

Tutela cautelare e risoluzione bancaria: prevale la protezione del consumatore

di Mara Bisi

Title: *Interim relief and bank resolution: consumer protection takes precedence*

Keywords: Effective judicial protection; Interim relief; Bank resolution

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione Europea torna a fare i conti con l'annosa questione dei contratti di mutuo indicizzati al tasso di cambio in valuta estera, argomento spinoso sotto molteplici profili giuridici che riguardano precipuamente la tutela dei consumatori.

Nel caso in esame, il tema non concerne tanto la disciplina sostanziale di protezione del consumatore, bensì la tutela processuale cui costui può avere accesso.

D'altronde, dal punto di vista sostanziale, le difficoltà emerse con riferimento ai mutui indicizzati in valuta estera non sono di certo una novità. Molto spesso, infatti, tali strumenti sono stati messi in mano a consumatori completamente inavveduti e incompetenti a effettuare una valutazione di opportunità e convenienza dei contratti firmati, così da portare, la maggior parte delle volte, a un vantaggio economico per gli istituti di credito (Corte giust., sent. 10-6-2021, c-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*).

Di fatto, spesso è successo che con il meccanismo di conversione, il consumatore si trovasse a dover pagare, chiaramente oltre agli interessi, un capitale maggiore di quello mutuato, con la conseguenza di arrecare a questo un ingente danno.

Le clausole di indicizzazione sono state spesso inserite dagli istituti di credito con leggerezza, lasciando eventuali consumatori sprovveduti in balia delle determinazioni della banca e dell'alea legata al tasso di cambio.

In diversi Stati si è posto il problema in riferimento all'abusività di tali clausole e si è generalmente concluso che, viste le gravose conseguenze economiche, queste disposizioni sono oggettivamente vessatorie (*cfr. ex multis* A. Dalmartello, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2017, 279).

In fin dei conti, ai fini della qualificazione della clausola come vessatoria, il criterio da adottare non può limitarsi alla mera formulazione testuale, bensì deve tener conto della valutazione complessiva in capo al consumatore mediamente informato, ragionevolmente attento e avveduto, relativamente alla comprensione della natura, delle conseguenze e dei rischi economici connessi all'applicazione della clausola stessa. In particolare, è essenziale verificare se detto consumatore possa ragionevolmente prevedere non solo l'eventualità di una variazione economica

correlata a determinati fattori (ad esempio, variazioni di valuta o di tasso di cambio), ma anche la portata potenzialmente significativa delle conseguenze economiche che tale clausola può comportare rispetto agli obblighi contrattuali assunti (Corte giust., sent. 3-10-2019, c-260/18, *Dziubak*).

A tal riguardo, deve essere sottolineato che il consumatore medio non dispone di competenze specifiche in ambito finanziario o economico, né tantomeno è in grado di anticipare con sufficiente cognizione di causa le complesse ripercussioni che tale clausola può generare sul piano economico-finanziario. Ne consegue che queste clausole, pur potendo apparire formalmente trasparenti (come nel caso di specie l'informazione era anche avvenuta), nascondono un livello di rischio e di alea che supera la comprensione e la prevedibilità del cliente medio, rendendo pertanto sproporzionatamente gravosa la posizione del consumatore rispetto a quella dell'intermediario contrattuale (sul tema della comprensibilità delle clausole di indicizzazione cfr. *ex multis* F. Morello, *Le vie tortuose dell'invalidità delle clausole di indicizzazione. I mutui in valuta estera al vaglio della Cassazione*, in *Pactum*, 2, 2022).

Inoltre, la clausola in oggetto appare strutturalmente favorevole esclusivamente all'istituto di credito, il quale, nell'ambito della propria attività imprenditoriale, è abituato a gestire e distribuire il rischio finanziario su un ampio portafoglio di operazioni, accettandolo come parte integrante del modello di business e potendo contare su strumenti idonei a riequilibrare le posizioni in bilancio. Il consumatore, al contrario, sottoscrive il contratto con finalità meramente utilitaristiche, quali l'ottenimento di liquidità o l'acquisto di un bene durevole, senza essere disposto ad assumere rischi rilevanti e potenzialmente pregiudizievoli, la cui concreta materializzazione potrebbe addirittura compromettere la propria capacità di adempiere agli obblighi contrattuali e l'interesse alla prosecuzione del rapporto (Corte giust. UE, ord. 22-2-2018, c-119/17, *Liviu Petru Lupean*).

Tale disparità di posizioni e di conoscenze determina un evidente squilibrio soggettivo tra le parti, che si riflette altresì in uno squilibrio oggettivo, atteso che la clausola scarica interamente sul consumatore un rischio economico di entità sproporzionata e non ragionevolmente prevedibile, contraddicendo i principi di buona fede e di equità che informano il diritto dei contratti e la disciplina della protezione del consumatore.

Questa conclusione, di fatto, si pone in linea con la tutela giuridica delle parti più deboli nel rapporto contrattuale e con l'esigenza di evitare che clausole apposte da soggetti economicamente e tecnicamente più forti producano effetti lesivi ingiustificati a carico del consumatore.

2. – Dall'altro lato, invece, il tema presenta risvolti complicati anche dal punto di vista processuale. La questione è più complessa poiché di norma la disciplina processuale è di pertinenza dell'autonomia decisionale di ciascuno Stato membro (sul tema *ex multis* P. Sirena, M. Ginestri, E. Valletta, *National Procedural Rules and the New Boundaries of ECJ's Control in the Light of Directive 93/13*, in *ERPL*, 2024, 549 e bibliografia ivi citata). Tuttavia, in questo caso, alla luce del principio di effettività, la Corte di Giustizia è intervenuta nel contesto di una procedura di risoluzione bancaria, avviata ai sensi della direttiva 2014/59/UE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, denominata «Bank Recovery and Resolution Directive» o «BRRD»), sulla questione della possibilità per i consumatori di accedere a misure cautelari in relazione a mutui potenzialmente viziati da clausole abusive di indicizzazione.

Nel caso oggetto di analisi, l'istituto bancario coinvolto aveva strutturato la propria attività creditizia principalmente attraverso mutui indicizzati al franco svizzero (CHF), stipulati con consumatori polacchi. Tali mutui contenevano clausole che prevedevano la conversione dell'importo dovuto in valuta estera secondo il tasso di cambio all'acquisto, unilateralmente fissato dalla banca stessa. Tali clausole, per la loro natura e per il forte squilibrio che ne derivava a danno del consumatore, erano potenzialmente abusive. La prassi della banca, infatti, consisteva nel pubblicare tali tassi in una tabella da essa predisposta e aggiornata senza garantire equità, pur fornendo al cliente una comparazione tra i tassi. Le modalità applicative di tale clausola determinavano una costante posizione creditoria della banca nei confronti dei mutuatari, con evidente pregiudizio per questi ultimi, i quali risultavano obbligati a rimborsare somme crescenti per effetto delle fluttuazioni del cambio e della fissazione unilaterale dei parametri.

Nonostante l'utilizzo abusivo di questi strumenti, l'istituto di credito si è trovato in condizione di insolvenza e il Fondo bancario di garanzia polacco, agendo ai sensi della normativa nazionale attuativa della direttiva 2014/59/UE, ha deciso di avviare una procedura di risoluzione coatta nei suoi confronti. In tale contesto è stato utilizzato lo strumento dell'ente ponte – misura prevista all'art. 37 par. 3 lett. b) della direttiva – attraverso il quale i rapporti attivi sani dell'ente originario vengono trasferiti a un nuovo soggetto giuridico, lasciando nella vecchia entità le passività e i contratti problematici (è interessante il contributo di R. Lener, *The Implementation of BRRD and the Banking Crisis in Italy*, in *Rivista di diritto societario*, 3, 2017; G. Boccuzzi, *The first application of the BRRD: the case of the four banks in resolution*, in *Banking Crises in Italy. Palgrave Studies in Financial Instability and Banking Crisis Regulation*, London, 2022). Nel caso di specie, sono stati trasferiti tutti i rapporti tranne quelli relativi ai diritti patrimoniali derivanti da mutui stipulati in valuta CHF o indicizzati al tasso di cambio della stessa valuta. La conseguenza pratica è stata che la quasi totalità dei contratti originariamente detenuti dalla banca è rimasta esclusa dal trasferimento, rientrando nella categoria dei rapporti problematici.

Tutti questi contratti erano potenzialmente affetti da clausole abusive, suscettibili di essere contestate dai consumatori in giudizio. I ricorrenti nella causa principale avevano, infatti, citato in giudizio l'istituto di credito per far dichiarare la nullità delle clausole contrattuali di indicizzazione e ottenere la ripetizione dell'indebito. La banca ha sollevato eccezioni, in particolare contestando la proponibilità della domanda e, successivamente, opponendosi a una richiesta di sospensiva avanzata dagli attori dopo l'apertura della procedura di risoluzione coatta. Tale richiesta cautelare mirava a ottenere la sospensione del pagamento delle rate di mutuo e il divieto per la banca di segnalare i consumatori morosi presso l'Ufficio competente per i cattivi pagatori.

3. – Nel valutare tale richiesta, il giudice del rinvio ha rilevato che sussistevano ampiamente i presupposti per l'adozione di una misura cautelare, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* (come previsto anche all'art. 730 del Codice di procedura civile polacco), avendo stabilito che, con tutta probabilità, avrebbe rilevato l'abusività della clausola o, addirittura, dell'intero contratto (queste modalità per il caso di clausole abusive sono ben note anche alla giurisprudenza della Corte, cfr. *ex multis* Corte giust., sent. 14-06-2012, c-618/13, *Banco Español de Crédito*; Id., sent. 14-3-2013, c-415/11, *Aziz*; Id., sent. 30-4-2014, c-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*; Id., sent. 21-1-2015, c-482/13, c-484/13, c-485/13 e c-487/13, *Unicaja Banco e Caixabank*; Id., sent. 26-3-2019, c-70/17 e c-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*). Tuttavia, ha anche constatato l'esistenza, nel diritto nazionale polacco, di un ostacolo normativo rappresentato dall'art. 135 par. 1 e 4 della legge sul Fondo

bancario di garanzia, che prevedeva l'impossibilità di adottare misure cautelari di qualsiasi genere nei confronti di un ente soggetto a risoluzione. Tale norma risulta essere in contrasto, a parere del giudice, con la direttiva 93/13/CEE sulla protezione dei consumatori dalle clausole abusive nei contratti stipulati con professionisti e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Non solo: il giudice ha inoltre osservato che in caso di insolvenza ordinaria (in particolare, l'art. 146, par. 3 della legge polacca sull'insolvenza), la sospensiva è regolarmente ammissibile (l'art. in questione, infatti, prevede l'esclusione delle misure cautelari solo nei confronti dei beni dell'ente sottoposto a liquidazione. Questa impostazione è di fatto coerente con molte altre realtà nazionali, tra le quali l'Italia, e con la necessità di salvaguardare il patrimonio in liquidazione e la *par condicio creditorum*). Questo disallineamento di fatto dà origine a una disparità di trattamento tra consumatori coinvolti in procedimenti ordinari e quelli coinvolti in procedimenti di risoluzione coatta, in apparente contrasto con l'art. 34 par. 1 lett. g) della direttiva 2014/59/UE. Quest'ultima disposizione impone infatti che nessun creditore debba subire un pregiudizio maggiore rispetto a quello che avrebbe subito in una procedura ordinaria di insolvenza. Questo principio è noto come principio NCWO (No Creditor Worse Off) il quale impone che nessun creditore, neppure potenziale, possa trovarsi in una situazione peggiore rispetto a quanto avrebbe subito in una procedura di insolvenza ordinaria (M. Kozińska, *Structure of the Passive Side of a Bank's Balance Sheet Versus the Pari Passu and No-Creditor-Worse-Off Rules*, in 1 *Fin. Sciences*, 85 (2018); I. Kokorin, *The Rise of 'Group Solution' in Insolvency Law and Bank Resolution*, in 4 *Eur. Bus. Org. L. Rev.*, 781 (2021).

La sentenza, inoltre, è stata anche l'occasione per analizzare diversi punti problematici e approfondire temi che, anche se sotto altri aspetti, sono già stati trattati, pur rimanendo del tutto attuali e relevantissimi ai fini dell'applicazione del diritto europeo negli Stati membri.

4. – Un profilo interessante trattato nelle conclusioni dell'Avvocata generale e ripreso dalla Corte nella sua motivazione riguarda la qualificazione giuridica del consumatore come "creditore" ai sensi della direttiva 2014/59/UE. Infatti, nel caso sottoposto alla Corte, i consumatori avevano promosso un'azione giudiziaria al fine di ottenere il riconoscimento della nullità di clausole contrattuali abusive e, in via consequenziale, la ripetizione delle somme indebitamente versate. È evidente, dunque, che tali soggetti si pongono come portatori di una pretesa creditoria potenziale nei confronti dell'Istituto bancario, la quale – in presenza di *fumus boni iuris* – assume una consistenza giuridica rilevante.

In un primo momento, si potrebbe essere indotti a ritenere che, essendo tenuti al pagamento delle rate del mutuo, i consumatori rivestano piuttosto il ruolo di debitori. Tuttavia, alla luce dell'impugnazione delle clausole e della concreta prospettiva di una futura pronuncia di nullità, i consumatori devono essere correttamente qualificati come creditori, seppure potenziali, e ciò anche per ragioni di effettività e parità sostanziale. In effetti, la stessa direttiva non fornisce una definizione stringente e formale di "creditore", con la conseguenza che un'interpretazione estensiva, orientata alla tutela effettiva dei diritti soggettivi, impone di ricomprendere anche i consumatori coinvolti in giudizi come quello in esame.

D'altronde, mal si potrebbe giungere a una diversa soluzione, visto e considerato che per le procedure ordinarie di insolvenza è pacifico che possano adottarsi provvedimenti cautelari di natura sospensiva in favore dei consumatori che abbiano proposto la domanda di accertamento della nullità, parziale o totale. L'assenza di tale possibilità nell'ambito della risoluzione coatta comporterebbe dunque una violazione dell'art. 34 par. 1 lett. g), traducendosi in un pregiudizio

irragionevole a danno dei consumatori, i quali si troverebbero in una posizione deteriore rispetto a situazioni simili regolate dal diritto interno.

5. – Un ulteriore aspetto critico risiede nella sola previsione di un meccanismo compensativo *ex post* da parte della direttiva, volto a ristabilire l'equilibrio qualora i creditori abbiano subito una perdita maggiore rispetto a quanto sarebbe accaduto in caso di insolvenza ordinaria. Tuttavia, come affermato anche nella nota sentenza Santander (Corte giust., c-775/22, c-779/22 e c-794/22, *Banco Santander*, sent. 5-9-2024 e giurisprudenza ivi citata), sebbene tale meccanismo rappresenti una misura di riequilibrio, non può essere considerato di per sé sufficiente per garantire l'effettiva tutela dei diritti dei consumatori. In altre parole, la mera compensazione economica postuma non supplisce alla privazione del diritto di ottenere misure cautelari idonee a prevenire il danno nel corso del procedimento.

Proprio con riferimento a questo punto, tuttavia, la Corte si è premurata di chiarire che, in questo caso, non si tratta di un bilanciamento di interessi tra i diritti dei consumatori e la stabilità economico-finanziaria, come nel caso Santander. La situazione della sentenza in analisi è diversa.

La Corte ha, infatti, operato una chiara distinzione rispetto alle precedenti decisioni rese nei casi Novo Banco e Banco Santander (Corte giust., c-498/22 a c-500/22, *Novo Banco e a.*, sent. 5-9-2024, e sentenza Santander sopra citata).

In tali sentenze, infatti, si è parlato di bilanciamento di interessi tra i creditori coinvolti e i principi alla base dell'adozione della direttiva 2014/59. In particolare, si deve ricordare che la direttiva 2014/59 ha come obiettivi dichiarati la stabilità finanziaria e la tutela della fiducia nel sistema bancario e finanziario (*cfr.* considerando 3 e 5 della direttiva 2014/59. Sul punto *cfr.* anche *ex multis* B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs. 180/2015), in *Riv. dir. banc.*, 2016, 55).

Nel caso in analisi, la Corte ha distinto le fattispecie, evidenziando che l'istanza cautelare oggetto del giudizio non riguarda l'ente ponte, bensì la struttura residuale già avviata alla liquidazione. Inoltre, ha rilevato come i consumatori avessero già rimborsato la quasi totalità del capitale e rischiassero unicamente di essere obbligati al pagamento di ulteriori somme non dovute, con potenziale pregiudizio irreversibile. Inoltre, non viene chiesta una garanzia o un pagamento immediato, ma una mera sospensione dei versamenti, misura che non incide negativamente sulla stabilità del sistema, né comporta rischi per il funzionamento dell'ente ponte, non intaccando in alcun modo i beni dell'istituto di credito. Ciò premesso, lo strumento compensativo *ex post* sembra del tutto inadeguato a coprire queste situazioni. In tale prospettiva, la Corte ha affermato che il diritto alla ripetizione dell'indebito rappresenta – come già chiarito nella sentenza Profi Credit Bulgaria (Corte giust., c-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, sent. 30-6-2022 e giurisprudenza ivi citata) – uno strumento essenziale per il ripristino dello *status quo ante*, coerentemente con l'effetto *ex tunc* della nullità delle clausole abusive. Ne consegue che il giudice nazionale deve disporre di misure cautelari effettive a tutela del diritto dell'Unione, onde evitare che l'irreversibilità del danno vanifichi la successiva decisione di merito.

Alla luce di quanto precede, la Corte rileva che lo Stato membro non può invocare un bilanciamento tra interessi di stabilità finanziaria e tutela del consumatore, poiché, in assenza di un reale pericolo per il sistema bancario, la compressione dei diritti sanciti dalla direttiva 93/13/CEE e dall'art. 47 della Carta non è giustificabile (sul tema *cfr.* anche Corte giust., sent. 22-4-2021, c-485/19, *Profi Credit Slovakia*; Id., sent. 10-6-2022, da c-776/19 a c-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*; Id., sent. 15-1-2013, c-416-10, *Križan e a.*; Id., sent. 14-5-2020, c-924/19 PPU e c-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi*

Regionális Igazgatóság; Id., sent. 19-6-1990, c-213/89, *Factortame e a.*). Come evidenziato dalla Corte, infatti, laddove la misura cautelare richiesta non incida sulla solidità dell'ente ponte né sull'integrità del sistema, non può parlarsi di un vero bilanciamento tra interessi pubblici e diritti individuali. Non è dunque ammissibile che, in nome di un principio astratto di stabilità, venga escluso l'esercizio di diritti sostanziali riconosciuti dalle direttive europee in materia di tutela del consumatore.

6. – L'analisi fin qui condotta, infine, evidenzia la centralità del ruolo del giudice nazionale quale garante dell'effettività del diritto dell'Unione. In assenza di una disciplina armonizzata a livello europeo relativa agli strumenti cautelari, il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri la responsabilità di predisporre mezzi idonei a garantire la piena tutela dei diritti che da esso discendono nel pieno rispetto dell'autonomia procedurale. Tuttavia, tale libertà normativa è soggetta a limiti ben precisi, derivanti dai principi di equivalenza e effettività, come costantemente affermato dalla Corte di giustizia (Corte giust., sent. 8-11-2022, UE, c-740/20, c-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, Corte giust., conclusioni A.G. Pitruzzella del 16-6-2022, c-175/21, *Harman International Industries Inc.*)

In tale quadro, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, che impone la disapplicazione delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, si collega strettamente all'art. 7, che obbliga gli Stati membri a adottare misure efficaci, adeguate e dissuasive per far cessare l'inserimento e l'applicazione di siffatte clausole (sul tema *cfr.* anche sentenza *Profi Credit Slovakia* sopra citata). L'effettività di tali previsioni risulterebbe gravemente compromessa se i giudici non potessero adottare provvedimenti urgenti a tutela dei consumatori, soprattutto quando si tratta di evitare l'aggravamento di un danno patrimoniale derivante dall'esecuzione di clausole potenzialmente invalide.

Il principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assume in questo contesto un rilievo dirimente. Esso comporta che ogni soggetto che ritenga leso un diritto conferito dall'ordinamento dell'Unione debba poter accedere a un giudice che, all'occorrenza, abbia il potere di adottare tutte le misure necessarie per garantire la piena efficacia della decisione finale. In questo senso si è espressa la Corte di giustizia in numerose pronunce, confermando che il giudice nazionale competente a valutare l'abusività di una clausola contrattuale deve anche poter disporre provvedimenti provvisori, qualora questi risultino necessari per prevenire un pregiudizio irreparabile o sproporzionato per il consumatore. È dunque evidente che l'art. 135 della normativa polacca, pur presentandosi come norma attuativa della direttiva 2014/59/UE, non può essere considerato conforme a quest'ultima nella misura in cui impedisce l'adozione di provvedimenti provvisori di qualsiasi natura da parte del giudice. Il diritto processuale, anche se non armonizzato a livello dell'Unione, deve comunque rispettare i principi di equivalenza ed effettività: ciò implica che gli strumenti di tutela riconosciuti per i diritti di origine interna debbano essere garantiti anche per i diritti fondati sul diritto dell'Unione, e che nessuna norma processuale possa rendere eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio di tali diritti (*ex multis* Corte giust., sent. 6-10-2015, c-61/14, *Orizzonte Salute*; Id., sent. 21-12-2021, c-497/20, *Randstad Italia*).

La recente sentenza, casualmente avverso il medesimo Istituto di credito, Getin Noble Bank (Corte giust., sent., 15-6-23, c-287/22, *Getin Noble Bank*) si inserisce perfettamente in questa giurisprudenza e ne costituisce una declinazione particolarmente significativa. In tale occasione, la Corte ha ribadito che l'impossibilità, per il giudice del rinvio, di adottare provvedimenti provvisori nei confronti della banca in risoluzione, per il solo fatto che questa sia sottoposta a una procedura speciale, costituisce una violazione del principio di effettività. La direttiva

93/13/CEE impone infatti una tutela effettiva, che non può essere esclusa o ridotta da discipline interne che sottraggano ai giudici i poteri cautelari necessari a rendere utile la futura sentenza. D'altronde, tale esigenza si radica nella qualificazione dell'art. 6 della direttiva 93/13 come norma di ordine pubblico, nonché nella funzione dissuasiva attribuita all'art. 7, come sottolineato anche nella giurisprudenza *Gutiérrez Naranjo, Asturcom Telecomunicaciones e Unicaja Banco*, a conferma della necessità di garantire la sospensione anche nella fase cautelare del procedimento (Corte giust., sent. 21-12-16, c-154/15, c-307/15 e c-308/15, *Gutiérrez Naranjo e a.*; Id., sent. 6-10-9, c-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; id. c-896/19, *Unicaja Banco*, sent. 17-5-22). Inoltre, la Corte ha già avuto modo di stabilire che nei casi legati all'ordine pubblico e ai principi più importanti del diritto europeo, il principio di effettività di cui all'art. 47 della Carta dei diritti è direttamente applicabile (*ex multis* Corte giust., sent. 8-11-2022, c-873/19, *Deutsche Umwelthilfe*).

Non solo: nella sentenza *Getin Noble Bank*, la Corte ha anche sottolineato che la valutazione circa l'opportunità di adottare misure cautelari deve essere effettuata in concreto, caso per caso, tenendo conto sia della probabilità di successo della domanda (*fumus boni iuris*), sia del rischio di un pregiudizio grave e irreversibile per il consumatore (*periculum in mora*). Nel caso oggetto di analisi, il giudice del rinvio aveva positivamente accertato entrambi i presupposti, osservando che il consumatore rischiava di versare, in pendenza di giudizio, somme significativamente superiori rispetto a quanto effettivamente dovuto, con conseguente aumento dell'esposizione debitoria e concreta difficoltà di ottenere la restituzione in un secondo momento.

L'effetto di una tale situazione è particolarmente lesivo per il consumatore, poiché mina la parità delle armi tra le parti e compromette la possibilità di accedere a una tutela reale. Il rischio, infatti, è che il consumatore sia costretto a sostenere un onere economico ingiusto e sproporzionato per tutta la durata del processo, con la concreta possibilità che, all'esito del giudizio, risulti accertato che le somme non erano dovute. Una siffatta prospettiva viola non solo la direttiva 93/13, ma anche i principi generali del diritto dell'Unione in materia di giusto processo e protezione del consumatore (su questi temi *cfr.* anche K. Grajewski, A. Grajewski, *Absence of Security for a Borrower's Claim for Annulment of a Mortgage Loan Agreement and the Principles of Effectiveness and Proportionality Under Directive 93/13*, in 3 *Int. L. Quart'y* 110 (2022); M. Cantero Gamito, H.W. Micklitz, *EU Consumer Law in 2023*, SSRN, ultima visualizzazione 16-7-2024).

Appare quindi chiaro che ogni limitazione normativa alla possibilità per il giudice di emettere provvedimenti provvisori – come quella prevista dall'art. 135 della legge polacca sul Fondo bancario di garanzia – è incompatibile con il diritto dell'Unione. In particolare, tale norma viola il principio di effettività, nella misura in cui preclude in modo generalizzato e automatico l'adozione di misure urgenti, anche nei casi in cui esse risultino indispensabili per la tutela dei diritti del consumatore.

In sintesi, la disciplina processuale nazionale, per quanto adottata nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri, non può determinare un arretramento della tutela giurisdizionale dei consumatori garantita dal diritto europeo (*cfr.* sentenza *Profi Credit Polska* sopra citata). Le misure cautelari, benché non armonizzate, costituiscono uno strumento essenziale per rendere effettivi i diritti conferiti dall'Unione. Conseguentemente, qualsiasi ostacolo alla loro adozione deve essere rimosso, attraverso un'interpretazione conforme delle norme interne oppure, in ultima istanza, mediante la loro disapplicazione da parte del giudice nazionale.

7. – A seguito delle valutazioni sinora svolte possiamo applicare i principi al caso di specie.

Nel caso in analisi, il giudice del rinvio aveva rilevato che sussistevano ampiamente i presupposti per l'adozione di una misura cautelare, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, come previsto dall'art. 730 del Codice di procedura civile polacco. Lo stesso aveva anche constatato l'esistenza, nel diritto nazionale polacco, dell'ostacolo normativo rappresentato dall'art. 135 par. 1 e 4 della legge sul Fondo bancario di garanzia del 10 giugno 2016, che prevede l'impossibilità di adottare misure cautelari di qualsiasi genere nei confronti di un ente soggetto a risoluzione. Il giudice, dunque, rilevava un potenziale contrasto con la direttiva 93/13/CEE sulla protezione dei consumatori dalle clausole abusive nei contratti stipulati con professionisti e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il giudice aveva inoltre osservato che, a differenza di quanto previsto in materia di risoluzione coatta bancaria, l'art. 146, par. 3 della legge polacca sull'insolvenza consente comunque la possibilità di procedimenti cautelari, purché non riguardino direttamente i beni del fallito. Tale differenza configurava, secondo il giudice del rinvio, una disparità di trattamento tra consumatori coinvolti in procedimenti ordinari e quelli coinvolti in procedimenti di risoluzione coatta, in contrasto con l'art. 34 par. 1 lett. g) della direttiva 2014/59/UE.

Alla luce di tali considerazioni, si è imposta anche una lettura coordinata degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE con l'art. 34, par. 1, lett. b) e g) della direttiva 2014/59/UE che prevede il principio del NCWO (v. *supra*).

La Corte di giustizia, investita del caso con rinvio pregiudiziale, si è soffermata sui temi analizzati nei paragrafi precedenti e, rispetto al quesito, ha affermato che la normativa polacca, nella misura in cui esclude in via assoluta l'adozione di misure cautelari nei confronti degli enti in risoluzione, risulta in contrasto con il diritto dell'Unione e deve essere disapplicata per violazione del principio di effettività, con riferimento alla tutela del consumatore, e del principio del NCWO. Infatti, l'assenza di pericolo sistemico concreto – come chiarito dalla Corte – e l'esistenza di un ente ponte già operativo rendono ingiustificabile ogni restrizione automatica alla tutela cautelare, tanto più quando la misura richiesta si limita a sospendere i pagamenti in attesa della definizione del merito.

A chiusura della pronuncia resa, la Corte ha rilevato altresì che, in ogni caso, una lettura congiunta degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13 e della direttiva 2014/59 osta a che la normativa processuale nazionale configuri meccanismi bloccanti rispetto all'ottenimento di provvedimenti cautelari di natura sospensiva volti a tutelare i diritti dei consumatori, anche durante la risoluzione coatta bancaria. Con ciò ancora una volta affermando che la valutazione deve essere fatta in concreto sulla base del principio di effettività e del giusto processo. Conseguentemente, in presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, il giudice nazionale ha il dovere di garantire l'effettività dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13, anche mediante la concessione di provvedimenti sospensivi. L'effetto utile della direttiva e la tutela prevista dall'art. 47 della Carta non possono essere neutralizzati da norme processuali interne che abbiano l'effetto di rendere l'esercizio dei diritti eccessivamente difficile o impossibile.

Mara Bisi

Dipartimento di Management

Università degli Studi di Torino

mara.bisi@unito.it