privato perché proveniente dalle banche associate, svolge una funzione di interesse pubblico;

b) tutte le operazioni attuate dal fondo, anche quelle non consistenti nel rimborso dei depositanti, sono soggette ad autorizzazione e controllo della Banca d'Italia, e quindi di un organo dello Stato, e vanno pertanto ritenute aiuti di Stato.

La decisione della Commissione, decisamente formalistica, ha avuto conseguenze dirompenti negli anni susseguenti. Per l'impossibilità per i fondi di tutela dei depositanti di intervenire a sostegno di operazioni di riorganizzazione e/o di cessione sono risultate più complesse le soluzioni della crisi di banche in difficoltà, e si è dovuta sospendere una prassi virtuosa che aveva avuto effetti positivi per molti anni sulla stabilità del sistema bancario. Si è infatti dovuto ricorrere a sistemi alternativi appositamente creati, come i due Fondi Atlante, tendenti a sostenere il risanamento delle banche in crisi con fondi privati tramite una ricapitalizzazione ed una cessione dei crediti deteriorati o si è intervenuti tramite la creazione di “fondi paralleli” a quelli tradizionali, separati dal FITD e dal FGD, di tipo associativo e ad adesione volontaria come lo Schema volontario del FITD, che è stato costretto a supportare l'operazione TERCAS a seguito della decisione della Commissione nonché altre operazioni, come da ultimo la sottoscrizione di un prestito subordinato a favore di Banca Carige S.p.A.³⁶, oppure

³⁵ Si veda G BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit., 45 ss. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 184 ss.

³⁶ CLARICH - PISANESCHI, *Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige*, in

come il “Fondo istituzionale” creato dalle banche di credito cooperativo.

Non può sottacersi che solo parzialmente i sistemi alternativi escogitati sono riusciti ad essere tempestivi ed efficaci come i precedenti fondi, vuoi per la forma volontaria, vuoi per la necessità, e la difficoltà, di reperire presso le banche ulteriori contribuzioni, vuoi perché operazioni già in precedenza programmate non hanno potuto realizzarsi a seguito della decisione della Commissione³⁷.

6. La decisione del Tribunale UE del 19 marzo 2019 e la posizione della Corte di Giustizia Europea

La decisione della Commissione è stata impugnata nel 2016 con separati ricorsi sia dalla Repubblica italiana, sia dalla Banca popolare di Bari, sia dal FITD. Anche la Banca d'Italia è intervenuta *ad adiuvandum*. Di conseguenza il Tribunale dell'UE ha dovuto pronunciarsi sul caso specifico, cioè se l'intervento del FITD a favore della banca TERCAS dovesse ritenersi un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, ma in sostanza ha reso una decisione di portata generale, in grado di influenzare il comportamento dei fondi di garanzia negli anni a venire.

Il Tribunale, pronunciandosi con lunga e articolata decisione, e dopo aver risolto una serie di problemi processuali, affronta tale problema ripercorrendo i motivi in base ai quali la Commissione ha ritenuto l'intervento del FITD un aiuto di Stato lesivo della concorrenza, concludendo in senso contrario a quanto deciso dalla Commissione, e riformandone la decisione. Questo profilo è risultato di particolare delicatezza, in quanto solo le banche aderenti al fondo volontario hanno partecipato ai salvataggi, e non le altre, e neppure tutte le aderenti, non potendo essere imposto loro il versamento di somme. L'impressione che si ha peraltro dalla lettura della sentenza non è quella di un disconoscimento totale delle argomentazioni della Commissione. Il Tribunale afferma infatti che non basta, di fronte a un soggetto di natura privata e che gestisce fondi privati, che esso sia sottoposto a controlli pubblici perché un suo intervento possa qualificarsi come aiuto di Stato, ma che occorre una prova rigorosa da parte della Commissione, nel singolo caso concreto, che le risorse derivino da una normativa pubblica e che

CHITI - SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, 159 ss.; BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014 - 2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit., 50-54.

³⁷ Un preciso quadro delle esperienze di soluzione delle crisi bancarie italiane a partire del 2015 è in SERATA, (Direttore dell'unità di risoluzione e Gestione delle crisi. Banca d'Italia) *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, in Atti del Convegno “*Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*”, Roma 21 ottobre 2022. I casi esaminati sono: 4 banche *Less significant*; Banche Venete, Monte dei Paschi di Siena; Banca Carige; Banca Popolare di Bari, AIGIS Banca. Si vedano anche RISPOLI FARINA, *La recapitalización cautelar del Monte dei paschi di Siena Y la Liquidación forzosa Administrativa de Vento Banca Y Banca Popolare di Vicenza. Estudio Comparativo*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIÁVILLA (a cura di), *Cuestiones Controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Las Rozas (Madrid), 2018, 325 ss.; ID, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIÁVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Las Rozas (Madrid), 2020, 417 ss.

l'intervento sia quindi imputabile direttamente allo Stato. Prova che, nel caso specifico, il Tribunale ritiene che sia mancata. Il Tribunale peraltro, va qui sottolineato, svolge comunque una serie di considerazioni, due delle quali appaiono particolarmente rilevanti, e cioè : a) se è vero che i fondi di tutela dei depositi svolgono come attività principale una funzione pubblica cogente circa il rimborso dei depositanti, l'intervento invece a favore di banche in difficoltà non è, per i fondi medesimi, un obbligo, bensì una scelta volontaria; b) di conseguenza, la prevista autorizzazione della Banca d'Italia ha solo fini di verifica della sana e prudente gestione, e la presenza dell'autorizzazione non comporta un obbligo del fondo di effettuare l'intervento, e quindi non può parlarsi di un "mandato pubblico". Se è vero quindi che la decisione del Tribunale assume un notevole rilievo circa la possibilità per i fondi di riprendere ad intervenire a sostegno di operazioni di ristrutturazione e/o cessione di attività e passività bancarie, è anche vero che il Tribunale non ha affermato in assoluto questa possibilità, lasciando aperto il problema della verifica della compatibilità (quantomeno in forma più elastica) della singola operazione con l'art. 107, par. 1, TFUE, e di conseguenza l'eventualità che qualche operazione possa ricadere nel divieto di aiuti di Stato.

Di seguito la Commissione ha proceduto ad impugnare la decisione del Tribunale, ma nel contempo va peraltro segnalato che con comunicato stampa della Corte del 29 ottobre 2020, n. 135, aveva reso noto che nelle sue conclusioni l'avvocato generale Tanchev si pronunciava per il rigetto dell'impugnazione.

Con la sentenza della Corte di Giustizia europea (grande sezione, 2 marzo 2021 nella causa C-425/19P) come è noto, si è conclusa la travagliata vicenda del Caso Tercas, in quanto la Corte ha rigettato il ricorso della Commissione, ha confermato la sentenza del Tribunale e ha reso pertanto definitivo l'annullamento del provvedimento con il quale l'intervento del Fondo di Tutela dei Depositanti, a favore di Banca Tercas, era stato dichiarato illegittimo dalla Commissione, in quanto in violazione della disciplina in materia di aiuti di Stato. Da parte italiana si è sottolineato che i principi interpretativi che essa ha affermato restano acquisiti al diritto europeo e sono un bagaglio prezioso nel quadro della gestione delle crisi bancarie e della riforma del diritto europeo in materia e dell'auspicato avvio dell'European Deposit Insurance Scheme³⁸.

7. Crisi bancarie e intervento dei fondi alla luce della disciplina riformata

Nel nuovo quadro normativo della disciplina delle crisi bancarie delineato dalla Direttiva 2014/59/UE (BRRD), i fondi di garanzia dei depositanti (SGD) continuano a svolgere una funzione di particolare importanza. In primo luogo, ai fini del rimborso dei depositanti in caso di liquidazione coatta della banca, ma

³⁸ MACCARONE, *Il caso Tercas e la Sentenza della corte di Giustizia Europea*, in *Rivista bancaria*, aprile 2021, n.4, PDF; COSTA, *Crisi bancarie e interventi dei fondi di garanzia*, in *Dir. fall.*, 2020, pp.1389 ss.

anche per finanziare le procedure di risoluzione previste dalla BRRD, in particolare ristorando i depositanti delle perdite subite in caso di *bail in* o di altre procedure di risoluzione, pur se nell'ambito del limite di 100 mila euro previsto dalla normativa (art. 11 della Direttiva 2014/49/UE) 14. Su questi interventi, e sulla loro ammissibilità, non sembra che le vicende del "caso TERCAS" abbiano avuto alcun riflesso, anzi è stata l'occasione per gli organi comunitari di ribadire la loro legittimità in ogni caso.

L'art. 11 della Direttiva 2014/49/UE sugli SGD prevede anche gli interventi volontari e preventivi dei fondi di garanzia (come quello del "caso TERCAS"), a condizione che la banca beneficiaria, ovviamente non sia in risoluzione, sia sottoposta ad un controllo da parte del fondo, e che le somme utilizzate rispettino il requisito del "minor costo", cioè che risultino inferiori a quelle che il fondo dovrebbe sborsare in caso di rimborso dei depositanti, e previa consultazione dell'autorità di risoluzione e delle ulteriori autorità competenti, come la Commissione europea come autorità per la concorrenza. Interventi che sono peraltro dalla ulteriore Direttiva 2014/59/UE (BRRD) obbligati a "rispettare le disposizioni in materia di aiuti di Stato".

In conclusione, il quadro che emerge è ricco di luci ed ombre. Da un lato la normativa comunitaria prevede la possibilità di interventi volontari e preventivi da parte degli SGD nazionali, ma dall'altro li sottopone alla disciplina degli aiuti di Stato e della concorrenza, con la necessità di individuare in concreto un difficile punto di equilibrio. Nel "caso TERCAS" la Commissione ha espresso una posizione così rigida, da rendere di fatto inutilizzabili tali interventi. Il Tribunale dell'UE, riformando la decisione della Commissione, ha mostrato invece, pur in una sentenza fondata prevalentemente sull'assenza di prova, una importante apertura, riconoscendo la natura privata dei fondi ed il carattere privatistico del loro operare. La Corte di Giustizia, investita, come si è detto, della questione ha confermato la decisione del Tribunale.

Un primo importante passo.

8. La proposta di una disciplina uniforme dei DGS

Il tema di una disciplina uniforme dei DGS è da tempo³⁹ all'attenzione del dibattito europeo e facendo seguito allo stesso va menzionata l'iniziativa dell'Eurogruppo che il 16 giugno 2022⁴⁰, ha formulato l'invito alla Commissione a stilare una proposta legislativa che includa un'armonizzazione dell'uso dei DGS nazionali per agevolare l'uscita dal mercato delle banche in crisi irreversibile preservando il valore aziendale.

³⁹ Per le posizioni *ante* BRRD, si veda MACCARONE, *I Fondi di Garanzia dei depositanti come strumento di Vigilanza*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2014, 429 ss.

⁴⁰ Definendo le linee guida per la revisione del Crisis Management and Deposit Insurance Framework (CMDI).

Si veda www.consilium.europa.eu/it/meetings/eurogroup/2022/06/16/.

Di recente si è espresso il Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco⁴¹ sostenendo che l'esperienza dei Fondi italiani può offrire importanti spunti ricostruttivi ai fini dell'elaborazione di un framework comune. Un maggior coinvolgimento dei DGS nella gestione delle crisi, e più in generale di forme di utilizzo delle risorse interne al sistema bancario, consentirebbe, infatti di relegare gli aiuti di Stato al ruolo di misura di ultima istanza per la salvaguardia della stabilità del sistema finanziario.

Il tema è sicuramente caldo anche se non mancano autorevoli voci esponenti di altre Autorità bancarie nazionali quali Margarita Delgado, Vice Governatrice del Banco de España e Vice Presidente del FROB⁴², per la quale le diverse opzioni disponibili per il rafforzamento del quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie non devono comunque far perdere di vista la necessità di un sistema unico di garanzia dei depositi, a logico complemento della responsabilità condivisa per la vigilanza e la risoluzione delle banche, secondo il disegno originario dell'Unione bancaria. Un sistema europeo di assicurazione dei depositi, si sostiene, consentirebbe di svincolare la protezione dei depositanti dal luogo di insediamento degli intermediari e di rafforzare la tutela in caso di crisi locali, ma non per questo meno rilevanti per la stabilità sistemica. Tale sistema assicurerebbe inoltre parità di condizioni con riferimento al trattamento degli intermediari in dissesto e al mantenimento della fiducia dei depositanti.

9. Il contesto Europeo

L'attuale, critica, congiuntura economica rende particolarmente urgente il completamento e il rafforzamento del complessivo disegno dell'Unione bancaria, che allo stato, come già rilevato, si fonda sui due soli pilastri dei meccanismi unici, di vigilanza e di risoluzione. La diversità esistente tra le posizioni degli Stati membri, nell'ambito della realizzazione del terzo pilastro ha però fatto emergere con chiarezza l'impossibilità di raggiungere, al momento, un accordo sulla costituzione di un sistema unico di assicurazione dei depositi (European Deposit Insurance Scheme).

Le determinazioni dell'Eurogruppo sul futuro dell'Unione bancaria, hanno preso pragmaticamente atto del fatto che gli sforzi dovranno per ora concentrarsi sul rafforzamento del quadro comune già esistente per la gestione delle crisi bancarie e del ruolo dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi.

Alla luce delle carenze dimostrate dal quadro normativo attuale, e in particolare con riferimento alle crisi delle banche piccole e medie finora escluse dalla risoluzione, questo rafforzamento appare opportuno.

Deve menzionarsi il contributo alla soluzione dei problemi sul capo fornito

⁴¹ Si veda VISCO, *Intervento al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana"* organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia, Roma 21 ottobre 2022, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2022/Visco_21102022.

⁴² *Intervento al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana"*.

dal progetto Unidroit⁴³ sull'insolvenza delle banche medie e piccole che costituisce un'importante occasione per progredire verso un modello di regolamentazione condiviso a livello internazionale.

Per la Banca d'Italia, che ha partecipato alla redazione del progetto, in caso di crisi, le banche di piccole e medie dimensioni dovrebbero essere in grado di uscire dal mercato riducendo al massimo gli impatti negativi sull'economia reale e la dissipazione del valore insito nelle attività aziendali. L'esperienza italiana ha dimostrato che schemi di liquidazione gestiti da autorità amministrative possono favorire trasferimenti tempestivi delle attività e delle passività a intermediari *in bonis*. Facilitati da interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, queste operazioni potrebbero aiutare a sostenere la conservazione del valore economico dell'attività e a garantire una maggiore continuità di accesso ai servizi bancari, evitando la liquidazione atomistica. A sua volta, la conservazione del valore permetterebbe una miglior tutela degli stakeholders coinvolti nel dissesto dell'intermediario, con effetti positivi sulla fiducia nell'intero sistema bancario e minori rischi di contagio: condizioni cruciali per la stabilità finanziaria e macroeconomica.

In particolare, sostiene sempre la Banca D'Italia, l'opera di revisione dell'attuale sistema dovrebbe tenere in considerazione le specificità degli intermediari, evitando soluzioni che possano poi paradossalmente determinare effetti negativi⁴⁴. È nota la difficoltà che molte banche medio-piccole si troverebbero a fronteggiare per soddisfare il requisito di un adeguato importo di passività assoggettabili a bail-in (Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities, MREL), quando fosse determinato specularmente a quello a oggi previsto per gli operatori di maggiori dimensioni. La maggior parte delle banche piccole e medie non è infatti in grado di collocare sul mercato adeguate quantità di strumenti ammissibili.

Le banche maggiormente legate al territorio sono, del resto, il necessario completamento finanziario del tessuto imprenditoriale basato su aziende piccole e medie, che costituisce un punto di forza per molte aree dell'Europa. Ovviamente i profondi cambiamenti tecnologici in corso richiedono anche per questi intermediari adeguamenti pronti e importanti, ed è fondamentale che siano garantiti un efficace presidio dei rischi e trasparenti e solide condizioni di governo societario, in assenza dei quali non può escludersi il manifestarsi di forti criticità aziendali.

In caso di estensione dell'attuale ambito applicativo della risoluzione, sostiene ancora la Banca d'Italia, data la composizione della raccolta, l'applicazione anche alle banche di minori dimensioni del bail-in minimo dell'8 per cento delle passività totali e dei fondi propri per l'accesso al Fondo di risoluzione potrebbe comportare elevate probabilità di perdite per i depositanti. L'osservanza dei principi di uguaglianza sostanziale e di proporzionalità consiglia quindi di adottare "soluzioni adeguate e coerenti" con le caratteristiche di tali intermediari,

⁴³ Si veda, *STUDIO LXXXIV - INSOLVENZA BANCARIA*, in <https://www.unidroit.org/work-in-progress/bank-insolvency/>.

⁴⁴ Così VISCO, *Intervento*, cit.

evitando l'estensione acritica dei modelli già in uso per gli enti maggiori.

Si è molto enfatizzato il riferimento all'esperienza statunitense della Federal Deposit Insurance Corporation⁴⁵, che tra il 1980 e il 2019 ha gestito il dissesto di oltre 3.500 banche, e che può offrire importanti spunti in questa direzione.

Nell'esperienza italiana, la procedura di liquidazione coattiva affidata ad autorità amministrative ha consentito di allocare con sufficiente rapidità le attività e passività delle banche in crisi. Di pari passo con l'uscita dal mercato degli intermediari responsabili di irregolarità o perdite di eccezionale gravità, sono state assicurate la tutela dei depositanti e la continuità dei servizi bancari e delle relazioni creditizie a beneficio della clientela.

Mentre si discute in sede Europea delle modifiche da apportare alla BRRD e a introdurre una disciplina uniforme delle discipline fallimentari e/o liquidatorie, appare improcrastinabile valorizzare il ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti (Deposit Guarantee Schemes, DGS), e in particolare le potenzialità insite nei loro interventi preventivi e alternativi. Le risorse dei DGS nazionali, secondo le informazioni raccolte dall'Autorità bancaria europea, sono di ammontare cospicuo. Per renderne concretamente possibile un uso non limitato al mero rimborso dei depositi, occorre ripensare il ruolo dei DGS, sia in relazione ad un più ampio ricorso agli strumenti di risoluzione previsti dalla BRRD, sia nell'ipotesi di ricorso a una procedura di liquidazione armonizzata in alcuni suoi aspetti. Alcune condizioni sono però necessarie per far sì che l'intervento dei Fondi di garanzia possa efficacemente esplicarsi anche in futuro. Occorrerà rivedere l'ordine delle preferenze dei creditori e superare la cosiddetta super-priority riconosciuta dalla BRRD ai DGS, che attualmente ne condiziona fortemente la capacità di intervento. Si renderebbe così più agevole superare il criterio della valutazione del minor onere richiesto per l'ammissibilità degli interventi alternativi; tale valutazione dovrebbe, poi, prendere in considerazione anche i costi indiretti che deriverebbero invece da una liquidazione atomistica, tipicamente identificabili in estesi contraccolpi finanziari, effetti di contagio e spillover.

Quindi appare saliente l'invito dell'Eurogruppo alla Commissione all'esito della riunione del giugno 2022, a stilare una proposta legislativa che includa un'armonizzazione dell'uso dei DGS nazionali per agevolare l'uscita dal mercato delle banche in crisi irreversibile preservando il valore aziendale⁴⁶.

⁴⁵ La *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) è una Agenzia indipendente creata nel 1933 (v. ante par. 2) dal Congresso degli Stati Uniti d'America per preservare la stabilità e la fiducia del pubblico nel sistema finanziario statunitense, assicurando ogni depositante per una somma corrispondente a 250.000 dollari. Per l'attività dell'ente, si veda *FDC.GOV*.

⁴⁶ "Punti chiave per la revisione del CMDI: 1) definizione più chiara e armonizzata della valutazione dell'interesse pubblico. 2) ampliamento del perimetro di intermediari da sottoporre a risoluzione, incluse banche di medio piccole dimensioni, quando risulta possibile finanziare il fabbisogno (e.g. MREL) 3) armonizzazione nell'utilizzo dei fondi degli schemi di garanzia dei depositanti, da rendere flessibili per facilitare la fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi. 4) armonizzazione di specifici aspetti delle procedure di insolvenza nazionale, per assicurare coerenza in ambito europeo" Si veda SERATA, *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, cit., 14.

Da parte italiana si sostiene che l'esperienza dei Fondi italiani⁴⁷ potrebbe offrire importanti spunti ricostruttivi ai fini dell'elaborazione di un framework comune. Un maggior coinvolgimento dei DGS nella gestione delle crisi, e più in generale di forme di utilizzo delle risorse interne al sistema bancario, consentirebbe di relegare gli aiuti di Stato al ruolo di misura di ultima istanza per la salvaguardia della stabilità del sistema finanziario.

Deve essere ben presente che le diverse opzioni disponibili per il rafforzamento del quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie non devono comunque far perdere di vista la necessità di un sistema unico di garanzia dei depositi, a logico complemento della responsabilità condivisa per la vigilanza e la risoluzione delle banche, secondo il disegno originario dell'Unione bancaria.

10. Le crisi bancarie negli stati Uniti e in Svizzera. Caratteri comuni e difformità

Nel mentre il discorso europeo si sviluppa, – e il modello statunitense di soluzione delle crisi bancarie appare un referente da considerare – come si è già esposto in sommi capi⁴⁸, nel corso del mese di marzo del corrente anno, una tempesta perfetta ha investito il settore bancario. Non solo i mercati finanziari d'oltreoceano e svizzeri sono stati investiti da violente turbolenze ma anche per Deutsche Bank, oggetto di attacchi speculativi, si sono presentati problemi che hanno scosso anche il settore bancario europeo che appariva, grazie alle operazioni di consolidamento realizzate nell'ultimo quinquennio, solido e “resiliente”.

Alla radice delle due crisi, la prima legata al fallimento di due importanti banche regionali, SVB e Signature bank, la seconda alle difficoltà di Credit Suisse, possono identificarsi molte componenti ma sicuramente il problema fondamentale concerne i contenuti e l'esercizio dell'attività di vigilanza. Aver allentato i freni dell'attività di vigilanza su SVB, è stato sicuramente un grave errore, in quanto si è sottovalutato che la dimensione di SVB e Signature potesse avere effetti sistemici. Quanto a Credit Suisse, è ben noto che la Banca aveva collezionato investimenti sbagliati, perdite, fughe dai depositi e dalle gestioni, bilanci poco trasparenti e infine l'ingresso di azionisti medio-orientali facoltosi ma “poco avveduti”⁴⁹. Anche in quel contesto si può dubitare che l'attività di vigilanza dell'autorità a ciò devoluta, la SISMA, sia stata repentina ed efficace.

Identificare le ragioni del crollo delle due banche è indubbiamente utile, ma non rassicura per il futuro. I due clamorosi cedimenti, vicini temporalmente, fanno intuire che incertezze e nervosismi pervadono il mondo dell'economia. A ben vedere SVB aveva investito in titoli di Stato americani, che dovrebbero essere sicuri, mentre Credit Suisse aveva predisposto di recente un aumento di capitale rilevante. Ma imperizia nella gestione e vigilanza non adeguata hanno scatenato una reazione

⁴⁷ Così VISCO, *Intervento*, cit.

⁴⁸ Si veda, *ante*, par1.

⁴⁹ MANCA, *Le colpe sono note*, in *Corriere della sera*, 16 marzo 2023, 1

a catena non facilmente controllabile. Il crollo delle Borse che è seguito ai cedimenti bancari ha dimostrato che la mancanza di fiducia in uno o più istituti bancari può trasformarsi in breve in panico. La storia dimostra che ogni crisi bancaria è caratterizzata dalla corsa agli sportelli per il ritiro dei depositi e degli investimenti. Se poi il panico persiste la crisi diventa endemica: “permacrisi”!

Vi è da amaramente considerare che la lezione della crisi finanziaria del 2008 è stata dimenticata. All’epoca si iniziò con una serie di crolli, per prima la Bear Sterns, che fu sottovalutata, fino al fallimento di Lehman nel 2008, che innestò un processo che dilagò anche in Europa con le conseguenze disastrose ben note. La lezione principale che ne scaturì è che è fondamentale tutelare la stabilità finanziaria al venir meno della quale ne soffre tutto il sistema economico”⁵⁰.

All’origine del fallimento della SVB può individuarsi un clamoroso errore di gestione. La banca presentava un business molto concentrato: raccolta di depositi ed erogazione di prestiti ad aziende californiane del settore high-tech, molte delle quali nuove start-up. Il bilancio della SVB presentava due particolarità. Dal lato del passivo, la raccolta proveniva in larga parte dalle imprese e molti depositi eccedevano il limite dei 250 mila dollari: non erano quindi coperti dall’assicurazione prevista per legge. Dal lato dell’attivo, la banca era molto esposta (per oltre la metà delle sue attività) in titoli a medio-lungo termine e quindi assai vulnerabile di fronte a un aumento dei tassi di interesse, poiché se questi aumentano, i prezzi dei titoli si riducono. In effetti, l’aumento dei tassi di interesse attuato dalla Fed da un anno a questa parte, ha messo in crisi il modello di business della SVB, che sembrava basato sull’ipotesi che i tassi rimanessero fermi (a livelli molto bassi) all’infinito. Un aumento di 4,5 punti dei tassi di policy ha ridotto i prezzi dei titoli in portafoglio e ha messo in allarme i depositanti, che sapevano di non essere coperti dalla assicurazione. Ciò ha scatenato il classico *bank run*: la corsa al ritiro dei depositi, che ha fatto precipitare la situazione. Trova qui applicazione il modello economico che ha fruttato ai loro autori (Douglas Diamond e Philip Dybvig) il premio Nobel per l’economia nello scorso 2022. Per sua natura, l’intermediazione bancaria è esposta al rischio di corse agli sportelli, che amplificano gli effetti di un evento negativo. C’è da domandarsi come mai coloro che avevano la responsabilità di gestire la banca non si fossero resi conto che, con il ritorno dell’inflazione e l’inversione della politica monetaria, il mondo era cambiato: occorreva alleggerire l’esposizione al rischio di tasso (oltre a diversificare il modello di business)^{51 52}.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Si veda l’analisi di BAGLIONI, *Crisi bancarie, ci risiamo?*, cit.

⁵² *A posteriori*, molte critiche sono state avanzate al salvataggio, non meritato, in considerazione delle scelte del SVB. Si veda PERRELLA, *SVB, ecco perché non meritava il salvataggio: dov’era il risk management?*, in *Ilsole24ore*, 14 marzo 2023.

Per GIAVAZZI, *Una scossa, tre lezioni*, in *Corriere della sera*, 13 marzo, 2023 “Una simile crisi difficilmente avrebbe potuto prodursi nell’Unione europea per la più attenta regolamentazione cui da alcuni anni sono soggette le nostre banche”

Le Autorità non hanno potuto fare a meno di intervenire, e le due banche regionali, SVB e Signature bank sono state al centro di varie misure, prima fra tutte una iniezione di liquidità a tutela dei depositi oltre i 250.000 dollari, cifra stabilita di norma⁵³. Per evitare il contagio e danneggiare l'economia, il Dipartimento del tesoro e la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) hanno annunciato la copertura e la protezione per tutti i depositanti, con la possibilità di accedere ai depositi. La FDIC ha operato nell'ambito della propria funzione istituzionale, avendo il compito di risolvere *shocks* che possono diventare sistemici, e permettere agli *shocks* idiosincratici di essere assorbiti dagli *stakeholders*. Contemporaneamente, la FED ha messo a disposizione una linea di credito istituzionale di emergenza per prevenire un'ondata di corse agli sportelli nell'ambito del nuovo Bank Term Funding Program (BTFP)⁵⁴. La amministrazione Biden non ha inteso salvare la SVB con le risorse dello Stato coinvolgendo le risorse dei contribuenti in quanto la FDIC, dopo aver acquisito la curatela fallimentare, procederà con lo scioglimento e la liquidazione delle attività di SVB. La controllata inglese di SVB è stata ceduta in blocco a HSBC con sede a Londra, consentendo ai clienti di continuare ad accedere ai depositi e ai servizi, per evitare impatti sulla stabilità finanziaria, avvalendosi dei poteri e strumenti conferiti alla Banca d'Inghilterra, in consultazione con il Ministero del tesoro, dal Banking Act del 2009 (Banking t act, c.1) così da facilitare una vendita privata con rapidità e in sicurezza al fine di "ridare fiducia "ai clienti di SVBUK".

Come ha scritto Marco Onado⁵⁵ "Il problema è che stanno venendo a galla tutta una serie di rischi delle banche. La situazione è molto delicata. Si era convinti che le Banche centrali sarebbero state i salvatori di tutti sempre e comunque. Non è così e non può essere così". Su Credit Suisse Onado ricorda come fosse "in crisi ben prima". Ma avverte: "Siamo come nel 2008". Ovvero? "Quando le banche crollavano come frutti maturi. Le banche italiane" prosegue Onado "si erano salvate allora dalle follie dei subprime, ma i rischi vengono sempre a galla. E se la crisi si generalizza nessuno può stare tranquillo". Ecco perché Marco Onado spera in una Bce più mite sui tassi alla prova di domani:

⁵³ Si veda, PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratICA o rischio sistemico?*, cit., 15.

⁵⁴ Il Bank Term Funding Program (BTFP) è stato creato per sostenere le imprese e le famiglie americane mettendo a disposizione ulteriori finanziamenti per le istituzioni di deposito rispondenti a requisiti di legge per contribuire a garantire che le banche abbiano la capacità di soddisfare le esigenze di tutti i loro depositanti. Il BTFP offre prestiti della durata massima di un anno a banche, associazioni di risparmio, cooperative di credito e altre istituzioni di deposito idonee che impegnano qualsiasi garanzia ammissibile per l'acquisto da parte delle banche della Federal Reserve in operazioni di mercato aperto (vedi 12 CFR 201.108 (b)), come titoli del Tesoro USA, titoli di agenzie statunitensi e titoli garantiti da ipoteca di agenzie statunitensi. Queste attività saranno valutate alla pari. Il BTFP sarà un'ulteriore fonte di liquidità a fronte di titoli di alta qualità, eliminando la necessità di un istituto di vendere rapidamente tali titoli in periodi di stress. Si veda, *federalreserve.gov*.

⁵⁵ *Ilsole24ore*, 15 marzo 2023

Per quanto concerne Signature bank, è intervenuta Flagstar bank, una filiale di New York Community Bancorp, ricorrendo a una cessione di prestiti, depositi e filiali, che saranno ribattezzate "Flagstar". In seguito anche per First republic bank, anche essa entrata in crisi, un sindacato di 11 banche, guidato da Jp Morgan Chase, ha iniettato \$30 miliardi di liquidità per evitare una *bank run*.

“Sarebbe meglio un rialzo dello 0,25. Bisogna evitare che la situazione si aggravi”

In sostanza, di fronte ai casi critici del settore bancario americano, le banche centrali si trovano di fronte a un dilemma, e devono trovare un nuovo punto di equilibrio, combattendo tra la necessità di combattere l’inflazione e quella di proteggere l’attività economica e la stabilità finanziaria. Le decisioni più recenti del Federal Open Market Committee (FOMC) hanno inteso rassicurare i mercati comunicando che gli aumenti futuri non sono certi e saranno in gran parte basati sui dati Macro⁵⁶.

11. Il caso “Credit Suisse”

Il caso del cedimento del Credit Suisse ha visto entrare in campo l’Autorità di controllo sulle banche e il Governo svizzero, per il pericolo di un default di una gloriosa banca quale è stata Credit Suisse, e dei riflessi sul sistema svizzero⁵⁷.

Il caso Credit Suisse è quello che ha suscitato maggior scalpore, per il passato prestigio della banca, perché a noi più vicino, e perché ha anche allertato le Autorità europee sui rischi di un default più esteso, ma va chiarito che la situazione è completamente diversa dal caso SVB⁵⁸, e che si è trattato di una infausta coincidenza temporale che ha messo alla ribalta contemporaneamente le crisi delle due istituzioni finanziarie.

La storia del Credit Suisse è contrassegnata da un decennio di episodi incresciosi e di gravi violazioni normative, segnali di una discutibile governance e si è conclusa il 14 marzo 2023, quando la banca ha comunicato alla SEC di aver riscontrato “debolezze materiali” nelle proprie relazioni finanziarie per il 2021 e 2022, dichiarazione cui ha fatto immediatamente seguito un improvviso deflusso di fondi⁵⁹.

Successivamente, circostanza ancor più grave, il 15 marzo, il Presidente del principale azionista, la Saudi National bank, ha recisamente negato una ulteriore iniezione di liquidità nella banca. In soccorso è intervenuta la Banca nazionale svizzera con apporto di liquidità fino a 50 miliardi di franchi. La pressione del mercato è aumentata e si sono rese necessarie misure ulteriori.

Nella serata del 19 marzo 2023 il Consiglio federale svizzero, l’autorità federale svizzera di controllo dei mercati finanziari (FINMA) e la Banca nazionale svizzera hanno approvato le misure necessarie, per consentire al gruppo Credit Suisse di superare un momento di difficoltà dovuto a consistenti deflussi

⁵⁶ Si veda *Federal reserve issues FOMC statement*, 22 marzo 2023.

⁵⁷ Per gli interventi posti in essere per il salvataggio di Credit Suisse dalla FINMA, si veda: www.finma.ch/it/finma-public/it. Per una analisi valutativa, PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratICA o rischio sistemico?*, cit., 20 ss.

⁵⁸ Così PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratICA o rischio sistemico?*, cit.

⁵⁹ Per un’analisi, fortemente critica della vicenda del salvataggio, si veda *C’era una volta Credit Suisse*, in *Corriere del Ticino*, 13 marzo 2013. Per i profili più strettamente giuridici della soluzione adottata per il caso Credit Suisse si veda VALBUENA - EIDENMÜLLER, *Bailout Bues: the Write - Down of the At1 Bonds in the Credit Suisse Bailout*, Law Working paper N°705/2023, aprile 2023, in ecgi.global/content/working-papers.

di fondi da parte dei clienti, acuitisi, sostengono le Autorità, a seguito delle “turbolenze sul mercato bancario statunitense”, così che sebbene la banca fosse solvibile, era esposta al rischio di insolvenza. Pertanto, le Autorità svizzere hanno dovuto adottare provvedimenti per evitare “gravi danni per il mercato finanziario svizzero e internazionale”. In tale contesto, “al fine di tutelare i depositanti e i mercati finanziari”, la FINMA ha approvato l’offerta di acquisto presentata da UBS, una altra grande banca svizzera⁶⁰.

Il consiglio federale svizzero ha agito in virtù dei poteri previsti dagli artt.184\cpv 3 e art. 185 cpv 3 delle Costituzione federale svizzera e ha emanato una “Ordinanza sui mutui supplementari di sostegno alla liquidità e la concessione da parte della Confederazione di garanzie in caso di dissesto per mutui a sostegno della liquidità erogati dalla Banca nazionale svizzera a banche di rilevanza sistemica” derogando notevolmente al diritto federale esistente. A garanzia dell’acquisto, l’istituto di emissione ha previsto diverse misure di salvataggio, tra cui 100 miliardi di liquidità extra, che dovrebbe rendere le banche più capaci di far fronte a una richiesta di rimborso da parte della clientela.

La Banca centrale elvetica ha quindi coinvolto nel salvataggio UBS, la prima banca del Paese, che ha accettato di comprare la consorella in difficoltà. La trattativa è durata cinque giorni, alla fine dei quali si è raggiunto l’accordo per l’acquisizione a un prezzo stimato in circa tre miliardi di franchi. Due in più di quanto chiesto da UBS, ma quattro in meno dell’ultimo valore di capitalizzazione di Credit Suisse.

Le nuove disposizioni includono la concessione alla FINMA del potere (i) di aggirare la necessità di assemblee generali per l’approvazione di transazioni che coinvolgono banche di rilevanza sistemica (articolo 10a) e (ii) di richiedere la svalutazione di "capitale di base aggiuntivo" (articolo 5a). Di conseguenza, il salvataggio è stato attuato per via amministrativa, aggirando sia il Parlamento che le assemblee degli azionisti delle banche interessate.

In terzo luogo, sulla base dell’articolo 5a e delle condizioni applicabili alle obbligazioni, i detentori di 16 miliardi di franchi svizzeri di obbligazioni AT1 in CS sono stati completamente spazzati via, mentre i detentori di azioni, nonostante la diluizione sostanziale, non hanno subito alcuna perdita.

La procedura adottata in via amministrativa, presenta due caratteri di novità rispetto alle prassi dei salvataggi bancari. In primo luogo, la fusione è stata disposta senza sentire gli azionisti delle due banche, in deroga alle norme sulla fusione delle società quotate in Borsa che richiedono il voto dell’assemblea straordinaria delle società acquisite. Anche per tali profili si è legiferato in deroga (art.10 dell’ordinanza) alla legge federale sulle fusioni del 2003 (Merger Act).

La modifica della governance della società è una novità nel diritto delle soluzioni delle crisi bancarie. Nella crisi di Bears Stearns del 2008 gli azionisti

⁶⁰ Si veda Martino *Su Credit Suisse le autorità svizzere danno un buon esempio*, in *lavoce*, 6 aprile 2023 che, in controtendenza, valuta positivamente l’intervento delle Autorità svizzere pur se caratterizzato da alcune “forzature” sul piano normativo.

furono chiamati ad approvare l'acquisizione da parte del Jp Morgan, auspicata dal Governo USA⁶¹.

Altro elemento di specialità, è stato l'azzeramento di £16miliardi di obbligazioni "Additional Tier" (At1) titoli che, noti come CoCo bonds, sono stati introdotti come modo di raccogliere capitale aggiuntivo in modo rapido ed efficiente soddisfacendo i requisiti normativi posti dalle Autorità di regolazione internazionale, che hanno chiesto nuove regole nell'ambito dell'international Regulatory framework di Basilea III (che richiede alle banche di detenere livelli di capitale più alto per migliorare la loro resilienza e ridurre il rischio di future crisi finanziarie).

Un principio chiave delle riorganizzazioni aziendali sancito nel Chapter 11 dell'U.S.C, § 1129, la principale norma fallimentare degli Stati Uniti⁶², è "la regola della priorità assoluta" in base alla quale i creditori devono essere pagati per intero e non possono essere costretti ad accettare tagli se non vengono azzerati gli azionisti. Il principio è stato accolto nell'art.34 paragrafo 1 lettera a) della Direttiva BRRD del 2014, in virtù del quale "gli stati membri assicurano che, (...) l'azione di risoluzione sia intrapresa in conformità ai seguenti principi: a) gli azionisti degli enti soggetti a risoluzione sopportano le prime perdite".

Sulla base di principi e norme consolidate ci si sarebbe aspettati che la svalutazione delle obbligazioni Additional tier, o At1 non sarebbe avvenuta senza che venissero prima azzerati gli azionisti. Invece le obbligazioni sono state svalutate per prime e gli azionisti hanno ricevuto azioni UBS per un valore di 3,25 miliardi di dollari nell'ambito dell'accordo di salvataggio.

Quale la *ratio* di tale scelta? Le autorità svizzere hanno apparentemente ritenuto più importante placare gli azionisti di CS che gli obbligazionisti AT1. Gli azionisti avrebbero potuto avviare un'azione legale di blocco, gli investitori di riferimento sono necessari per soddisfare le future esigenze di finanziamento e gli azionisti dipendenti devono essere motivati a continuare a lavorare per la banca. Inoltre, anche l'identità degli obbligazionisti AT1 – principalmente investitori istituzionali sofisticati – potrebbe aver giocato un ruolo.

Non va sottovalutato che la conversione delle obbligazioni in azioni – e l'offerta agli obbligazionisti di azioni di UBS – potrebbe aver sconvolto l'attuale struttura di governance.

Gli obbligazionisti paventano azioni risarcitorie ma si può dubitare del loro successo in quanto i termini contrattuali delle obbligazioni sono piuttosto chiari e prevedono una svalutazione a zero al verificarsi di un "evento di svalutazione". Questo può essere di due tipi: un "evento di contingenza" o un "evento di redditività". Nel primo caso, il rapporto CET1 (Common Equity Tier 1 Capital / Risk-Weighted Assets) di CS deve scendere al di sotto al di sotto del 7% a qualsiasi data di riferimento. In base a quest'ultimo, "il regolatore" deve determinare che una

⁶¹ Così PEZZULLI, *La caduta dei titani (bancari): storia idiosincratICA o rischio sistemico?*, cit.

⁶² Si veda NORLEY - MARSHALL - SWANSON, *A Practitioner's Guide to Corporate Restructuring*, Old Woking, 2008.

svalutazione è essenziale per evitare che CS diventi insolvente o cessi di svolgere la propria attività (scenario 1); in alternativa, CS deve aver ricevuto un "impegno irrevocabile di sostegno straordinario da parte del settore pubblico" (scenario 2).

Questi fattori scatenanti, in particolare "l'evento di contingenza", sono concepiti per intervenire prima che la banca si trovi in una situazione di insolvenza e per ripristinare il coefficiente di capitale specificato. In altre parole, la funzione delle obbligazioni AT1 è quella di assorbire le perdite prima che una crisi esistenziale spazzi via il capitale della banca. La FINMA sostiene che la svalutazione delle obbligazioni è stata effettuata sulla base del sostegno straordinario ricevuto da CS (scenario 2), e la interpretazione appare corretta. La svalutazione completa delle obbligazioni è la conseguenza automatica dell'impegno irrevocabile del sostegno pubblico. Non è nemmeno necessario che la FINMA eserciti i suoi poteri di cui all'articolo 5a.

A conforto del disagio degli obbligazionisti, è necessario considerare altre condizioni connesse alle emissioni delle obbligazioni. Una sezione dedicata agli "Eventi di default" stabilisce che, tra l'altro, l'avvio di una procedura di fallimento involontario contro CS costituisce un evento di questo tipo. Le conseguenze sono descritte nella sezione "Subordinazione delle obbligazioni". Queste ultime avranno "rango prioritario rispetto ai diritti e ai crediti di tutti i detentori di capitale junior". Sebbene ciò sembri suggerire che gli obbligazionisti abbiano un rango superiore a quello degli azionisti in una procedura fallimentare, il paragrafo successivo precisa che tutti i crediti degli obbligazionisti saranno soggetti e sostituiti da un "evento di svalutazione (...) indipendentemente dal fatto che il relativo evento di svalutazione si sia verificato prima o dopo il verificarsi di un evento di default".

Pertanto, se non si verifica alcun "Evento di svalutazione" (successivo), gli obbligazionisti hanno un rango superiore a quello degli azionisti della banca. Ma un "Evento di svalutazione" successivo può verificarsi anche in una procedura fallimentare. È difficile ipotizzare che questo crei una legittima aspettativa da parte degli obbligazionisti che i loro strumenti siano trattati almeno non peggio dei titoli azionari in ogni circostanza⁶³. Le obbligazioni AT1 erano detenute da investitori sofisticati che avevano accesso a consulenti di alto livello e agli avvertimenti delle agenzie di rating e delle banche federali che esaminavano questo tipo di strumenti, non erano quindi sprovveduti. È innegabile che la svalutazione completa delle obbligazioni AT1 sia una sanzione insolita nelle soluzioni delle crisi, se non vengono colpiti anche gli azionisti. Per contro, le obbligazioni AT1 dell'Eurozona contengono spesso una funzione di conversione in azioni che consente agli obbligazionisti di avere un rango almeno pari a quello degli azionisti (dopo la conversione) se si verifica un evento scatenante. In alternativa, le obbligazioni possono essere del tipo a svalutazione parziale (reversibile).

Le conseguenze del salvataggio di CS non sono indolori, sul fronte

⁶³ Si esprimono in tal senso VALBUENA - EIDENMÜLLER, *Bailout Bues: the Write - Down of the At1 Bonds in the Credit Suisse Bailout*, cit.

dell'occupazione: quasi 10mila gli esuberanti previsti dal sindacato. A tal proposito la banca svizzera ha chiesto di aprire un tavolo politico con il governo. In ogni caso l'operazione non ha rassicurato i mercati. Infatti i titoli di Credit Suisse e UBS hanno aperto rispettivamente in calo del 60 e del 9% il giorno dopo l'annuncio.

Inoltre, quando la fusione sarà completata, il sistema bancario svizzero dovrà fare i conti con una banca come UBS, diventata ancora più grande e complessa da regolamentare.

L'operazione non ha riscosso l'entusiasmo del mercato sicuramente per l'azzeramento del debito Tier 1 (at1) di Credit Suisse, circa 16 miliardi di euro: sono di titoli ad alto rischio per i quali, in genere, è previsto l'azzeramento in caso di calo, sotto una determinata soglia, degli indici di capitale di una banca. Nel caso in esame, come si è visto i possessori di questi titoli hanno perso tutto, mentre agli azionisti, non trattandosi ufficialmente di un salvataggio, ma di un'operazione di mercato, è stato riconosciuto un cuscinetto di uscita del valore di 3 miliardi. Ma soprattutto l'operazione ha portato al ribasso il mercato finanziario dei bond at1, il cui valore è stimato sui 275 miliardi di dollari ponendo grandi problemi per il futuro.

La modalità di salvataggio, alquanto anomala, rispetto alle regole stabilite in sede internazionale, e le ripercussioni sui mercati generando il timore di una fuga generalizzata degli investitori, hanno spinto le banche centrali europee e la banca d'Inghilterra a ribadire che la regola che deve essere osservata è che gli azionisti, e solo successivamente gli obbligazionisti, sono chiamati per primi a salvare una banca. «Questo approccio è stato costantemente applicato in passato e continuerà a guidare le azioni negli interventi di crisi», conclude la nota congiunta di Bce, dell'autorità bancaria europea (Eba) e del Governo.

Le motivazioni della scelta delle Autorità svizzere sono ancora tutte da chiarire. Si sostiene che la Svizzera abbia anche inteso tutelare due importanti partner geopolitici, azionisti di Credit Suisse: la Banca nazionale Saudita e il fondo sovrano del Qatar. L'operazione è tuttora al centro di polemiche e si prospettano azioni giudiziarie da parte degli obbligazionisti azzerati⁶⁴. Ma duole constatare che la decisione svizzera ha suscitato incertezza tra gli obbligazionisti di tutto il mondo.

"Volevamo dirlo molto chiaramente agli investitori, per evitare di essere fraintesi: non abbiamo altra scelta che rispettare questa gerarchia", ha riferito alla CNBC il presidente del Comitato di risoluzione unico dell'UE. Per le autorità di regolamentazione della zona euro, il crollo della Silicon Valley Bank, e forse gli eventi successivi, avrebbero potuto essere evitati se fossero state in vigore regole bancarie più severe.

⁶⁴ Si veda MESSORE - BONARDI, *Crisi bancarie e strumenti Additional Tier 1: il caso Credit Suisse*, in www.dirittobancario.it, 14 aprile 2023, per la ricostruzione dell'operazione Credit Suisse. Gli Autori avanzano l'ipotesi che sulla base delle Regole di Basilea, e delle condizioni contenute nei contratti di sottoscrizione delle obbligazioni (debito Tier 1 (at1)), sia possibile l'annullamento degli stessi nelle modalità seguite. Le modalità di soluzione della crisi di Credit Suisse sono oggetto di contestazioni da più parti. Oltre che dagli obbligazionisti, dai managers cui è stato soppresso il bond, nonché dai soci stessi, in particolare dagli azionisti sauditi.

12. Le prese di distanza dei regolatori europei

I regolatori europei hanno quindi preso le distanze dalla decisione delle Autorità svizzera di cancellare 17 miliardi di dollari di obbligazioni del Credit Suisse sulla scia del salvataggio della banca, affermando che avrebbero seguito le regole consolidate, procedendo alla svalutazione degli investimenti degli azionisti in prima battuta.

Dominique Laboueix, presidente del Comitato di risoluzione unico dell'UE, ha inviato un messaggio chiaro agli investitori in un'intervista esclusiva con CNBC⁶⁵. “In una risoluzione [bancaria] qui, nel contesto europeo, ha detto seguiremmo la gerarchia, e volevamo dirlo molto chiaramente agli investitori, per evitare di essere fraintesi: non abbiamo altra scelta che rispettare questa gerarchia”, dichiarazione espressa subito dopo che l'autorità di regolamentazione svizzera FINMA ha annunciato che le obbligazioni aggiuntive di primo livello (AT1) di Credit Suisse, ampiamente considerate investimenti relativamente rischiosi, sarebbero state svalutate a zero, mentre gli investitori azionari riceverebbero oltre \$ 3 miliardi come parte dell'acquisizione della banca da UBS.

Successivamente, in una dichiarazione congiunta con la Vigilanza bancaria della BCE e l'Autorità bancaria europea, il 20 marzo il Comitato di risoluzione unico ha affermato che “gli strumenti di capitale comune sono i primi ad assorbire le perdite e solo dopo il loro pieno utilizzo sarà richiesto il Tier 1 aggiuntivo per essere scritto”.

Nonostante le recenti turbolenze, quindi, le autorità di regolamentazione europee sostengono che il settore è forte e resiliente, in particolare a causa del livello di controlli introdotti dopo la crisi finanziaria globale. “Se guardi agli eventi passati – intendo, Covid, Archegos, Greensill, la crisi dei Gilt nel Regno Unito lo scorso settembre, ecc. – durante gli ultimi tre anni, la resilienza del sistema bancario europeo è stata molto forte dimostrando buona solvibilità e ottima liquidità e un'ottima redditività”, ha affermato Laboueix. “Credo davvero che sì, ci sia una buona resilienza nel nostro sistema bancario. Ciò non significa che non dobbiamo essere vigili”.

Il salvataggio di Credit Suisse non è l'unica misura messa in campo dalle istituzioni finanziarie internazionali per cercare di rasserenare il mercato. La Banca centrale europea, la Federal Reserve, la Banca del Canada, la Banca d'Inghilterra, la Banca del Giappone e la Banca nazionale Svizzera hanno annunciato di migliorare l'efficacia delle linee Swap per offrire maggiore liquidità. Come noto si tratta di accordi tra le banche centrali per lo scambio delle rispettive valute per ottenere liquidità. L'accordo, in vigore da lunedì 20 marzo, prevede di portare la frequenza di scambio di valuta da una cadenza settimanale a una giornaliera. Le ripercussioni sul fronte europeo non sono state irrilevanti. L'esplosione di crisi bancarie in altri contesti normativi da un lato ha comunque suscitato incertezze sul futuro del sistema bancario, dall'altro è stata l'occasione per portare avanti alcune riforme che già erano in itinere.

⁶⁵ *EU regulators distance themselves from Credit Suisse bond writedowns*, 30 marzo 2023, in www.srb.europa.ue.

In sede SRM sono stati analizzati i recenti episodi di crisi: Silicon Valley Bank e Credit Suisse. La conclusione è che gli episodi di crisi non sono stati causati dalla cattiva gestione degli attivi ma, per SVB, da un business model peculiare (di cui non vi è esempio nel sistema bancario europeo). Vi è stata anche una “debole” applicazione dei requisiti prudenziali sulla liquidità ed i rischi di tassi di interesse. Per Credit Suisse, la crisi è stata determinata dalla mancanza di fiducia nel *business model* che, in condizione di incertezza sui mercati finanziari, si è riflessa in una forte crisi di liquidità. Gli effetti di contagio diretti ed indiretti per le banche europee sono stati nel complesso limitati, tuttavia si è registrato un aumento dei costi del funding. “Le recenti crisi hanno mostrato ancora una volta che la sostenibilità dei modelli di business, una solida gestione dei rischi e la trasparenza sono elementi fondamentali per la robustezza del sistema bancario”⁶⁶.

Sul fronte europeo ancora vi è da segnalare una proposta di riformulazione delle regole delle crisi che la Commissione si appresterebbe a presentare e di cui ha dato notizia la stampa economica⁶⁷. “Evitare un nuovo salvataggio in “stile” Monte dei paschi, con una stretta sull’uso di soldi pubblici per le banche in difficoltà, e rendendo più facile per i correntisti spostare il proprio conto da un istituto in crisi a un altro più sano”. È quanto prevede la bozza di legge a cui sta lavorando la Commissione europea, secondo quanto scrive il Financial Times. Il provvedimento di Bruxelles era atteso da settimane, ma le turbolenze sul settore provocate dal crollo della Silicon Valley bank e di Credit Suisse potrebbero aver rallentato il lavoro della Commissione. L’obiettivo dichiarato, commenta FT, è rafforzare la cosiddetta Unione bancaria, ossia l’insieme delle misure elaborate dall’Europa dopo la crisi finanziaria, e volte a tutelare i contribuenti. A oggi, le norme Ue rendono più complicato usare denaro pubblico per i salvataggi delle grandi banche. Ma questo non ha impedito all’Italia, nel 2017, di ottenere il via libera di Bruxelles per utilizzare 5,6 miliardi di euro provenienti dalle casse statali e aiutare Mps. Questa misura, secondo il Financial Times, è stata possibile grazie a una “scappatoia” trovata dalle autorità italiane: il sostegno a Mps è stato fornito sotto forma di cash in forma “precauzionale”, e dunque non è stato configurato come un aiuto di Stato contrario alle norme sulle risoluzioni bancarie. Le nuove regole a cui starebbe lavorando la Commissione dovrebbero rendere più difficile l’uso di questa “scappatoia”.

Altro punto importante della proposta di Bruxelles riguarderà i correntisti: sempre secondo il Financial Times, la Commissione Ue vuole rendere più facile il trasferimento del contante dei depositanti da istituti in difficoltà a quelli sani. Altro aspetto rilevante della bozza è l’estensione delle norme anti-salvataggio pubblico anche alle banche più piccole. La proposta prevede che la Banca centrale europea, che vigila sui maggiori istituti di credito dell’Eurozona, o le autorità nazionali di regolamentazione finanziaria, che controllano le banche più piccole, siano tenute a

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Il *Financial Times* del 12 aprile 2023 ha titolato: “Brussels prepares to strengthen regime for struggling banks”. V. Eurogroup Statement del giugno 2022 e la proposta della Commissione 18 aprile 2023.

dare tempestiva comunicazione quando un istituto di credito è "a rischio di fallimento o di probabile fallimento". Secondo la bozza, le modifiche garantirebbero "un'applicazione coerente delle norme in tutti gli Stati membri, assicurando una maggiore parità di condizioni, proteggendo al contempo la stabilità finanziaria e i depositanti, prevenendo il contagio e riducendo il ricorso al denaro dei contribuenti".

13. La lezione per le banche centrali e per le banche

Infine, *last but non least* non può sottacersi che l'influsso determinato dall'aumento dei tassi di interesse, operato dalle banche centrali: intorno al 4% negli stati Uniti⁶⁸ e di circa il 3% in Europa, abbia avuto il suo ruolo come fattore determinante nelle crisi. Molte banche, compresa SVB hanno inteso continuare nella strategia degli anni passati senza cogliere i cambiamenti. Anni in cui la liquidità a tasso zero era la regola. Altri istituti finanziari hanno creduto di poter continuare a guadagnare su mutui e prestiti mantenendo la remunerazione dei depositi quasi a zero e contemporaneamente distribuendo a soci e manager dividendi e *buy back*. Un segnale non molto entusiasmante per imprese e famiglie. Indubbiamente⁶⁹ l'inflazione è la tassa più ingiusta perché colpisce in modo non visibile ma reale gli stipendi e i salari, frena i consumi e gli investimenti. Con il rialzo dei tassi si è utilizzata lo strumento fondamentale per combatterla. Ma un canto è realizzarla, un altro è agitarla come spettro, come ha sottolineato il Governatore Visco recentemente.

Il quadro che emerge dopo gli interventi dei salvataggi è abbastanza complesso. Per quanto attiene alle banche regionali Usa, persistono ancora elementi di debolezza che, secondo alcune previsioni, nei prossimi anni ne ridurranno la redditività e, in alcuni casi, potranno anche mettere in discussione la stessa sopravvivenza⁷⁰.

La prima criticità riguarda l'ammontare dei loro depositi, che si è fortemente ridotto durante la crisi. Secondo i dati del FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), per le prime trenta banche regionali americane i depositi si sono quasi dimezzati negli ultimi mesi. La gran parte di questa liquidità, che era in mano a investitori istituzionali, è ora finita nei *Money Market Mutual Fund*, ovvero fondi a breve che oggi offrono rendimenti attorno al 4 per cento, invece dello "zero virgola" reso dai depositi bancari. Anche nell'ipotesi, per altro difficile, che le banche regionali riconquistino la fiducia di investitori che non godono della garanzia pubblica, la nuova liquidità costerà quindi loro molto cara. Più probabilmente, molte di loro saranno costrette a ridurre i loro impieghi e investimenti, che tuttavia non sono facilmente liquidabili. Poiché le banche

⁶⁸ Si veda STIGLITZ, *Silicon Valley Bank's failure is predictable - what can it teach us?*, cit.

⁶⁹ Si veda MANCA, *Le colpe sono note*, cit., 28.

⁷⁰ Si vedano MAZZUCHELLI, *Banche, l'eredità delle crisi di marzo. Intervista*, cit., e HAMOUI, *Tre problemi per le banche regionali USA*, in *lavoce.info*, 14 aprile 2023.

regionali detengono una quota molto alta di impieghi, pari a circa un terzo di quanto erogato dall'intero sistema, l'effetto in termini di *credit crunch* sull'economia americana potrebbe risultare notevole.

Più in generale nei prossimi mesi tutte le banche potrebbero subire una certa erosione di ciò che in termini tecnici viene chiamato "*deposit franchise*", ovvero la loro capacità nei momenti di restrizione monetaria di contenere la crescita dei tassi pagati sui depositi. Il processo è accelerato sia dal fatto che oggi la digitalizzazione rende più semplice muovere la liquidità, sia perché le banche centrali dei principali paesi hanno avviato un processo di *Quantitative tightening* (Qt). La graduale vendita di titoli pubblici e privati da parte degli istituti di emissione riduce quasi meccanicamente i depositi delle banche (e potrebbe indurle ad alzare i tassi sui depositi per frenarne la dipartita).

Il secondo fattore di debolezza delle banche regionali concerne le perdite latenti del portafoglio titoli accumulato nei periodi di tassi molto bassi. Le regole contabili e, in particolare, la possibilità di poterle registrare come *held to maturity* – e quindi di non contabilizzare le perdite ai valori di mercato – offrono una debole protezione, soprattutto nei momenti di crisi. Gli investitori, aspettano con ansia di conoscere nelle prossime trimestrali non solo le perdite effettive, ma anche quelle potenziali per farsi un giudizio più circostanziato sul sistema bancario. Per ora, a fronte di una certa stabilizzazione dei prezzi in borsa dei titoli delle banche regionali, si è registrato un forte aumento del volume delle opzioni a copertura delle loro quotazioni, del loro costo e della loro volatilità⁷¹.

Il terzo fattore di debolezza riguarda la regolamentazione bancaria che, almeno per le banche regionali americane, si farà certamente più stringente. Se nel lungo periodo ciò ne aumenterà la stabilità, nel breve potrebbe limitarne la capacità di manovra e la redditività. Tuttavia, la recente crisi bancaria potrebbe indurre i regolatori a incrementare i presidi sulla liquidità di tutte le banche, chiedendo loro ad esempio di detenere una maggior quota di depositi vincolati o pretendere un innalzamento del valore dei depositi assicurati con un conseguente aggravio dei premi pagati.

Per quanto concerne tutto il settore bancario, la vicenda dell'azzeramento dei prestiti subordinati del Credit Suisse può avere delle conseguenze di carattere strutturale di più ampia portata. Il mercato dei prestiti subordinati ha di fatto subito un arresto e pertanto l'*equity* andrà coperto in altri modi ovvero con emissione di capitale o con *retained earnings*, dando un duro colpo alla stagione

⁷¹ Per HAMOUI, *Tre problemi per le banche regionali USA*, cit., le stesse banche centrali, che avrebbero dovuto vigilare sulle banche, si trovano nei loro bilanci un gran numero di titoli di stato, con cedole molto basse, acquistati durante il *Quantitative easing*, mentre sono oggi costrette a pagare tassi d'interesse ben più alti sulle riserve/depositi lasciati dalle banche. Così anch'esse registreranno perdite importanti nei prossimi anni e non potranno distribuire dividendi ai governi. Tuttavia, non andranno in default perché possono stampare moneta e godono di una garanzia pubblica illimitata.

dei super dividendi e dei buy backs⁷².

In secondo luogo, i comitati rischi e i comitati crediti delle banche assumeranno un atteggiamento molto più prudente che in passato e le condizioni di concessioni del credito diventeranno più restrittive. Infine, le vicende trascorse indurranno a una rivisitazione della regolamentazione prudenziale. Gli strumenti tuttora esistenti sono il frutto della grande crisi del 2008, e inadeguati ai cambiamenti, in particolare si presenta il problema di affrontare la velocità con cui le crisi si manifestano. È possibile allo stato attuale trasferire denaro con molta facilità e le notizie di una crisi si trasmettono con grande rapidità da un lato all'altro dell'oceano grazie ai mass-media. La velocità di informazioni e transazioni impone la rivisitazione degli strumenti di copertura dei depositi e degli investimenti, che debbono anche essi essere facilmente liquidabili.

Va rivisto il tema delle scadenze e quindi si può ipotizzare un ritorno ad una sorta di specializzazione funzionale stabilendo che la banca vada divisa in due componenti, una struttura per le operazioni a rischio, coperta con il capitale o strumenti paragonabili o depositi a termini e l'altra per le ordinarie operazioni, coperta con depositi a vista. Un ritorno alle proposte della riforma strutturale del dopo crisi del 2008, ispirate al "Chicago Plan"⁷³

In questo scenario, i risk-management delle banche dovranno dimostrarsi particolarmente attivi e le banche centrali particolarmente prudenti nel governare una difficile congiuntura.

Innumerevoli sono gli spunti che vengono dalle crisi di SVB e Credit Suisse e possiamo citare Marco Onado "È una crisi molto grave, non una vera catastrofe, ma di sicuro un evento che dovrà cambiare il modo di funzionare delle banche e le modalità di azione delle Autorità di vigilanza"⁷⁴.

Duole ricordare che il Nostro commentava la crisi finanziaria del 2008! La storia si ripete!

Napoli, 15 aprile 2023

⁷² MAZZUCHELLI, *Banche, l'eredità delle crisi di marzo. Intervista*, cit.

⁷³ Così MAZZUCHELLI, *Banche, l'eredità delle crisi di marzo. Intervista*, cit. Il "Chicago Plan" è stato proposto nel 1936 da H. Simons e da I. Fishern che, analizzando la Grande Crisi del 1929, ne individuavano la causa nella commistione tra banca di investimento e banca commerciale, che aveva reso le strutture finanziarie dei gruppi bancari fragili. Il piano prevedeva la separazione strutturale tra le attività di banca commerciale e di banca d'investimento, al fine di gestire i conflitti di interesse e prevenire le crisi. Negli Usa la proposta del "Chicago Plan" venne inizialmente recepita con il GLASS-STEAGALL ACT, con il quale si isolavano le due attività di banca commerciale e banca d'investimento. Negli anni '90 del secolo scorso la separazione tra le due attività bancarie venne abolita. Successivamente, con la Riforma Dodd-Frank del 2010 si è pensato di reintrodurre parzialmente la vecchia legge Glass-Steagall Act, tramite la "regola Volcker" che proibirebbe quasi completamente alle grandi banche di deposito l'attività speculativa con mezzi propri.

⁷⁴ *Crisi finanziarie e vigilanza*, cit., 146.

IN THE NAME OF GOD: MANAGING RISK IN ISLAMIC FINANCE^{°1}

Valentino Cattelan

*Lecturer in Law,
Birmingham City University*

In Against the gods: the remarkable story of risk (1996), Peter L. Bernstein illustra come il saper dominare il rischio abbia guidato la moderna società occidentale nel convertire «il futuro da nemico in opportunità», laddove il rischio viene quantificato, misurato, e gestito per mitigare i pericoli dell'inatteso, e dove procedure di risk-taking, -transfer e pooling sono divenute esse stesse fonti di legittimo profitto. Commentando il lavoro di Bernstein nel passaggio dal 'rischio' occidentale alla nozione araba di رزق rizq, 'il sostenimento (divino)', questo articolo si riferisce all'azzardo umano, o fortuna, in arabo زهر zahr, i 'dadi' delle future chances, attraverso una prospettiva comparativa ed interculturale. Più precisamente, l'articolo intende mostrare come specifiche assunzioni antropologiche conducano ad una teoria ed una pratica alternative della gestione del rischio in un mercato la cui peculiarità sta nell'operare non 'contro' ma 'in Nome di Dio': vale a dire, il mercato della finanza islamica.

In Against the gods: the remarkable story of risk (1996), Peter L. Bernstein illustrates how the mastery of risk has driven modern Western society into converting «the future from an enemy into an opportunity», where risk is quantified, measured, and managed to mitigate the perils of the unexpected, and where risk-taking, -transfer and -pooling have become per se sources of legitimate profit. Commenting on Bernstein's work while moving from the Western 'risk' to the Arabic رزق rizq, '(God's) sustenance', this article looks at human hazard, زهر zahr, the 'dice' of future chances, through a comparative and inter-cultural perspective. More precisely, it aims to show how specific anthropological assumptions result in an alternative theory and practice of risk management in a market whose peculiarity is to operate not 'against' but 'in the Name of God': namely, the market of Islamic finance.

Summary:

1. Gods, men and the (un)expected: from Bernstein's risk to the Arabic rizq (رزق)
2. Islamic finance, Muslim anthropology, and legitimate profit: *al-kharaj bi-l-daman*
3. Conceiving and managing risk in God's creation: the logic of Islamic finance
4. Conclusions: another, remarkable, story of risk?

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

¹ This article remained for a long time in the preliminary format of working paper (CATTELAN, *In the Name of God: managing risk in Islamic finance*, in *Eabh Working Papers Series*, 14-07, 2014; available online at <http://www.eabh.info/publications/eabh-papers>). I thank the editorial committee of IANUS for the opportunity to give it appropriate collocation as article in a peer-reviewed journal.

Transliteration note: please consider that in the transliteration from Arabic into English graphical forms have been simplified (e.g. *riba* instead of *ribā*; *Shari'ah* in the place of *ṣarī'ah*; *daman* instead of *damān*; *haqq* in the place of *ḥaqq*; and so on).

Quotations of the Qur'an are taken from YUSUF ALI, *An English interpretation of the Holy Qur'an with full Arabic text*, Lahore, 1975. The *sura* is specified in Roman numbers; the *ayat* in Arab numbers (e.g. Q. IX:51, 51th *ayat* of the 9th *sura*).

«The word “risk” derives from the early Italian *risicare*, which means “to dare”. In this sense, risk is a choice rather than a fate. The actions we dare to take, which depend on how free we are to make choices, are what the story of risk is all about. And that story helps define what it means to be a human being»².

1. Gods, men and the (un)expected: from Bernstein’s risk to the Arabic *rizq* (رزق)

Peter L. Bernstein’s extraordinary book *Against the gods: the remarkable story of risk*³ has been able to popularize and make accessible to the general public the intricacy of a concept, that, as he remarks, «touches on the most profound aspects of psychology, mathematics, statistics, and history» (p. ix). The volume itself won the Edwin G. Booz Price for the most insightful, innovative management book in 1996, as well as the Clarence Arthur Kelp/Elizur Wright Memorial Award in 1998; not really unexpectedly, considering this success, *Against the gods* has sold over 500,000 copies worldwide.

Indeed, dealing with the (un)expected is what risk management is all about: something that Bernstein defines as that ‘revolutionary idea’ shaping modernity, where, far from being an antagonist, as the unpredictable whim of gods or the mysterious fate, the future has become an opportunity. Moving away from the fear of the unexpected, his volume tells us about «[...] the story of a group of thinkers whose remarkable vision revealed how to put the future at the service of the present... [converting] risk-taking into one of the prime catalysts that drives modern Western society. Like Prometheus, they defied the gods and probed that darkness in search of the light that converted the future from an enemy into an opportunity. The transformation in attitudes towards risk management unleashed by their achievements has channelled the human passion for games and wagering into economic growth, improved quality of life, and technological progress»⁴.

From Fibonacci’s *Liber Abaci* (1202), Cardano’s *Liber de Ludo Aleae* (1525) and Galileo’s *Sopra le scoperte dei dadi* (1623), the astonishing story of risk developed in Western society through the laws of probability framed by Pascal, Fermat, and Chevalier de Méré⁵, and the science of statistics of Graunt, Petty, and Halley, fostering the development of insurance as a commercial concept in the eighteenth century⁶. It was in that time, with Bernoulli’s paper on *Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis* (1731), that risk-taking was related not only to objective facts but also to a «subjective view about the desirability of what is to be gained, or lost, by

² BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, New York, 1996, 8.

³ See previous note.

⁴ ID., 1.

⁵ ID., 57-72.

⁶ ID., 92.

the decision»⁷. From this perspective, if «Cardano, Pascal, and Fermat provided a method for figuring the risks in each throw of the dice, ... Bernoulli introduces us to the *risk-taker* - the player who chooses how much to bet or whether to bet at all. While probability theory sets up the choices, Bernoulli defines the *motivations* of the person who does the choosing. This is an entirely new area of study and body of theory. Bernoulli laid the intellectual groundwork for much of what was to follow, not just in economics, but in theories about how people make decisions and choices in every aspect of life»⁸.

From that time onwards, through Gauss's normal distribution⁹, Poincaré's study of information/decision-making and Bachelier's analysis of speculation¹⁰, the theory of risk has further advanced through Arrow¹¹, Knight and Keynes's notion of risk as 'measurable uncertainty'¹². An uncertainty whose source can be found in others' intentions, as explained by Von Neumann, Morgenstern and Nash's game theory¹³; and whose measure has led financial theory to well-known concepts such as portfolio selection, diversification, the capital asset pricing model (by Markowitz and Sharpe), the Black and Scholes formula, and to prospect theory in behavioural economics (by Kahneman and Tversky)¹⁴.

Of course, this very concise introduction to Bernstein's book does not even distantly mirror the richness of its contents: the interested reader will find in *Against the gods*, and its broad bibliography, much better satisfaction of his intellectual enquiries. But, at least superficially, this summary highlights how centuries of extraordinary intellectual elaboration in Western society transformed the future from an antagonist into a product of a (human) present where risk is quantified, measured, and managed to mitigate the perils of the unexpected. Accordingly, within this cultural setting, activities of risk-taking, -transfer and -pooling (i.e., banking, investment, insurance, or even gambling, businesses) have become in the West a source *per se* of legitimate profit, where, in the (extra)ordinary enterprise of risk management, as we know it today, the 'gods' are left aside.

But from where does the idea of 'risk' come from? And how much does it explain about human nature, given that its story, in the end, is all about «[t]he actions we dare to take» and «how free we are to make choices»?

If the Latin *resicare*, *resicum*, *risicum*, *riscus* are the direct precedents for the Italian *risicare*, meaning 'to dare', and *risco* (from which the current Italian *rischio*,

⁷ ID., 100. Daniel Bernoulli, in fact, introduced the revolutionary idea that «the *value* of an item must not be based on its *price*, but rather on the *utility* that it yields», which varies from person to person (BERNSTEIN, cit., 99; italics in the original text).

⁸ ID., 108 (italics in the original text).

⁹ ID., 136.

¹⁰ ID., 200.

¹¹ ID., 204.

¹² ID., 219.

¹³ ID., respectively at 232, 235, and 243.

¹⁴ ID., respectively at 260, 304 ff., 270.

the French *risque*, the English *risk*, the Spanish *riesgo* and the German *Risiko*, all derive), a more ancient etymology of the word ‘risk’, in contrast, remains uncertain. The Latin forms may have derived from the Greek *ρίζα*, meaning ‘root’, ‘stone’, ‘cut of the firm land’, which was also used as a metaphor for a ‘difficulty to avoid in the sea’.¹⁵ For the ancient Greeks the uncertainty of survival in the Mediterranean was caused by the whims of gods like Zeus and Poseidon, and the ‘stone’ of the firm land as well as the ‘root’ of a tree were symbolic images of a lifeline, securing the sailors from the perils of the sea. Quite interestingly, the classical Greek *ρίζα* seems to find (at least phonetically) an equivalent in the Arabic *rizq* (رزق), from which the word ‘risk’ may derive, too: the term may have been absorbed by ancient pre-Islam Arabic from Greek, via Mediterranean contacts, or vice-versa. The rich legacy of such contacts is also witnessed by the word ‘hazard’, that moved into English from the French *hasard* and the Spanish *azar*, both (certainly) coming from the Arabic *zahr* زهر, meaning ‘dice’, thus the chance of human luck.¹⁶

But, apart from this digression on probable linguistic transmissions through the Mediterranean, if *rizq* on the one side expresses the idea of ‘fortune’, ‘profit’, ‘gain’, ‘blessing’ (thus, safety from the perils of life, as in the etymology of *ρίζα* and later ‘risk’), on the other side, and quiet remarkably, this fortune is depicted and conceived in Arabic language in the particular sense of «a sustenance that is given by God for livelihood».¹⁷ Accordingly, the verb *razaqa* is always used in the sense of ‘God providing somebody with means of subsistence’; الرزاق *ar-razaqa*, ‘the Maintainer’, ‘the Provider’ is one of the ninety-nine attributes of God; and مرزوق *marzuq* is the ‘person blessed by God’, thus ‘fortunate’, ‘prosperous’, ‘successful’. At a very preliminary glance, therefore, the secular nature embedded in modern Western ‘risk’ stays far apart from the Arabic *rizq*, where the future and its fortunes are given by God.

To the extent to which the phonetic connection between the Greek *ρίζα* and the Arabic *rizq* may be tentatively suggested and is certainly thought-provoking, it seems to me that their distant meanings may also offer a clue (or at least an intellectual temptation) to broaden Bernstein’s history of risk by adopting a

¹⁵ In this sense, for instance, SKJONG, *Etymology of risk. Classical Greek origin - Nautical expression - Metaphor for “difficulty to avoid the sea”*, 2005, available online at the following address <http://research.dnv.com/skj/Papers/etimology-of-risk.pdf>. Indeed, it is of interest that «these lexical borrowings happened in the end of the middle-ages, when mentalities woke up and people dared to discover the world. So that from the 16th century on, the term got a benefit meaning, for example in middle-high-German *Rysigo* ... a technical term for business, with the meaning “to dare, to undertake, enterprise, hope for economic success”» (ID.).

¹⁶ BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, cit., 13. Both the Greek *ρίζα* and the Arabic *rizq* (رزق) may even find a common Indo-European or Semitic root (a hypothesis of ancient comparative linguistics which is, of course, far beyond my expertise and the aims of this writing). Speaking of risk (and my personal risk-aversion), anyway, I would not put my money neither on *ρίζα* nor رزق as the very first origin of the term and its related meaning(s).

¹⁷ WEHR, *A dictionary of modern written Arabic*, ed. by J.M. Cowan, IV ed., Wiesbaden, 1994.

comparative perspective, moving from the Western to the Arab side of the Mediterranean by looking at the hazard, زهر *zahr*, the ‘dice’ of future chances, through an inter-cultural approach. In other terms, does a different anthropology of risk characterize Islam in comparison to the West? Should we tell, in this regard, a story of risk different from Bernstein’s? And, if this diverse story is still to be told, how much may it help us to ‘define what it means to be a human being’ in a Muslim context?

Indeed, today the investigation on ριζα/*rizq* is far from being purely speculative and confined to comparative linguistics or the domain of intellectual conjectures. On the contrary, it can be directly related to the development of a niche of the financial system whose outstanding peculiarity, to Bernstein’s surprise, is to operate not ‘against’ but ‘in the Name of God’: namely, the market of Islamic finance.

In this direction, challenging the perils of the Mediterranean in the search for another root of safety from the unexpected (the ancient Greek ριζα), this article dares to look at human fortune in the light of the Arabic *rizq*, and investigating how a diverse anthropology of risk in Islam may actually result in alternative practices of risk management, as manifested today by *Shari’ah*-compliant financial institutions.

Thus, the Islamic financial market and its peculiar principles (prohibitions of *riba*, interest; uncertainty and speculation, *gharar*; gambling, *maysir*) will be depicted within an anthropology of time where not only the future, but also the present, are a divine (rather than human) creation, and where, accordingly, risk itself is deeply re-framed both as a concept and as a source of legitimate profit. Indeed, to the extent to which, as we will see, in a reality created directly by God the future remains an economic opportunity (Q. II:275: «Allah has permitted trade»), any legitimate profit follows from man’s responsibility (*al-kharaj bi-l-daman*) in performing *Shari’ah* by participating in the divine creation of the ‘real’ and as an ‘agent’ of the only ‘Actor’. It is this dual canon of ‘participation’ and ‘agency’ that coherently implies a conceptualization of risk in Islam, which is focused on the primacy of the real economy; exchange equilibrium (with any unlawful increase due to *riba*, *gharar* or *maysir* being prohibited); and profit-loss sharing (section 2 of this article).

As a result, alternative rationales rule risk management in Islamic finance. In fact, while risk continues to hold an economic value, this value is linked to real assets and business activities through the assumption of liability (‘profit follows responsibility’, *al-kharaj bi-l-daman*), leading to fundamental peculiarities in the practice of Islamic banking, insurance (*takaful*) and securities (*sukuk*) trade that can hardly be compared to conventional ones, as well as rejecting financial products, such as derivatives that are deemed lacking in any commercial value since nothing ‘real’ is actually traded (section 3). To conclude (section 4), the article will remark how this alternative story of risk would require further consideration in financial theory and regulation, for the benefit of a level playing field where conventional and Islamic finance would be able to co-exist and prosper under the same (God’s?) sky.

2. Islamic finance, Muslim anthropology, and legitimate profit: *al-kharaj bi-l-daman*

Islamic finance has recently experienced increasing visibility as an ethical alternative to conventional business,¹⁸ as well as exceptional growth in GCC and South-Asian countries (above all, Malaysia), with an average growth rate between 10 and 20 per cent in the last decade.¹⁹ At any rate, while forming a promising niche in the Middle East and Asia, at present its market share is only around two to three per cent of total transactions at a global level; moreover, as far as Europe and the West are concerned, the United Kingdom, as the largest national market (after Turkey), still attracts only a marginal percentage of *Shari'ah*-compliant assets, despite the favourable regulation fostered by the local government.²⁰

From a historical standpoint, modern Islamic finance finds no precedent in the Muslim society of the past, which did not experience institutionalised credit institutions such as the European banks of the Middle Ages. As shown by Udovitch,²¹ financial support in classical Islam was mainly supplied by informal capital providers or by credit-labour partnerships for commercial activities. In contrast, the birth of contemporary Islamic finance relates to a flourishing academic literature on Islamic economics, from the '70s onwards,²² and to the first experiments of Islamic banking in Egypt, under the liberalization programme by President Sadat, the *Infitah* ('open-door') policy.²³ While these preliminary examples of Islamic finance were primarily driven by purposes of social cohesion through enlarging the access to credit for the poor, it was during the '80s that a more advanced industry developed under the criteria of *Shari'ah*-compliance,

¹⁸ TRIPP, *Islam and the moral economy. The challenge of capitalism*, Cambridge, 2006.

¹⁹ As noted in THE BANKER (2013), *Top Islamic financial institutions*, Special Report, London, 2013.

²⁰ For one of the first overviews on the matter, see ERCANBRACK, *Regulating Islamic finance in the United Kingdom*, in CATTELAN (ed.), *Islamic finance in Europe: towards a plural financial system*, Studies in Islamic Finance, Accounting and Governance, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2013, 157-178. In this light, the original enthusiasm shown by Western scholarship towards Islamic finance as a «key dimension of the relationship between Arab banks and their European counterparties» (WILSON, *Islamic finance in Europe*, in *RSCAS Policy Papers*, Musmine – Muslim Minorities in Europe, European University Institute, Florence, 2007, 8) remains still today quite premature.

²¹ UDOVITCH, *Partnership and profit in medieval Islam*, Princeton, 1970.

²² See, for instance, CHAPRA, *Islamic welfare State and its role in the economy*, Leicester, 1979; SIDDIQI, *Banking without interest*, Leicester, 1976; SIDDIQI, *Issues in Islamic banking: selected papers*, Leicester, 1983.

²³ In order to uphold social mobility by facilitating the access of the poor to credit, the government licensed Nasser Social Bank (1971) and Faysal Islamic Bank (1977), that had their precursor in the Mit Ghamr Savings Bank (licensed by Nasser in 1963 and closed in 1968), deemed to be the first historical experiment of modern Islamic banking. While observing Islamic precepts in their operations (mainly the prohibition of interest, *riba*), these banks were primarily concerned with realising social aims by providing credit to segments of Egyptian society that, otherwise, would not qualify for loans (see MAYER, *Islamic banking and credit policies in the Sadat era: the social origins of Islamic banking in Egypt*, in *Arab Law Quarterly*, 1985, 49).

moving from a restricted domain into larger commercial practice.²⁴ At present, Islamic financial institutions offer to the generality of customers (Muslim or not) an immense variety of products, from investment-deposits (so-called PSIA, profit sharing investment accounts) to *takaful*, lit. 'guaranteeing each other', the Islamic risk-shared insurance model aimed at avoiding 'uncertainty' (*gharar*); as well as equity fund management and Islamic securities (*sukuk*).

In compliance with *Shari'ah*, fundamental peculiarities characterize Islamic financial transactions, whose validity requires, apart from the avoidance of prohibited investments (such as alcohol, pork, pornography), the elimination of any profit deriving from an 'unlawful increase', that is to say, interest (prohibition of *riba*), unreasonable uncertainty (ban of *gharar*) and gambling (*maysir*).²⁵

These rules necessarily result in a favour towards asset- and equity-based financial instruments and a corresponding dismissal of both debt-based products (likely to produce *riba*) and hazard-affected securities (*gharar*, *maysir*). More precisely, since conventional loans are essentially gratuitous in Islamic law (due to the prohibition of *riba*), ordinary interest-bearing credit transactions are replaced in Islamic finance by asset-backed contracts, such as *murabaha* (mark-up or cost-plus sale), *salam* (advance purchase), *istisna'* (commission to manufacture) and hire-and-sale (*ijara*); or by equity-based instruments such as *mudaraba* (silent partnership) and *musharaka* (full partnership). In both cases (asset-backed or equity instruments), legitimate profit has to derive from the necessary assumption of a liability correlated to a reference entity, according to the fundamental principle *al-kharaj bi-l-daman*, that is to say, *profit* (i.e. the chance of gain, in the sense of what is someone's due, what someone deserves; see Wehr: هذا خرجك «that's what you need, what you deserve»²⁶) *relates to liability*, i.e. the risk of potential loss for which the person is responsible (from the root *دَمَضَ damina*, 'to be or become responsible or liable, give security or guaranty').

Thus, another notion of 'fortune', different from, while complementary to, *قِزْر rizq*, '(God's) sustenance', appears here: that is to say, the basic postulate in Islamic

²⁴ The literature dealing with Islamic economics and finance is enormous. Valuable references remain ARCHER - KARIM (eds.), *Islamic finance: the regulatory challenge*, New York, 2007; AYUB, *Understanding Islamic finance*, New York, 2007; CHAPRA, *Islamic welfare State and its role in the economy*, cit.; CHAPRA, *Islam and economic development*, Islamabad, 1993; EL-GAMAL, *Islamic finance. Law, economics, and practice*, Cambridge, 2006; HASSAN - LEWIS (eds.), *Handbook of Islamic banking*, Cheltenham, UK, 2007; IQBAL - LLEWELLYN (eds.), *Islamic banking and finance: new perspectives on profit-sharing and risk*, Cheltenham, UK, 2002; Khan - Porzio (eds.), *Islamic banking and finance in the European Union. A challenge*, Cheltenham, UK, 2010; SIDDIQI, *Banking without interest*, cit.; SIDDIQI, *Issues in Islamic banking: selected papers*, cit.; USMANI, *Introduction to Islamic finance*, Karachi, 2000; VOGEL - HAYES, *Islamic law and finance: religion, risk and return*, Arab and Islamic Law Series, The Hague, 1998; WARDE, *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh, 2000.

²⁵ SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law: riba, gharar and Islamic banking*, II ed., London, 1992; CATTELAN, *From the concept of haqq to the prohibitions of riba, gharar and maysir in Islamic finance*, in *International Journal of Monetary Economics and Finance*, 2009, 2 (3/4), 384-397.

²⁶ WEHR, *A dictionary of modern written Arabic*, cit.

finance that any legitimate profit (*kharaj*) has to derive from a liability, a responsibility, or an accountability (*daman*) of the economic actor for assuming a risk, through which he deserves God's blessing (*rizq*) by following the right Path, *Shari'ah*.

At this point, before interpreting how the principle *al-kharaj bi-l-daman* affects risk management in Islamic finance, a more in-depth investigation is needed with regard to Muslim anthropology. In my opinion, in fact, instead of looking at Islamic finance in the light of (conventional?) ethical investments, a more appropriate understanding of its logic can be derived from locating its rationales within the Qur'anic Creator paradigm that shapes the life of every Muslim.²⁷ Accordingly, the conceptualization of risk in Islamic finance may find better interpretation in connecting *rizq*, as 'God's sustenance', to what is deserved by the human being through becoming responsible for his action (*daman* as source of legitimate profit). In other terms, how God provides for human existence and how man, by becoming responsible for his actions, deserves God's favour in Islam?²⁸

As is well-known, Islam means 'submission to God': a submission of the believer (*muslim*), which is complementary to God's absolute omnipotence. The great theologian and legal scholar al-Ghazali (d. 505/1111), in his doctrinal work *al-Iqtisad fi'l-I'tiqad* summarizes the nature of God's creativeness in the sentence: «What He wills, is and what He does not will, is not»:²⁹ «This extends to the least, seemingly insignificant, occurrence: "... not even the casual glance of a spectator nor the stray thought in the mind come to be outside the sphere of His will". Will is also expressed by the term *mashi'ah*, "volition", and so it is that the word *shay'*, "thing", deriving from the same root, is sometimes glossed as "what has been willed [by God] to exist" ».³⁰

God's perpetual creative power models all the reality («To Him is due the primal origin of the heavens and earth. When He decreeth a matter, He saith only "Be," and it is»): Q. II:117),³¹ as an element of His unquestionable perfection.³² Indeed, «There are eight names for God, among the canonical ninety-nine, which direct our attention to Allah as the source of all that is: *al-Badi'* (Absolute Cause), *al-Bari'* (Producer), *al-Khaliq* (Creator), *al-Mubdi'* (Beginner), *al-Muqtadir* (All-

²⁷ On the matter, please refer to NETTON, *Allah transcendent: studies in the structure and semiotics of Islamic philosophy, theology and cosmology*, London, 1989. See also CATTELAN, *Islamic finance and ethical investments. Some points of reconsideration*, in KHAN - PORZIO (eds.), *Islamic banking and finance in the European Union. A Challenge*, cit., 76-87; CATTELAN, *Shari'ah economics as autonomous paradigm: theoretical approach and operative outcomes*, in *Journal of Islamic Perspective on Science, Technology and Society*, 1 (1), 2013, 3-11.

²⁸ GIMARET, *Théories de l'acte humain en théologie musulmane*, Paris and Leuven, 1980.

²⁹ ORMSBY, *Theodicy in Islamic thought. The dispute over al-Ghazali's "Best of all possible worlds"*, Princeton, 1984, 192.

³⁰ ID.

³¹ See also HOOVER, *Perpetual creativity in the perfection of God: Ibn Taymiyya's hadith commentary on God's creation of this world*, in *Journal of Islamic Studies*, 15 (3), 2004, 287-329.

³² Corresponding texts in Q. III:47,59; VI:73; XVI:40; XXXVI:82; XL:68.

Determiner), *al-Musawwir* (Fashioner), *al-Qadir* (All-Powerful) and *al-Qahhar* (Dominator), each with various connotations of creating». ³³

God being the only Creator, the Muslim lives 'in surrender' to God's omnipotence, as an *agent* of the only *Actor*, participating in the creation by performing God's Will, within a conception of time where the divine immediate creation is inserted within the flow of contingent human agencies, and «the world comes to be at the time when the eternal will stands in nexus with its coming-to-be». ³⁴

The complementary truths of God's omnipotence and human responsibility, with the corollary linkage between divine eternity and human history in the flow of time (conceived as an atomistic succession of instants, each created by God), ³⁵ find their pivotal reconciliation through the Revelation of *Shari'ah* (literally, 'the road leading to water', the Way, the Path) (Q. XLV:18). ³⁶ In fact, in order to make human beings responsible for their actions and able to deserve His blessings, God has given the Qur'an, ³⁷ lit. 'what is read', the 'recitation', and sent the Prophet as reminder of the Message («Say: "Nothing will happen to us except what Allah has decreed for us: He is our Protector": and on Allah let the Believers put their trust»: Q. IX:51). ³⁸

There are no obstacles for the believer to seek the right Way, the true Guidance: «for the Muslim the whole religion itself is in a very real sense a synonym of God's guidance: Islam is "being rightly guided"». ³⁹ The Revelation is clear, and the clarity of Truth doesn't require any imposition: «Let there be no compulsion in religion: Truth stands out clear from Error: whoever rejects Evil and believes in Allah hath grasped the most trustworthy hand-hold, that never breaks. And Allah heareth and knoweth all things» (Q. II:256). ⁴⁰ Anyway, the

³³ BURRELL, *Creation*, in WINTER (ed.), *The Cambridge companion to classical Islamic theology*, Cambridge, 2008, 141.

³⁴ Ghazali, as quoted in ORMSBY, *Theodicy in Islamic thought. The dispute over al-Ghazali's "Best of all possible worlds"*, cit., 193; for the alternative conceptualization of freedom in Islam, see WATT, *Islamic alternatives to the concept of free will*, in *La notion de liberté au Moyen Age. Islam, Byzance, Occident*, Paris, 1985, 15-24.

³⁵ In this regard, see the illuminating BÖWERING, *The concept of time in Islam*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 141 (1), 1997, 55-66.

³⁶ CALDER, *Shari'ah*, in *Encyclopaedia of Islam*, II ed., 1978.

³⁷ «The Qur'an as a whole... maintains human responsibility at the same time as it asserts divine omnipotence... In the end, then, the Qur'an simply holds fast to the complementary truths of God's omnipotence and man's responsibility» (BELL, *Introduction to the Qur'an*, Edinburgh, 1970, 150-152).

³⁸ This is in Islam the Way, the Guidance that expresses the decision by God intervening under the form of a communication concerning human actions; in this sense, according to Stelzer, «divine law is a manifestation of the divine Word» (STELZER, *Ethics*, in WINTER (ed.), *The Cambridge companion to classical Islamic theology*, Cambridge, 2008, 169). See also GOLDZIEHER, *Introduction to Islamic theology and law*, New Jersey, 1981.

³⁹ NETTON, *Allah transcendent: studies in the structure and semiotics of Islamic philosophy, theology and cosmology*, cit., 24-25.

⁴⁰ «The truth is clear, settled, and definitely convincing... The truth stands here, facing us; it is presented to us. The truth in its completeness is submitted to us as clarity-for-us... The truth, established and secured by its certainty, makes no distinction between "momentary" and "eternal". The truth is valid not because it has ascended above the nonlasting; the truth is valid because it stands firmly established

clarity of the Truth does not mean that it is manifest, and *ilm al-fiqh* (literally ‘science of comprehension’, ‘understanding’) is the discipline specifically aimed at making manifest God’s Will as clearly revealed in the Qur’an and exemplified by the Prophet (*sunna*).

To summarize the anthropology of Islam, as depicted by Netton in the Qur’anic Creator Paradigm, Muslim conception of life «embraces a God who (1) creates *ex nihilo*; (2) acts definitely in historical time; (3) guides His people in such time [through *Shari’ah*]; and (4) can in some way be known indirectly by His creation [in the light of the understanding of the Revelation through *fiqh*]». ⁴¹

Indeed, in the total sovereignty by God to create everything that comes-to-exist, the ‘real’ itself (*haqq*, which is one of the name of God: *al-Haqq*) holds a meaning of ‘Truth’ as being ‘right’: in other terms, it fosters a conception of the reality as being essentially ethical, a product of God’s Will in the unity (*tawhid*) of the creation as the only (real, true, just) ‘Actor’, of which the believers are ‘agents’.

«A vision of the reality as being in its essence imperative, a structure not of objects but of wills. The moral and the ontological change places, at least from our point of view. [...] The “real” here is deeply moralized, active, demanding real, not a neutral, metaphysical “being”, merely sitting there awaiting observation and reflection; a real of prophets not of philosophers». ⁴²

Thus, the ‘right’ ontologically acquires a ‘tangible’, ‘real’ nature (not by chance ‘reality’ is one of the various meaning of *haqq* (pl. *huquq*), next to ‘truth’ and ‘right’), ⁴³ as a ‘concrete’ entity whose allocation is provided by God (through the benevolence of His blessing, رزق), in the light of *Shari’ah*: and, coherently, it is the performance of *Shari’ah* that makes the human being responsible (*damin*) for his actions, thus deserving what is due (*kharaḥ*).

Coming back now to our topic of discussion, to which extent does this ontological nature of the ‘right’ affect the idea of risk and the practice of risk management?

Indeed, in a reality where everything is an immediate divine creation and the ‘right’ (*haqq*) subsists within the performance of *Shari’ah*, if the future remains an (economic) opportunity, it is *not* anymore a ‘human product’ but the result of the human *participation* in the divine creation of the ‘real’ as an *agent* of the only ‘Actor’. It is this dual canon of ‘participation’ and ‘agency’ that logically implies in Islamic finance a conceptualization of risk that tends towards the primacy of the real economy over finance, exchange equilibrium, as well as risk-sharing strategies in financial dealings.

In a nutshell, paraphrasing Bernstein, the actions we dare to take, which depend on how responsible we are in performing *Shari’ah* in the reality created by God, are what the story of risk in Islamic finance is all about.

amid the flow of things nonlasting» (SMIRNOV, *Understanding justice in an Islamic context: some points of contrast with Western theories*, in *Philosophy East and West*, 46 (3), 1996, 338).

⁴¹ NETTON, *Allah transcendent: studies in the structure and semiotics of Islamic philosophy, theology and cosmology*, cit., 22.

⁴² GEERTZ, *Local knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, New York, 1983, 177-178.

⁴³ LANE, *Arabic-English lexicon*, 8 Vols., 1865. Available online at <http://www.laneslexicon.co.uk>.

3. Conceiving and managing risk in God's creation: the logic of Islamic finance

As just remarked, in Islamic finance, according to the principle *al-kharaj bi-l-daman*, risk management is conceptualized as a distribution of gains and liabilities where the deserved profit (*kharaj*) follows the assumption of responsibility (*daman*) in the light of man's *participation* in the marketplace as an *agent* in the 'real'/'right' (*haqq*) created by God.

Here, the 'right' (*haqq*) necessarily relates to something 'real' (*haqq*, again); thus, any advantage or disadvantage cannot be separated from the actual possession or ownership of an underlying asset. Coherently, in Islamic finance risk management is shaped in the light of the primacy of the real economy, and asset-backed transactions substitute the nominal exchanges of conventional finance. In a nutshell, risk becomes in Islamic finance an asset-related 'entity', and not a commercial 'entity' *per se*, to the extent to which 'pure' financial products, such as derivatives, deemed lacking in any commercial value (since nothing 'real' is actually traded) are rejected.

This alternative conceptualization of risk may find further explanation within Islam's atomistic conception of time,⁴⁴ where God's creativeness shapes any instant in the unity (*tawhid*) of the 'real'/'right' (*haqq* as result of the only Truth, *Haqq*). At the micro level of human existence, this cosmology⁴⁵ is mirrored by a *haqq* that is not conceived anymore as the 'right' of a person in opposition to the 'right' of another person, but as a logical structure comprising both the 'right' and its corresponding 'obligation',⁴⁶ which makes sense «only within the *unity* of the two "elements" [...] the *huquq* are not the "rights" and "obligations" that serve to connect autonomous elements»,⁴⁷ but 'sides' of a justice existing through a balanced unity (*tawhid*), where economic resources are 'shares' of the unique justice ('*adl*) given by God (from which, possibly, the concept of 'sustenance', رزق). Then, if time is composed of single instants created by God, *each* of them must hold a balanced distribution of 'rights' (*huquq*), ruled by a transactional equilibrium, which is guaranteed by quantitative balance (prohibition of *riba*) and qualitative disclosure (*gharar* and *maysir*).⁴⁸ Debt-structures and hazard-affected

⁴⁴ Thus, «atomism was not only most congenial to a vision of God acting instantaneously in the world as the sole true cause, it also proved akin to Arabic grammar, which lacks genuine verbs for "to be" and "to become". Neither does Arabic employ the tenses of past, present, and future. Instead, it uses verbal aspects of complete and incomplete, marking the degree to which an action has been realized or is yet to be realized without distinguishing precisely between present and future» (BÖWERING, *The concept of time in Islam*, cit., p. 60).

⁴⁵ NETTON, *Allah transcendent: studies in the structure and semiotics of Islamic philosophy, theology and cosmology*, cit.

⁴⁶ KAMALI, *Fundamental rights of the individual: an analysis of haqq (right) in Islamic law*, in *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 10 (3), 1993, 340-366.

⁴⁷ SMIRNOV, *Understanding justice in an Islamic context: some points of contrast with Western theories*, cit., 345.

⁴⁸ CATTELAN, *From the concept of haqq to the prohibitions of riba, gharar and maysir in Islamic finance*, cit.

transactions (as in the case of financial derivatives), therefore, become unlawful in the light of Islamic risk management.

Last, as seen, this asset-backed financial model, fostered by the need of exchange equilibrium, upholds human agency and participation in the 'real'/'right' (*haqq*) through criteria of profit-loss sharing implemented by Islamic financial institutions in their business activity.⁴⁹

Considering all this, some conclusions can be advanced on the conceptualization of risk (as *rizq* رزق and, then, *daman* ضمان) in Islamic finance.

A fundamental principle has been preliminarily mentioned in our investigation: *al-kharaj bi-l-daman*, 'profit follows responsibility', *ubi emolumentum ibi onus*. The principle is incorporated in a famous *hadith*, according to which the risk for loss of an asset falls upon the person who is receiving benefit from the asset itself.⁵⁰ As seen, in Islamic finance any advantage or disadvantage cannot be separated from a contextual ownership or possession (gain accompanies liability for loss).

Thus, in case of commercial activities, where participants provide capital and/or labour, the contracting parties necessarily *share* the risk of the undertaking, and, consequently, its profits (*mudaraba* and *musharaka*). In asset-based transactions, risk follows the ownership or possession of the *res*, and a fixed return (e.g., the mark-up of *murabaha*) becomes admissible, not in terms of the illicit *riba*, but as related to the risk that has been borne by the vendor (again, *al-kharaj bi-l-daman*). In other terms, here, the risk is not a commercial 'entity' *per se*, but «is generally a function of either legal ownership or possession of the *res*».⁵¹

The proposed interpretation of *al-kharaj bi-l-daman* as the principle governing the legitimacy of profit in Islamic risk management finds confirmation in the centrality of the object in the theory of contracts in Islamic law (where «it is the thing... that takes primacy. [...] the thing must have a material, concrete existence. It does not exist trace of what has been called: *res incorporales*»)⁵². This principle provides hermeneutical help in the understanding of the *fatawa* issued

⁴⁹ Although much is still to be done in the direction of equity-products, such as *mudaraba* and *musharaka*, as major share of their portfolio. Accordingly, Islamic scholarship has always called for an increase of equity-based products in the balance sheets of Islamic financial institutions. See, for instance, the resolution by the AAOIFI Shari'ah Board (13- 14 Feb 2008, Bahrain): «the *Shari'ah* Board advises Islamic Financial Institutions to decrease their involvement in debt-related operations and to increase true partnership based on profit and loss sharing in order to achieve the objectives of the *Shari'ah*».

⁵⁰ *Abu Dawud, Tirmidhi, Nisa'I, ibn Maja, Ahmad ibn Hanbal*. The principle was also incorporated in Art. 85 of the *Majalla* (see also Art. 87, *al-ghurm bil-ghunum*, which has the same meaning).

⁵¹ FADEL, *The regulation of risk in Islamic law, the common law, and federal regulatory law*, in *Proceedings of the Fourth Harvard University Forum on Islamic Finance*, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2002, 83.

⁵² CHEHATA, *Études de droit musulman. 2 / La notion de responsabilité contractuelle. Le concept de propriété*, Paris, 1973, 122. See also VOGEL, *Contract law of Islam and the Arab Middle East*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, *Contracts in general, Chapter 7*, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster, 2006, 1-77.

by *Shari'ah* scholars in Islamic finance, as well as the recommendations by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI).⁵³

For instance, the principle *al-kharaj bi-l-daman* as 'risk linked to the *res*' finds a direct application in the definition of *sukuk*, *Shari'ah*-compliant investment certificates,⁵⁴ according to Art. 2 AAOIFI *Shari'ah* Standards. Here investment *sukuk* are defined as «certificates of equal value representing *undivided shares* in *ownership* of tangible assets, usufruct and services or (in the ownership of) the assets of particular projects or special investment activity» [italics not in the original text] and, according to Art. 5/1/2, «it is permissible to issue certificates for (to securitize) assets that are tangible assets, usufruct and services by dividing them into equal shares and issuing certificates for their value. As for the debts owed as a liability, it is not permissible to securitize them for the purpose of trading».

The reference to the ownership of *tangible* assets, usufruct, and services as 'source' of legitimate profit for the *sukuk* holder is clearly related to the interpretation previously given of the principle *al-kharaj bi-l-daman*; the reference to 'undivided shares' finds justification in the undivided character of the reference pooling; the criteria of primacy of real economy, transactional equilibrium and profit-loss sharing clearly emerge as well.

The same principle has been confirmed in a resolution by the AAOIFI *Shari'ah* Board (13-14 Feb 2008, Bahrain) on the issuance and trade of *sukuk*, which has brought about massive consequences on the market of Islamic securities, specifying that «*sukuk*, to be tradable, must be *owned* by *sukuk* holders, with all rights and obligations of *ownership*, in *real* assets, whether tangible, usufructs or services, capable of being owned and sold legally» [italics not in the original text].

The meaning of the ruling, with its reference to the ownership of the underlying assets, reflects a logic where commercial dealings are part of a 'reality' (*haqq*) created by God: accordingly, the 'incorporation' of the *risk* in *real* assets, through their ownership or possession, guarantees the balanced distribution of gains according to the responsibilities assumed by the parties (*al-kharaj bi-l-daman*).

At this point, one may say that risk does not exist in Islamic finance as 'unbundled commodity' the way it does in conventional finance: on the contrary, since «risk of loss is deemed to be a characteristic either of legal ownership or possession, [... it is] not deemed property that can be exchanged for other property».⁵⁵

Thus, in Islamic finance, the risk is shared when capitals or workforce are put

⁵³ The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) is a non-for-profit organization established on 26th Feb 1990, aimed at proposing accounting, auditing, governance, ethics and *Shari'ah* standards for Islamic financial institutions and the industry (www.aaofi.com): see, for instance, previous note 49.

⁵⁴ In the global financial market investment *sukuk* are usually based on the contracts of *mudaraba* or *musharaka*; in the case of the sale or rent of the assets, other structures are applied (i.e. *sukuk al-murabaha* or *sukuk al-ijara*).

⁵⁵ FADEL, *The regulation of risk in Islamic law, the common law, and federal regulatory law*, cit., 83.

together (commercial enterprises), since it *belongs* to the capitals and workforce (*mudaraba* and *musharaka*); it is transferred in a sale (or in any other transaction, such as lease) since it *belongs* to the transferred property (*murabaha*, *salam* or *ijarah*).

With specific reference to the ban of ‘unreasonable uncertainty’, and in accordance with the reasoning followed in this article, El-Gamal interprets the prohibition of *bay’ al-gharar* in the sense of the ban of the ‘trading of risk (of loss)’, as property *per se*.⁵⁶

Consequently, a conventional insurance contract, where the risk of negative events is transferred from the beneficiary to the insurer with the contextual payment of a premium, is deemed invalid in Islamic finance, since the amounts exchanged by the insured and the insurer are unequal and depend upon uncertain future events. For these reasons, the insurance contract is replaced in Islamic finance by the *takaful* company, where, on the contrary, the risk is *shared* among the participants in a mutual guarantee linked to an investments fund, which may be structured as *mudaraba* or *musharaka* or according to a *wakala* (agency) contract related to the administration of the fund. Once again, the criteria of primacy of real economy, exchange equilibrium and profit-loss sharing dominate Islamic risk management.

In this context, an example of this alternative conceptualization is given below, with regard to the invalidity of a conventional insurance contract: «Take an insurance contract. At T_1 , A, the insured, pays a premium to B, the insurer, in exchange for B’s promise to protect A against certain losses should a predetermined contingency occur. A pays a *thaman* in the form of premiums but does not receive a *muthamman*, at least not immediately, in return. Likewise, B receives a *muthamman* but does not immediately deliver a *thaman* to A. After the parties enter into the insurance contract, one of the two scenarios is possible.

In the first scenario, the specified contingency occurs and B compensates A for the loss. From the perspective of the jurists, the money delivered from B to A is A’s *muthamman* that he receives in exchange for the premiums that he had already paid. Similarly, the money B pays A in this scenario is the *thaman* that B paid in order to receive A’s *muthamman* (premiums). Accordingly, they conclude that this exchange is invalid: first, because it involves *riba* (the deferred exchange of money); and second, because of uncertainty in the *thaman* and the *muthamman*. Recall that the promise to indemnify against a loss cannot serve as the *muthamman* that would complete the exchange because it is not property that can be delivered to the insured.

In the second scenario, the term of the insurance contract is completed without the occurrence of the specified contingency. In this case, according to the jurists, there simply has been no exchange: although the insured has delivered property to the insurer in the form of premiums, the insured has never delivered any

⁵⁶ EL-GAMAL, *An economic explication of the prohibition of gharar in classical Islamic jurisprudence*, Paper presented at the 4th International Conference on Islamic Economics, Leicester, UK, 2000.

property (*muthamman*) to the insured in return. Likewise, the insurer has received property (*muthamman*) without paying a price (*thaman*) in exchange. Accordingly, the trade fails because it entails “consuming the property of another unjustly” (*akl amwal al-nas bi-al-batil*). In the view of the jurists, it is unjust for the insurer to keep the property of the insured without ever giving him property in return». ⁵⁷

4. Conclusions: another, remarkable, story of risk?

Sailing (metaphorically) the Mediterranean from its Western to the Arab side, in search for firm land (the Greek *πιζα*) to avoid the perils of the sea, this article has moved from the Western risk to the Arabic *rizq* رزق, in the attempt to provide an interpretation of risk management within the distinctive anthropology of Islamic finance.

In this direction, it has been suggested that in order to look at the hazard of the future, *زهر zahr*, the ‘dice’ of human chances, through an inter-cultural approach, Bernstein’s *Remarkable story of risk* should be read not ‘against’, but ‘in the Name of God’. Indeed, in an anthropology of time where not only the future, but also the present, is a divine (rather than human) creation, the conception of risk is re-framed at its very roots, leading to criteria of risk management that cannot leave aside the ‘real’/‘right’ (*haqq*) of God’s (*Haqq*) creation. Thus, primacy of real economy, exchange equilibrium and the pursuit of profit-loss sharing become the cornerstone of any legitimate human profit (*kharaj*) as a result of an assumption of liability (*daman*); and the paradigm of banking, insurance and investment activities, necessarily framed in the light of asset-backed and commercial enterprises, becomes hardly comparable to the conventional one.

Of course, the voyage from the Western risk to the Arabic *rizq* رزق, and then *daman* ضمن as human responsibility for performing *Shari‘ah* as source of legitimate profit (*kharaj* خرج), has been roughly ‘mapped’ in these pages, and rapidly sketched: much further investigation is needed for a comparative history of risk, according to an inter-cultural perspective. But, to the extent to which this article may represent a little contribution to the matter, two final considerations are advanced, both with regard to the Western and Islamic theories of risk management, and to their current co-existence in the international financial market.

First, looking at both sides of the Mediterranean, another protagonist, next to risk, should be considered for a comprehensive, comparative financial theory: the idea of ‘credit’, and credit management. In this regard, if in Bernstein’s *Against the gods* the role of Christian thought in the history of risk is marginalized, the great cultural historian Jacques Le Goff, in contrast, has highlighted how religion must not be forgotten when writing the history of money and credit in Western

⁵⁷ FADEL, *The regulation of risk in Islamic law, the common law, and federal regulatory law*, cit., 83.

society:⁵⁸ in this way, in the ‘fight’ between gods and men for ruling the (un)expected, the former get their own back. On the Arab side, if Brunschvig underlines how in classical Islamic thought «like any good and useful good, gold (*dhahab*) and silver (*fidda, wariq*) have been created and given generously by God to the disposition of the human being»⁵⁹ (and here, indirectly, *rizq* رزق reappears again), much has still to be investigated on the conception of money and credit relations (*dayn*) in Islamic finance. Metaphorically speaking, another voyage through the Mediterranean is certainly needed.

Second, if an alternative conceptualization of risk characterizes Islamic finance, as this article has tried to highlight, it seems to me that further consideration should be given to this diverse, while still remarkable, story of risk in financial regulation, too. In fact, while a plural financial system, where different conceptions of economic justice(s) co-exist and influence each other,⁶⁰ may still be distant, it cannot be denied that a level playing field, where conventional and Islamic finance will be able to co-exist and prosper in the same marketplace, will necessarily have to consider how parameters of capital adequacy and governance for Islamic financial institutions should be adapted in the light of their peculiar model of risk management, requiring amendments *ad hoc* to international standards (e.g., Basel criteria). These adaptations, far from certifying ‘god’s victory’ over the human story of risk, will foster a fair competition in a marketplace where Islamic and conventional finance will properly integrate one aside the other, under the same (God’s) sky.

In the end, if on the one side the remarkable story of risk leads our rationality as well as imagination to deal with the (un)expected, between gods’ and men’s power, and in this way «helps define what it means to be a human being» and «how free we are to make choices»,⁶¹ on the other side a comparative study of risk in financial theory may lead “to alternative perspectives on economic development and social integration, nourishing [...] an open society through the centrality of individual freedom”.⁶²

And this freedom to choose among alternative financial models may be what the future story of risk will be about.

⁵⁸ LE GOFF, *La bourse et la vie. Economie et religion au Moyen Age*, Paris, 1986, LE GOFF, *Le Moyen Age et l’argent. Essai d’anthropologie historique*, Paris, 2010.

⁵⁹ BRUNSCHVIG, *Conceptions monétaires chez les juristes musulmans (VIII-XIII siècles)*, in BRUNSCHVIG (ed.), *Études d’islamologie*, Vol. II, Paris, 1976, 273.

⁶⁰ CATTELAN (ed.), *Islamic finance in Europe: towards a plural financial system*, Studies in Islamic Finance, Accounting and Governance, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2013.

⁶¹ BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, cit., 8.

⁶² CATTELAN, *Towards a plural financial system*, in CATTELAN (ed.), *Islamic finance in Europe: towards a plural financial system*, cit., 232.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 26 - dicembre 2022

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805