

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

### INVALIDITA' CLAUSOLE FIDEIUSSORIE MODELLO ABI - PROVVEDIMENTO BANCA D'ITALIA N.55/2005 - ORDINANZA CASS. CIV. 12.12.2017 E SENTENZE DI MERITO

#### A) GIURISPRUDENZA

##### 1) La sentenza della Corte di Cassazione n. 29810 del 12.12.2017 (cartella n. 1.1-3 e cartella n. 2: primi commenti dottrina).

a) Il fatto e la decisione della Corte d'Appello di Venezia 1.6.2013, adita ex art. 33 L. A.T. (cartella n.1.4)  
Il fideiussore di una società raggiunto da un decreto ingiuntivo emesso da una banca nei confronti di entrambi adiva la Corte d'Appello di Venezia chiedendo la dichiarazione di nullità del contratto di fideiussione ed il risarcimento dei danni quantificati in € 500.000,00 e la cancellazione del suo nominativo dalla Centrale Rischi. Deduceva il garante che il **contratto di fideiussione stipulato il 18/2/2005** era conforme allo schema contrattuale predisposto dall'ABI e oggetto del **provvedimento n. 55 del 2/5/2005 di Bankitalia (cartella 3)** e che, in quanto tale, conteneva clausole (2, 6 e 8) le quali, nella misura in cui venivano **applicate in modo uniforme** dalle associate all'ABI, erano in contrasto con la **legge 287/90(cartella 4)** art. 2 co. 2 lett. a). La Corte d'Appello di Venezia tuttavia aveva rigettato la domanda del garante in quanto il provvedimento della Banca d'Italia avrebbe avuto carattere regolamentare e quindi non poteva avere efficacia retroattiva per i contratti stipulati anteriormente come quello oggetto del giudizio. Secondo la Corte d'Appello inoltre il provvedimento 55/2005 non avrebbe inciso sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà alla norma citata in conseguenza della loro applicazione uniforme. Solo il mancato adeguamento dell'ABI nella predisposizione di norme bancarie conformi al provvedimento 55/2005 avrebbe dovuto essere

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

dichiarato illegittimo e costituire un comportamento idoneo a dichiarare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla data del provvedimento della BDI ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

#### b) I motivi d'impugnazione rilevanti

Contro tale decisione proponeva ricorso il garante deducendo quattro motivi. La Corte esamina i primi due dichiarando assorbiti i restanti. **Col primo motivo** il garante deduce l'erroneità della decisione della Corte di merito individuata nella affermazione della natura regolamentare del provvedimento della BDI 55/2005. Secondo il ricorrente **l'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia avrebbe accertato una pratica già in atto tra le banche italiane** con applicazione uniforme degli standard contrattuali delle NUB ABI(cartella 5): **tale pratica costituiva già di per sé prova della violazione della normativa antitrust** senza necessità dell'accertamento della Banca d'Italia, **non potendosi ascrivere a un fenomeno spontaneo tale pratica ma soltanto ad un'intesa tra le banche aderenti all'ABI per l'adozione della fideiussione omnibus contenuta nelle NUB ovvero ad un comportamento di fatto concludente**. Il provvedimento della Banca d'Italia inoltre costituiva **prova presuntiva privilegiata** della illegittimità delle clausole applicate in modo uniforme, prova peraltro nemmeno contestata.

**Di conseguenza appariva erronea l'applicazione del principio di retroattività bastando la normativa antitrust a comportare la nullità del contratto di fideiussione ed in particolare delle clausole 2, 6 e 8 idonee a restringere o a impedire o a falsare la concorrenza nel mercato nazionale.**

**Col secondo mezzo** di impugnazione il garante deduceva la contraddittorietà della decisione della Corte d'Appello in quanto da un lato la stessa aveva affermato la validità del contratto di fideiussione del 18/2/2005 perché **anteriore alla pubblicazione del provvedimento n. 55 del 2/5/2005** e dall'altro che detto regolamento non sarebbe retroattivo, nonostante la Corte avesse individuato la fonte della

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroli francesco.it  
P.E.C.: francesco.rolì@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

nullità del contratto nella violazione della **legge 287/90 in vigore dal 14/10/90**, a causa della accertata prassi bancaria di applicazione uniforme di clausole contrattuali frutto dell'intesa vietata.

**Col terzo mezzo** di impugnazione il fideiussore lamentava la **mancata pronuncia sulla domanda risarcitoria per l'erronea segnalazione alla C.R.** derivante da fatto illecito per aver ritenuto assorbita tale domanda di nullità senza pronunciarsi sulla lesione della libertà contrattuale del garante nonostante la banca non avesse contestato la corrispondenza del contratto di fideiussione frutto dell'applicazione dell'intesa vietata con quello oggetto delle NUB. **Col quarto mezzo** lamentava lo **stesso vizio per quanto riguarda la domanda risarcitoria autonomamente proposta**. A fondamento di tali due mezzi pone la considerazione che **la violazione era provata dall'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia il cui accertamento provava altresì la limitazione della libertà di scelta del garante tra i prodotti disponibili a causa della applicazione dell'intesa vietata e che tale comportamento di per sé illegittimo integrava la fattispecie del danno ingiusto sofferto ex art. 2043 c.c..**

### c) I principi affermati dalla Corte di Cassazione.

Dopo aver affermata la competenza funzionale della Corte d'Appello (ora a seguito del D.Lgs. 168/2003 e della legge 3/2017(**cartelle 6 e 4**) tale competenza è riservata ai Tribunali di Milano, Roma e Napoli) e richiamata una precedente decisione (Cass. Sez. I 11904/2014, **cartella 7**) ed aver ripercorso l'iter fattuale del giudizio di merito e della ratio decidendi della Corte Veneziana il Supremo Collegio, prendendo in esame i due primi motivi, ritenuti assorbiti i restanti, pone a fondamento della propria decisione con la quale cassa la decisione della Corte d'Appello, i seguenti principi:

- 1) la legge antitrust 237/1990 in forza del decisum di Sez. Un. 2207/2005(**cartella 7**) si applica **non soltanto orizzontalmente** alle imprese stipulanti i contratti vietati ovvero attuativi di prassi uniformi **ma anche verticalmente ai contratti a valle** costituenti sbocco dell'intesa vietata

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: [segreteria@avvocatorolifrancesco.it](mailto:segreteria@avvocatorolifrancesco.it)  
P.E.C.: [francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu](mailto:francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu)

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n° 10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

perchè volti a realizzare e attuare gli effetti degli illeciti patti; secondo tale arresto *“la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall’ordinamento giuridico integra potenzialmente il danno ingiusto che subisce il consumatore finale per effetto di una collusione a monte che non ammette alternative”* sicchè *“l’azione di accertamento della nullità dell’intesa e di risarcimento del danno compete anche a chi non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione”* ovvero di condotte applicative di tale collusione ma anche a chi stipula i contratti a valle di tali accordi e di prassi applicative. Tali prassi applicative svilirebbero il *“diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza”* costituendo *“il cosiddetto contratto a valle sbocco dell’intesa vietata essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti”*.

- 2) La ratio decidendi della Corte Veneziana viene giudicata errata dal Supremo Collegio in quanto istituirebbe **“una sorta di potere di prescrizione necessario e pregiudiziale rispetto ad ogni accertamento del giudice da parte dell’autorità garante rispetto ai comportamenti svolti in facto dai soggetti da essa vigilati che non trova riscontro in nessuna previsione di legge né nei principi regolatori della materia”**.
- 3) Richiamando la precedente decisione (Cass. Sez. I sent. 827/99 cartella 7) la Corte riafferma che la legge 287/90 proibisce sia le intese che le pratiche in fatto distorsive della concorrenza. La protezione è accordata quindi non solo dalle **“intese”** ma anche dai **comportamenti non contrattuali o non negoziati attuativi di quelle intese, rendendo “rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzatesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purchè 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»”**; pertanto **“qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato in**

---

AVV. FRANCESCO ROLI  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

**qualunque forma essa venga posta in essere costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust**".

- 4) La Suprema Corte censura altresì la decisione della Corte d'Appello di Venezia laddove individua il comportamento antiggiuridico legittimante le richieste risarcitorie esclusivamente nella assunta inosservanza da parte dell'ABI della prescrizione del provvedimento finale rivolto alla stessa come dato integrativo dell'accertamento di un illecito. Ciò in quanto l'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia iniziata nel 2003 e terminata nel 2005 (**cartella 8**) fa ritenere probabile che l'intesa o gli altri comportamenti lesivi della concorrenza tra imprese bancarie fosse stata consumata ancor prima della stipula del contratto fideiussorio del 18/2/2005.
- 5) In ogni caso la Corte afferma un principio fondamentale e decisivo (riguardo all'erronea dichiarazione di irretroattività del provvedimento 55/2005) **stabilendo che tutte le intese ed i comportamenti attuati ancor prima dell'entrata in vigore della legge 287/90 debbono ritenersi vietati**. Richiama al proposito di nuovo **Cass. Sez. I 827/99** che aveva deciso una intesa vietata stipulata anteriormente all'entrata in vigore dell'emanazione della legge 287/90. Con tale sentenza la Cassazione aveva stabilito che era irrilevante l'anteriorità dell'intesa o del comportamento vietato all'entrata in vigore della suddetta legge in quanto *"ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge **rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza.**"*
- 6) In base a ciò la Corte formula il seguente **principio di diritto nel quale stabilisce (non la nullità delle singole clausole ma) la nullità dell'intero contratto di fideiussione**: *"in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la*

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castel Franco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroli francesco.it  
P.E.C.: francesco.rolì@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

*stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) 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 costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza."*

- 7) La Corte tuttavia non si limita soltanto a formulare il principio di diritto **ma detta una specifica regola di condotta, che la Corte di merito dovrà osservare nel giudizio di rinvio**, così formulata: *"Ad ogni modo, la Corte territoriale, che è l'organo deputato all'accertamento in fatto, alla luce dei principi sulla prova privilegiata elaborati da questa Corte, **non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poichè se la violazione "a monte" è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antritrust)"**.*

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: [segreteria@avvocatorolifrancesco.it](mailto:segreteria@avvocatorolifrancesco.it)  
P.E.C.: [francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu](mailto:francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu)

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLI' – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

**2) Tribunale di Venezia sentenza 6.6.2016 (in originale ed in Foro Padano 2017, col. 194 nota Gianluca Sicchiero) cartella 9.** Si allega sentenza del Tribunale delle Imprese di Venezia (adito dal fideiussore dopo aver ottenuto la sospensione del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo proposto avanti al Tribunale di Treviso) con motivazione in parte diversa da quella della Cassazione 29810/2017 circa la nullità della clausola n. 6, derogativa dei termini del 1957 c.c. e non dell'intero contratto di fideiussione, con nota di Gianluca Sicchiero. L'autore nel condividere il parere dell'Agcm(**cartella 3**), critica il provvedimento della BDI n. 55/2005, evidenziando la contraddittorietà nel <salvataggio> della clausola n.7 ed in genere del modulo della fideiussione omnibus, in virtù della autorizzazione temporanea al mantenimento delle clausole una volta accertata l'insussistenza del secondo presupposto legittimante l'autorizzazione in deroga, di cui all'art. 4 della legge 287/1990 (facilitazione della concorrenza, ovvero restrizione della stessa).

**3) Sentenze:Corte Appello Roma 11/6/16 n. 3746, Tribunale Treviso 30/7/18 n. 1632, Tribunale Salerno 23/8/18 n. 3016; Cass. Ord. n.21542 31.8.2018 interlocutoria di rimessione ad udienza pubblica stante l'importanza delle questioni riguardanti la nullità delle clausole 2.6.8. delle fideiussioni schema ABI (vedi cartella 10)**

**4) Ordinanze: Trib. Nocera Inferiore 21/5/18, Trib. Padova 5/6/18, C.App. Firenze 18/7/18, Trib. Roma 26/7/18, Trib. Rovigo 9/9/18, Trib. Bologna 4/10/18, Trib. Verona 8/10/18 (vedi cartella n. 11**

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

Il provvedimento del Tribunale di Padova e quello di Nocera Inferiore sospendono la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo; quello di Padova con il semplice richiamo all'ordinanza 29810/2017, quello di Nocera Inferiore senza alcun richiamo a tale sentenza ma con riferimento alle difese dell'opponente che aveva richiamato tra i motivi di nullità della fideiussione anche la suddetta ordinanza.

### B) ISTRUTTORIA BDI 2003-2005 (cartella 3 e 8)

#### 1) Oggetto dell'istruttoria: modello fideiussione omnibus ABI 2002 concordato con associazione consumatori e relativo schema negoziale

L'ordinanza n. 28910 del 12/12/2017 della Cassazione Civile ha riportato d'attualità un risalente (da metà anni 1970 agli anni 1990) e controverso dibattito in dottrina e giurisprudenza (vedi cartella n. 12 in particolare A.A. Dolmetta in *La fideiussione bancaria...* in BBTC, 1992 -) riguardante la nullità dei contratti ovvero di alcune delle clausole delle fideiussioni omnibus conformi allo schema predisposto dall'ABI e "suggerito" dalla stessa alle banche aderenti (la quasi completa totalità delle imprese bancarie italiane) alla loro associazione di categoria. (Vedi per gli schemi di fideiussione ABI la cartella n. 3).

L'ordinanza richiama il provvedimento n. 55 del 2/5/2005 della Banca d'Italia (vedi cartella n.3), quale Autorità Antitrust italiana fino al dicembre 2005 per le imprese bancarie e finanziarie sottoposte alla sua Vigilanza (mentre per tutte le altre imprese non bancarie e finanziarie la competenza era devoluta all'AGCM), la quale al termine di una lunga istruttoria, aperta l'8 novembre 2003 col Provv. N. 236/A (vedi cartella n. 8), aveva stabilito che le clausole n. 2, 6 e 8 dei modelli di fideiussione ABI

---

AVV. FRANCESCO ROLI  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu



## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90. Ed in effetti Banca d'Italia a fine 2003, dopo quello concluso nel 1994, aveva aperto un altro procedimento contro l'ABI, l'Associazione Bancaria Italiana, per infrazione della ricordata norma antitrust a causa della diffusione di un modello di fideiussione, peraltro concordato nel 2002 con le Associazioni dei Consumatori (non molto avvedute nell'occasione) comprendenti le tre clausole poi dichiarate non conformi alla normativa antitrust.

Con questo provvedimento la Banca d'Italia di fatto inibiva all'ABI (e di conseguenza a tutte le banche italiane) di utilizzare in modo uniforme moduli di fideiussione preconfezionati e non negoziabili - cosiddetti moduli a pacchetto per accedere al credito bancario connotato dal sistema improntato al prendere o lasciare, così come descritto ad esempio dalle sentenze della Corte di Cassazione Sez. Un. n. 21095/2004 (**cartella 13**) (sui moduli preconfezionati a pacchetto ai fini dell'inclusione nel calcolo del TEG del costo delle assicurazioni vedi anche Cass. n. 8806/2017, confermata quest'ultima anche dalla successiva ordinanza della Corte di Cassazione n. 9298/2018: vedile in **cartella n. 13**) - contenente le clausole dal contenuto identico alle clausole numero 2, 6, 8 del modello ABI 2002.

Così infatti si legge nella parte finale del provvedimento 55/2005 (**art.91, pag.11**) : *“Si dispone che gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in maniera uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge non 287/90. Le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza. L'ABI è tenuta a trasmettere preventivamente alla Banca d'Italia le circolari, emendate dalle disposizioni citate alla precedente lettera a), mediante le quali lo schema contrattuale oggetto d'istruttoria verrà diffuso al sistema bancario. Il provvedimento verrà notificato alla parte interessata e, successivamente, pubblicato ai sensi di legge”*.

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolì@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

### 2) Clausole esaminate: clausola omnibus e n. 7 a prima richiesta scritta, clausole n. 2 (reviviscenza), n. 6 (deroga 1957 c.c.), n. 8 (sopravvivenza)

L'istruttoria ha riguardato non solo le tre clausole citate ma anche altre, che di seguito brevemente esamineremo e che hanno "passato" indenni il vaglio del provvedimento in questione, nonostante il parere contrario dell'AGCM, formalmente interpellata nel corso dell'istruttoria.

Vediamo ora le clausole in questione.

**CLAUSOLA NUMERO 2 (vedi punti 19 e 20 provvedimento BDI-cartella 3, pag.3)** detta **clausola di reviviscenza**. L'articolo 2 dello schema (noto anche come "clausola di reviviscenza") dichiara il fideiussore 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"*. Essa prevede che il fideiussore sia tenuto a rimborsare alla banca le somme incassate dalla banca stessa in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di un annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi per qualsiasi altro motivo.

E' il caso in cui da un lato la banca, a seguito di una dichiarazione di annullamento delle clausole del contratto stipulato col debitore garantito dalla fideiussione ovvero in caso di dichiarazione di inefficacia o di revoca fallimentare o ordinaria dei pagamenti eseguiti dal debitore, abbia restituito al debitore le corrispondenti somme, e dall'altro **il fideiussore debba rifondere alla banca tali somme**.

**CLAUSOLA NUMERO 6 (vedi punto 17 provvedimento BDI cartella 3, pag.3).**

La clausola dello schema ABI così recita: *"I diritti derivanti dalla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione, verso il creditore e verso il debitore, senza che la banca sia tenuta ad escutere"*

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

*il debitore o il fideiussore medesimo o qualunque altro co-obbligato garante entro i termini previsti a seconda dei casi dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato."*

Così come formulata la clausola comporta fino a che il debitore non abbia estinto il proprio debito la **rinuncia del garante ad avvalersi dell'eccezione di decadenza prevista dall'art. 1957 c.c. ove la banca non abbia "proposto le istanze" contro il garante nel termine di due o sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione del debitore garantito.** L'art.1957 c.c. condiziona o subordina l'efficacia e la validità della fideiussione al fatto che la banca escuta il garante proponendo contro di lui "istanze" **entro il termine di 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione, oppure nel minor termine di 2 mesi** quando nel contratto l'obbligazione del fideiussore è vincolata alla scadenza del termine del rapporto garantito. Conclusivamente con tale rinuncia la banca tende ad assicurarsi la possibilità di agire nei confronti del debitore **anche oltre i due termini di 2 o 6 mesi.**

La nullità della clausola comporta che se la banca non "proponga le sue istanze e le persegua diligentemente "oltre il termine dei 2 o 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione del debitore garantito **non può chiedere l'escussione al fideiussore.**

La declaratoria di nullità di siffatta clausola rende inefficace la deroga con la conseguenza che la banca dovrà dimostrare di aver osservato il termine per aver agito e coltivato le istanze nei confronti del debitore principale entro i 2 o 6 mesi.

Ove non lo dimostri, non potrà escutere il garante ove lo stesso eccepisca l'avvenuta decadenza.

Per istanze la Corte di Cassazione per quanto riguarda le semplici fideiussioni e non i contratti autonomi di garanzia (e comunque anche per questi con i limiti stabiliti da Sez. Un. 3947/2010 (**cartella 12**) e da Cass. Sez. I 371/18 - **cartella n.13**) intende prevalentemente le azioni giudiziarie e non già le mere diffide stragiudiziali (vedi giurisprudenza sub 1957 c.c. **cartella n. 14**).

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

**CLAUSOLA NUMERO 8 o di sopravvivenza (vedi punti 19 e 20 del provvedimento BDI, cartella 3, pag.3)** in quanto l'obbligazione fideiussoria sopravvive alla dichiarata invalidità dell'obbligazione del debitore garantito. E' quindi una tipica clausola di un contratto autonomo di garanzia che "resta insensibile" alle sorti del rapporto contrattuale sottostante intercorrente tra il debitore garantito e la banca.

Il testo della clausola ABI è il seguente: *"qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate."* Nel caso in cui si dovesse applicare tale clausola il garante dovrebbe pagare comunque quanto dovuto dal debitore garantito in forza della clausola posto che, qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate **invalide**, la fideiussione garantisce comunque **l'obbligo del debitore** a rifondere alla banca le somme allo stesso "restituite" dalla banca a seguito della dichiarazione di invalidità del rapporto sottostante.

Le altre clausole esaminate riguardano l'obbligazione scaturente dalla clausola generale dell'omnibus - si vedano i punti 13 (**cartella 3, pag.2**) e 72 (**cartella 3, pag.8**) del provvedimento 55/2005- (intesa quale garanzia prestata a fronte di ogni debito passato presente e futuro, anche di firma, in capo al debitore garantito, indipendentemente dallo specifico rapporto che si va a garantire) **e la clausola n. 7 cosiddetta "a prima richiesta"** – si vedano i punti 16 (**cartella 3, pag.2**) e 73 (**cartella 3, pag.9**) del provvedimento (intesa quale facoltà della banca di richiedere immediatamente al fideiussore il pagamento senza che costui possa far valere eccezioni riguardanti l'invalidità, la nullità delle clausole contenute nel contratto - ovvero del contratto stesso - stipulato con il debitore garantito).

### 3) La difesa assunta dall'ABI nel corso dell'istruttoria.

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

La difesa dell'ABI, esposta nella parte motiva del provvedimento, è così schematicamente riassunta ed è diretta a tutelare l'integrità del sistema bancario, a scapito della tutela del garante (trattasi dei due corni del problema su cui si articola anche il parere dell'AGCM e la decisione della BDI):

- 1) l'omnibus è volta a garantire la banca dal rischio d'insolvenza.
- 2) Il pagamento a prima richiesta non è una garanzia a prima richiesta, ma uno schema valido tipo solve et repete che lascerebbe libero il debitore di ripetere dalla banca quanto indebitamente versato alla stessa la quale, avrebbe comunque la possibilità di incassare subito il suo credito, senza sottostare al fuoco di sbarramento e conseguentemente a rischio di accoglimento delle eccezioni del garante e/o del debitore garantito.
- 3) La rinuncia ai termini del 1957 c.c. andrebbe a beneficio del fideiussore che avrebbe più tempo per organizzare il pagamento favorendo soluzioni stragiudiziali.
- 4) Le clausole n. 2 e 8 di reviviscenza e sopravvivenza garantirebbero alla banca l'effetto solutorio completo e garantirebbe la tenuta del sistema bancario secondo i principi di Basilea 2.
- 5) In particolare la clausola n. 8 eviterebbe inoltre un ingiustificato arricchimento del debitore ove la banca fosse costretta a restituire al debitore somme derivanti da clausole dichiarate invalide.
- 6) Non sussisterebbe alcuna intesa o condotta vietata in quanto nella vasta casistica dei moduli contrattuali adottati dalle banche italiane non ci sarebbe uniformità di schemi contrattuali ma notevole diversificazione.
- 7) ABI non imporrebbe lo schema ma si limiterebbe a "consigliarlo", con esclusione quindi della sussistenza di intese vietate ovvero di rapporti di fatto integranti le suddette intese.

### 4) La posizione dell'AGCM (vedi cartella n. 3)

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

- 1) Lo schema, quasi del tutto identico ai moduli ABI pubblicati e “consigliati” fin dal 1966, è diffuso talmente nel mercato che, nonostante il precedente provvedimento n. 12 del 13.12.1994 della BDI (vedi **cartella n. 8**), realizza una evidente violazione della normativa italiana antitrust (legge 287/1990) degli articoli 84 e 85 del Trattato e dell’art.101 del Trattato di funzionamento dell’UE (TFUE).
- 2) Il cliente non può negoziare con la banca ma è costretto ad accettare lo schema, preconfezionato, se vuol accedere al credito bancario organizzato secondo il sistema prendere o lasciare.
- 3) Lo schema del 2002 è addirittura stato “concordato” con le associazioni di tutela dei consumatori con conseguente confessata “intesa” o “comportamento” vietati.
- 4) Per AGCM tutte le clausole dello schema (anche quindi l’omnibus e la n. 7) sarebbero da invalidare e non appare giustificata la lunga proroga concessa fin dal 1994, in base al disposto dell’art. 4 della legge 287/1990<sup>1</sup>.
- 5) Secondo AGCM la deroga prevede la sussistenza di entrambe le condizioni previste dall’art. 4 (sostanziale beneficio dei consumatori da un lato e ampliamento della concorrenza dall’altro) cosa che non ricorrerebbe per la clausola omnibus e del pagamento a prima richiesta in quanto limitative e non ampliative della concorrenza trattandosi di restrizioni “non strettamente

<sup>1</sup> **Art. 4 Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza 1. L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.** 2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'art. 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa.

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

*necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.”*

### **5) IL PROVVEDIMENTO BDI N. 55/2005 (vedi cartella n. 3)**

Si precisa innanzi tutto come testualmente esposto nel testo del provvedimento che *“Le valutazioni effettuate (dalla Banca d'Italia) durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità di singole clausole né la possibilità o meno per le banche di utilizzare la contrattualistica. Ai fini della tutela della concorrenza occorre accertare che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, non ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante”.*

**Cosa di fatto positivamente accertata per tutte le clausole anche per quelle di fatto <salvate>.**

**Queste ultime pertanto sono state valutate in ordine alla rispondenza dei principi posti da Basilea 2 indipendentemente dal fatto che fossero uniformemente adottate dal sistema.**

- 1) La Banca d'Italia innanzi tutto <salva> parzialmente l'omnibus e la clausola a prima richiesta in quanto siffatte clausole attenuerebbero il rischio di credito del sistema bancario secondo i principi di Basilea 2.
- 2) Per quanto riguarda l'omnibus si riporta testualmente la motivazione che impone alla banca di ancorare la fideiussione a specifici contratti ovvero, qualora la fideiussione sia generica, a dimostrare che l'escussione della garanzia utilizzata sia efficace nella riduzione delle perdite in caso di inadempimento del debitore originario: ***“Il ruolo della fideiussione omnibus per l'attenuazione del rischio di credito secondo l'Accordo “Basilea 2”***

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castel Franco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroliifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

72. **(cartella 3 pag. 8)** *Il nuovo Accordo sul Capitale (c.d. “Basilea 2”) definisce i principi necessari ad assicurare l’adeguatezza del patrimonio delle banche rispetto ai rischi a cui sono esposte nello svolgimento della loro attività, individuando diversi metodi per la sua determinazione. In particolare, per quanto riguarda il rischio di credito, le banche possono scegliere fra il metodo “standardizzato” e quello basato sui “rating interni”. Nel primo metodo, la valutazione del rischio di credito delle controparti affidate dipende dalla natura della controparte ed, eventualmente, dai rating attribuiti da apposite agenzie specializzate; nel secondo, da valutazioni del merito di credito svolte dalle banche sulla base di propri sistemi interni. A sua volta il metodo basato sui rating interni (IRB) prevede una versione c.d. “di base” – nella quale le banche devono disporre solo di una stima della probabilità di insolvenza delle controparti affidate, mentre gli altri parametri di rischio vengono stabiliti dalle Autorità di Vigilanza – e una “avanzata”, nella quale le banche definiscono tutti i parametri utili per la determinazione del requisito patrimoniale.*

73. **(cartella 3 pag. 9)** *Il contenuto dell’Accordo verrà recepito nella direttiva in materia di requisiti patrimoniali delle banche e delle imprese di investimento, in corso di definizione, e troverà quindi applicazione in tutti i paesi dell’Unione.*

74. **(cartella 3 pag. 9)** *Nel quadro dell’Accordo le garanzie personali possono essere utilizzate ai fini dell’attenuazione del rischio di credito legato all’esposizione cui si riferiscono, purché vengano rispettate determinate condizioni. Tra queste, assume particolare rilievo quella che richiede la “esplicita” riferibilità della garanzia “a specifiche esposizioni o a un pool di esposizioni, così che l’entità della copertura sia chiaramente definita e incontrovertibile”. E’ necessario attendere la completa definizione delle regole applicative dell’Accordo per valutare se la fideiussione omnibus, tenuto conto della sua natura di garanzia a copertura di tutte le*

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu



# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

*obbligazioni presenti e future nascenti dal rapporto tra il debitore principale e la banca, possa essere considerata uno strumento idoneo per il contenimento del rischio di credito a fini della determinazione dell'adeguatezza patrimoniale.*

74. (n.d.r.: bis? Errore nel testo originario **(cartella 3 pag. 9)** Qualora risultasse che la fideiussione omnibus rispetta il sopra menzionato principio dell'esplicita riferibilità, essa potrebbe essere utilizzata per l'attenuazione del rischio dalle banche che utilizzano il c.d. metodo "standardizzato" oppure il metodo "dei rating interni di base", limitatamente ai casi in cui la garanzia sia prestata da particolari categorie di soggetti (Stato, enti pubblici, banche, imprese industriali o assicurative con rating elevato), ritenute in grado di assicurare una qualità particolarmente alta di protezione del credito.

75. **(cartella 3 pag. 9)** Diversamente, per le banche che adotteranno il c.d. "metodo IRB avanzato", in linea di principio qualsiasi tipo di garanzia personale risulta ammissibile, a condizione che la banca sia in grado di poter dimostrare – alla luce di idonee evidenze storiche – che la garanzia utilizzata è efficace nella riduzione delle perdite in caso di inadempimento del debitore originario. APPARE EVIDENTE PERTANTO CHE IN CASO IN CUI NON LO SIANO, LE CLAUSOLE DELL'OMNIBUS NON VADANO ESENTI DAL CONFLITTO CON LA NORMATIVA ANTITRUST CON CONSEGUENTE NULLITA' DELLE STESSE OVVERO DEL CONTRATTO.

- 3) Riconosce non contrastante alla norma antitrust la clausola prima richiesta in quanto: "76. **(cartella pag. 9)** *Ai fini del riconoscimento della garanzia personale come strumento di riduzione dei requisiti patrimoniali della banca finanziatrice è essenziale che il contratto non consenta al fideiussore di evitare o ritardare il pagamento di quanto dovuto, in caso di inadempimento del debitore principale. La garanzia, in altri termini, dev'essere escutibile*

---

AVV. FRANCESCO ROLI  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castel Franco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroli francesco.it  
P.E.C.: francesco.rolì@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

**immediatamente, senza che alla banca possano essere opposte eccezioni<sup>2</sup>. Risponde a tale caratteristica, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, la clausola concernente l'impegno del fideiussore a pagare alla banca "a prima richiesta" quanto dovuto." Mentre non risponde a tale caratteristica, come si vedrà la deroga ai termini dell'art. 1957 c.c. previsto nella clausola n. 6.**

- 4) All'Art. 91 (**cartella 3 pag. 11**) Dichiara contrarie all'art. 2 comma 2 lettera a della legge 287/1990 le clausole n. 2, 6 e 8.
- 5) La clausola n. 2 in quanto non garantisce al debitore il regresso ex art. 1953; ne risulterebbe pregiudicato il diritto del garante ove sia dichiarato il fallimento del debitore e dichiarata l'inefficacia o la revoca dei pagamenti. Potrebbe comportare la deroga all'art. 1945 dovendo il fideiussore pagare senza poter far valere le eccezioni di pertinenza del debitore.
- 6) La clausola n.6 in quanto assegna un vantaggio non al cliente-come reputa ABI- ma alla banca che fruirebbe del termine della prescrizione ordinaria decennale per far valere la garanzia. Verrebbe in tal modo disincentivata la diligenza della banca a proporre tempestivamente le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca rispetto a quella del debitore.
- 7) La clausola n. 8 perché comporta un aggravamento al fideiussore tenuto a garantire obblighi ulteriori e diversi da quelli della garanzia del rapporto principale.  
Sia la clausola 2 che la 8 potrebbero indurre la banca, al momento della concessione del credito a trascurare la validità ed efficacia del rapporto principale con evidente pregiudizio della <sana e prudente gestione> (art. 5 TUB).

<sup>2</sup> [“Non sono consentite clausole contrattuali, al di fuori di quelle rientranti sotto il diretto controllo della banca, che evitino al fornitore della protezione l'obbligo di effettuare tempestivamente i pagamenti dovuti nel caso in cui la controparte originaria non abbia adempiuto all'obbligazione prevista dal contratto” (Cfr. testo dell'Accordo "Basilea 2", paragrafo 189).]

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

Il provvedimento si chiude con l'enunciazione del principio, sopra già citato e con l'invito all'ABI ad emendare lo schema contrattuale ed a trasmetterlo preventivamente alla Banca d'Italia per evitare la perpetuazione dell'infrazione. Con tale ultima prescrizione tipica delle Autorità garanti comunque la Banca d'Italia prova a stroncare la prassi distorsiva della concorrenza da parte del "sistema bancario".

#### **6) La persistenza dell'uso delle fideiussioni non emendate (cartella 15).**

Ma nonostante tale finale prescrizione ed il comunicato ABI del 14/5/2005 (**cartella n. 3**) la quasi totalità delle banche italiane, con la colpevole mancanza di vigilanza da parte dell'AGCM e della stessa Banca d'Italia, con qualche rarissima eccezione, ha continuato ad includere anche dopo il provvedimento n. 55/2005 le suddette tre clausole nei loro contratti "a pacchetto" somministrati alla clientela con evidente perpetuazione della assoluta mancanza di concorrenza nella redazione dei contratti fideiussori.

(Esempi oscurate di fideiussioni stipulate con vari istituti di credito posteriori al provvedimento n. 55/2005 – vedi **cartella n. 2**).

### **C) AZIONI ESPERIBILI – FORO COMPETENTE – DOMANDE GIUDIZIALI**

**Le azioni esperibili ex art. 33 L. 287/1990 (cartella n. 4).** La normativa prevede la possibilità di esperire azioni di merito (di nullità, di risarcimento del danno e cautelari) avanti all'autorità giudiziaria ordinaria (in un primo tempo Corte d'Appello in un unico grado, poi Tribunale delle Imprese, come sotto specificato).

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: [segreteria@avvocatorolifrancesco.it](mailto:segreteria@avvocatorolifrancesco.it)  
P.E.C.: [francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu](mailto:francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu)

## STUDIO LEGALE ROLI

---

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

#### Tre soli fori con competenza esclusiva: Tribunale Imprese Milano, Roma, Napoli.

Le modifiche succedutesi nel tempo alla legge istitutiva del Tribunale delle Imprese hanno attribuito la competenza in via esclusiva e funzionale alle cause in questione ai tre Tribunali delle Imprese sopra indicati.

Si veda in tal senso nella cartella n. 6, il D.Lgs. 168/2003 e nella cartella 4 il DLGS n. 3/17, art. 18).

Le domande di merito (di nullità, risarcimento del danno e cautelari). Le domande esperibili hanno trovato regolamentazione nel D.Lgs. 3/2017 emanato in attuazione del Regolamento 1/2003/CE del 16/12/2002 e della Direttiva 2014/104/UE del 26/11/2014 (**cartella 4**). In particolare il D.Lgs. 3/2017 all'art. 1 definisce l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicabilità ed i tipi di danno risarcibili nonché all'esperimento delle azioni collettive ex art. 140 bis Cod.cons all'art. 2 sono contenute le definizioni; all'art. 3 è regolato l'ordine di esibizione delle prove a terzi; all'art. 4 e 5 è disciplinato l'ordine di esibizione delle prove all'AGCM nei limiti di utilizzabilità; all'art. 5 sono previste sanzioni; all'art. 7 è stabilita la presunzione della violazione del diritto alla concorrenza riguardante la natura della violazione, la sua portata materiale, personale e territoriale. E' esclusa la prova presuntiva per quanto riguarda il nesso causale e l'esistenza del danno. L'art. 14 Il co. tuttavia presume l'esistenza del danno, salvo prova contraria da parte dell'autore della violazione, se lo stesso deriva da violazione della concorrenza consistente in un cartello. Il danno deve essere valutato ex art. 14 I co. secondo le regole generali previste dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.. Il terzo comma dell'art. 14 stabilisce che il giudice può chiedere informazioni all'autorità garante sugli orientamenti dalla stessa autorità assunti circa la quantificazione del danno. L'art. 8 regola la prescrizione del diritto al risarcimento del danno (5 anni da quando può essere fatto valere). L'art. 9 disciplina la responsabilità solidale. Gli artt. da 10 a 13 regolano alcuni particolari tipi di danno. Gli artt. 15 e 16 prevedono la possibilità della composizione

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

amichevole delle controversie secondo gli istituti della mediazione prevista dalla legge n. 28/2010 e le altre specifiche disposizioni di legge ivi richiamate. Essi manifestano il *favor* del legislatore all'utilizzo di tali procedure di ADR. Alla **cartella n. 8** è allegata la dottrina sul D.Lgs. 3/2017 che illustra la portata sia di tale disposizione di legge che della normativa europea contenuta nella Direttiva 2014/104/UE e nel Regolamento 1/2003/CE.

### Clausole o contratti fideiussori nulle/i? .

La sentenza della Corte di Cassazione pare non abbia esitazioni nell'affermare che la contrarietà dello schema di fideiussione ABI alla normativa di diritto pubblico economico (legge 287/1990) **comporti la nullità del contratto, AI SENSI DELL'ART. 2, COMMA 3 L.287/1990** e non la semplice nullità delle clausole.

Occorre però verificare anche se la nullità del contratto non discenda da regole generali e da principi del nostro codice civile (1322,1418,1419, Il co., 1423 e 1424 -**cartella 16**). Secondo SALANITRO (la Concorrenza nel settore bancario, in BBTC 1996, pag. 765 – vedi **cartella 17**– citato in *Banche e concorrenza. Scritti* a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, Giuffrè ed., 2007, pag. 194) la nullità dell'intesa comporta, la "nullità derivata per illiceità della causa del contratto in quanto venuta in contrasto con l'ordine pubblico economico" ai sensi dell'art. 1418 qualora il contratto sia contrario a norme di ordine pubblico, tale essendo la normativa antitrust e con l'impossibilità della convalida ex art. 1423. **Trattasi di nullità rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento** (vedi **cartella n. 18**).

Nel nostro ordinamento vige anche il principio della conservazione e conversione del negozio nullo, (1419), con i limiti ivi previsti, con l'eventuale possibilità di convalida ex art. 1424 (vedi **cartella n. 16**). Lo stabilire pertanto se la nullità delle tre clausole implichi o meno la nullità anche dell'intero contratto o delle sole singole clausole va verificata sia in riferimento alla norma speciale (art. 2 comma 3 legge

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroli.francesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

287/1990) sia alla luce dell'art.1418 anche tenendo conto del comma 1 (<salvo che la legge disponga diversamente>) nonché del II comma del 1429 (<quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative>).

In fatto occorrerà procedere alla verifica della effettiva volizione delle parti (I comma 1419) e dello scopo dalle stesse perseguito (1424), con particolare attenzione alla tipologia del <prendere o lasciare> dei contratti <su modulo> o a <pacchetto>.

Il tutto andrà inquadrato nel complessivo giudizio di meritevolezza ex art 1322 che bilanci la funzione di tutela del credito con quella della tutela del garante, inquadrando la prima non come valore finale ma come ancillare a quello costituzionalmente garantito dall'art. 41 che tutela lo sviluppo economico in funzione sociale (A.A. Dolmetta in *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale* in BBTC, I, 1992 pag. 32, vedi **cartella n. 12**). Sotto questo profilo non v'è dubbio che la limitazione della concorrenza impedisca tale sviluppo legittimando la declaratoria di nullità del contratto e non delle singole clausole.

Esclusa pertanto la diversa disposizione di legge (1418), ovvero la sostituzione ex lege (1419 II co) o ovvero l'ipotesi della non-volizione per esclusione della conclusione del contratto senza quelle clausole (1419 I co) la soluzione della invalidità del contratto ovvero delle singole clausole, a mio giudizio (senza alcuna pretesa di specifica competenza sul punto ma rimandando la decisione alla dottrina e alla giurisprudenza) rimane ancorata al giudizio di meritevolezza di quello schema ABI ed in particolare di quelle tre clausole perché assunte in violazione di una normativa di diritto pubblico economico inviolabile (L.287/1190) ostativo allo sviluppo della libera concorrenza e dell'economia nazionale e comunitaria.

V'è infine da sottolineare che ove si voglia limitare la declaratoria di nullità alle sole clausole verrà meno il requisito della <Garantievertrag> dell'obbligazione fideiussoria, consentendo al garante di

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

sollevare con maggior facilità eccezioni riguardante il rapporto giuridico sottostante, come di recente riaffermato dai citati arresti della Corte di Cassazione (Ordinanza 371/2018-**cartella 13** e sentenza Sez. Un. 3947/2010- **cartella 19**). Della prima appare opportuno rileggere il principio riaffermato in motivazione: *“Come è stato osservato dalle Sezioni Unite, le quali, sul punto, hanno recepito un orientamento ampiamente consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trova un limite, oltre che nel caso in cui sia proponibile la cd. exceptio doli generalis seu presentis, basata sull'evidenza certa del venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causale, in queste altre ipotesi: quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; **quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta** (Cass. Sez. U. 18 febbraio 2010, n. 3947, in motivazione, ove i richiami a Cass. 7 marzo 2002, n. 3326, Cass. 14 dicembre 2007, n. 26262 e Cass. 3 marzo 2009, n. 5044). Infatti, come sottolineato dalla cit. Cass. Sez. U. 18 febbraio 2010, n. 3947, l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere elastico, di semplice collegamento e coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare: e ciò sarebbe dimostrato, oltre che dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse, proprio dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante.”*

## D) CONSIDERAZIONI FINALI

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: [segreteria@avvocatoroliifrancesco.it](mailto:segreteria@avvocatoroliifrancesco.it)  
P.E.C.: [francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu](mailto:francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu)

# STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

## L'AVV. FRANCESCO ROLI

### 1) Principi generali: art. 2 e 41 Cost. e principio di buona fede (1175 e segg. c.c.).

**Art. 2 Cost.:** *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.*

Il contenuto dell'art. 2 Cost. che tanto in materia extracontrattuale che contrattuale impone ad ogni cittadino il *“dovere di agire secondo il principio della buona fede e solidarietà reciproca in modo da preservare gli interessi dell'altro, senza che ciò rappresenti un apprezzabile sacrificio a suo carico”.*

Il dovere poggia sul principio affermato ad es. da Costantino Mortati <*sull'ineffabile principio del valore della persona umana*> riaffermato dall'art. 2 Cost. che si estrinseca e trova la sua piena realizzazione nei rapporti sociali ed economici (art. 41 Cost.).

In Cass. 21575/2017 sono riaffermati i principi sopra enunciati nonchè nelle altre sentenze riportate nella **cartella 20**.

*In questa ottica deve, infatti, - ancora una volta - ribadirsi che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale - la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti -, applicabile, sia in ambito contrattuale, sia in quello extracontrattuale (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). In questa prospettiva, si è giunti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (v. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Calato, poi, nell'ambito contrattuale, va affermato che il principio della buona fede oggettiva, cioè, della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua*

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: [segreteria@avvocatorolifrancesco.it](mailto:segreteria@avvocatorolifrancesco.it)  
P.E.C.: [francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu](mailto:francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu)



## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

*formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.*

Identici principi sono affermati in Cass. Civ. 10906/17 (cartella 13 e 209 riguardanti sentenze ed ordinanze della Corte di Cassazione in materia fideiussoria e di contratti bancari).

**Art. 41 Costituzione** *“L’iniziativa economica privata è libera. Essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”*

Quanto indicato sub 2 Cost. si salda con il principio dell'art. 41: l'attività economica si deve svolgere in modo da salvaguardare i valori della persona umana che in virtù del principio del solidarismo trovano la loro realizzazione nel libero esercizio dell'attività economica ma con il limite del rispetto dell'utilità sociale che si realizza attraverso il rispetto della dignità umana.

La normativa antitrust mira proprio a tale fine e cioè a salvaguardare lo svolgimento corretto della concorrenza che garantisca a tutti il bene della vita derivante dalla libertà di scelta economica.

Evoluzione della <giurisprudenza della Cassazione in materia di fideiussione illustrata nell'articolo: LA FIDEIUSSIONE BANCARIA ATTIVA NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE (In Banca Borsa e Titoli di Credito, I, 1992, pagg. 1-35) del Prof. Avv. Aldo Angelo Dolmetta -cartella 19- che pur

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatoroli francesco.it  
P.E.C.: francesco.rolì@ordineavvocatiforlicesena.eu

## STUDIO LEGALE ROLI

Via Merenda n°10 – 47121 FORLÌ – Tel. 0543 30314-34094 – Fax 0543 27920  
Via Appia n° 2 – 40026 IMOLA –

Avv. Francesco Roli  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
Avv. Fabrizio Andrea Farolfi  
Avv. Filippo Martini  
Avv. Daniele Roli

### L'AVV. FRANCESCO ROLI

risalente descrive l'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina di allora ferma al primo passaggio (dalle questioni sulla determinatezza o determinabilità del contenuto dell'fideiussione bancaria a quelle sulla buona fede contrattuale) auspicando l'evoluzione della giurisprudenza sul tema della meritevolezza di tutela della fideiussione, lucidamente e profeticamente illustrate al paragrafo n. 6 (pag 28-35), specie in relazione alla tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica. Da notare come la tesi del Prof. Dolmetta rispecchierà, almeno in parte, la motivazione adottata dalla Banca d'Italia col provvedimento n. 55/2005.

Tesi di **G.B.Portale** che descrive la fideiussione bancaria come compressione degli interessi dei fideiussori, in quanto costretti ad immobilizzare disponibilità di danaro sottraendole al ciclo produttivo (Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia in BBTC,1985,I,169; di **Ragusa Maggiore** (*Sulla fideiussione per debito futuro*, in *Riv. Dir. Comm.* 1980, II, p. 129) e di **Cavalli** (*Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, p. 160 e segg.), che annoverano la fideiussione tra i patti che annullano la libertà di iniziativa economica del garante, riducendolo in schiavitù nei confronti della controparte e del Tribunale Roma 27.5.1985-cartella 21 (in BBTC, 1986, II, p. 593) che condivide sia il giudizio sulla fideiussione quale strumento socialmente dannoso e gravemente pregiudizievole per gli interessi pubblici generali, sia il principio, assunto dalla decisione de n. 55/2005 che la fideiussione trasferendo totalmente il rischio in capo al garante faciliterebbe un fenomeno di deresponsabilizzazione e negligenza degli operatori bancari al momento della concessione del credito.

**Convegno in Bologna 12 Ottobre 2018 dell'Associazione Studi Bancari**

**<Derivati Trasparenza ed altre criticità nei rapporti banche-clienti>**

AVV. FRANCESCO ROLI

---

**AVV. FRANCESCO ROLI**  
COD.FISC. RLO FNC 48E26 C107P  
PART.IVA 00702200403  
Nato a Castelfranco Emilia (MO) il 26.05.48  
e-mail: segreteria@avvocatorolifrancesco.it  
P.E.C.: francesco.rolif@ordineavvocatiforlicesena.eu