CLAUSOLA A PRIMA RICHIESTA E ART. 1957 C.C. DOPO LE SEZIONI UNITE N. 24825/2026: LE QUESTIONI ANCORA APERTE

CHIARA BRILLI E MARCO SANGIORGIO[1]

SOMMARIO: 1. Preesistenza e/o persistenza dell'intesa anticoncorrenziale e graduazione dell'onere probatorio del fideiussore. – 2. L'estensione della tutela antitrust alle fideiussioni specifiche. – 3. L'ancora oggi incerto rapporto tra la clausola a prima o semplice richiesta e l'articolo 1957 c.c. – 4. Ulteriori riflessioni sull'obbligo di diligente prosecuzione delle istanze già rivolte al fideiussore. – 5. La tutela antitrust in presenza di contratto autonomo di garanzia. – 6. Nuovi e sempre più delicati equilibri in tema di assolvimento e valutazione della prova nel giudizio antitrust. – 7. Considerazioni finali: centralità e rilevanza della diffida rivolta al garante nella nuova prospettiva tracciata dalle Sezioni Unite.

Abstract (ita)

Il contributo esamina la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24825 del 28 agosto 2026, che ridefinisce i limiti dell'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 nelle controversie relative alla nullità antitrust delle fideiussioni riproduttive dello schema ABI. La pronuncia circoscrive il valore di prova privilegiata dell'accertamento amministrativo al perimetro temporale e oggettivo della relativa istruttoria, riferita alle fideiussioni

[1] Il presente contributo di commento alle Sezioni Unite n. 24825 del 2026 è stato interamente elaborato di concerto, in ogni sua parte, dagli Avvocati Chiara Brilli del foro di Milano e Marco Sangiorgio del foro di Lecco.

Riproduzione riservata

omnibus e al periodo 2002-2005, riconoscendo, al di fuori di tale ambito, soltanto un elemento di prova da integrare con ulteriori risultanze istruttorie. L'analisi si sofferma sulle ricadute di tale impostazione in relazione alle fideiussioni anteriori o successive al periodo oggetto di accertamento dell'Autorità Antitrust, alle garanzie specifiche e, più in generale, alla prova della persistenza o dell'estensione dell'intesa anticoncorrenziale. Particolare attenzione è dedicata al rapporto tra la clausola di pagamento "a prima richiesta" e la clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c., che le Sezioni Unite considerano autonome sul piano funzionale, nonché alle questioni lasciate aperte in ordine alla diligente prosecuzione delle iniziative di recupero, all'esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. e alle conseguenze dell'inottemperanza dei terzi. Il contributo evidenzia, infine, il rischio che l'ampliamento dell'onere probatorio del fideiussore, in assenza di criteri condivisi per l'acquisizione e la valutazione della prova, accresca la variabilità degli esiti applicativi e trasformi il contenzioso sullo schema ABI da fenomeno seriale a contenzioso a geometrie variabili, non trascurando, comunque, il rilevante impatto che l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite avrà nel suo prossimo sviluppo.

Abstract (eng)

This article examines the judgment of the Italian Supreme Court sitting in Joint divisions, no. 24825 of 28 August 2026, which redefines the evidentiary relevance of Bank of Italy decision no. 55/2005 in disputes concerning the antitrust invalidity of guarantees reproducing the ABI standard form. The judgment confines the enhanced evidentiary value of the administrative finding to the temporal and substantive scope of the investigation, which concerned omnibus guarantees and the period from 2002 to 2005. Outside that scope, the decision constitutes merely an evidentiary element that must be supported by further evidence. The article analyses the consequences of this approach for guarantees issued before or after the period investigated, for specific guarantees and, more broadly, for

proving the persistence or extension of the anticompetitive agreement. Particular attention is paid to the relationship between the "first demand" payment clause and the clause derogating from Article 1957 of the Italian Civil Code. The Supreme Court treats them as functionally distinct provisions, while leaving open several issues concerning the creditor's duty to diligently pursue recovery proceedings, disclosure orders under Article 210 of the Italian Code of Civil Procedure, and the evidentiary consequences of a third party's failure to comply. The article concludes by arguing that, in the absence of shared criteria for collecting and assessing evidence, the heavier burden placed on the guarantor may increase the unpredictability of judicial outcomes and turn ABI-form litigation from a largely standardised phenomenon into a case-by-case and highly variable form of litigation, while bearing in mind the considerable impact that the Joint Divisions' interpretation will have on its further development.

***

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 24825 del 28 agosto 2026 tornano sulla nullità antitrust delle fideiussioni contenenti clausole riproduttive dello schema ABI, delimitando l'efficacia probatoria dell'accertamento compiuto dalla Banca d'Italia, in funzione di Autorità Antitrust, con il provvedimento sanzionatorio n. 55/2005.

La pronuncia riconduce l'automatismo probatorio alla sola fideiussione con clausola omnibus stipulata nel periodo 2002-2005 oggetto dell'indagine amministrativa, rimettendo al fideiussore, per le fattispecie estranee a tale ambito temporale e tipologico, l'onere di allegare e provare l'esistenza e persistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

La decisione, tuttavia, non esaurisce la portata del provvedimento amministrativo, la cui valenza indiziaria può essere diversamente apprezzata in funzione della prossimità temporale della singola garanzia al periodo accertato.

Particolare rilievo assume, inoltre, la distinzione tra la clausola di pagamento "a prima richiesta" e quella di deroga all'art. 1957 c.c., che le Sezioni Unite ritengono dotate di funzioni diverse: ne discende, sebbene la sentenza non lo affermi espressamente, che l'iniziativa stragiudiziale rivolta al debitore principale non possa essere equiparata all'escussione del fideiussore.

Restano così affidate alla successiva elaborazione giurisprudenziale numerose questioni applicative: dalla concreta calibrazione dell'onere probatorio e dell'esibizione ex art. 210 c.p.c. alla rilevanza della reticenza dei terzi, ai requisiti dell'istanza idonea a evitare la decadenza, sino ai presupposti e ai criteri di valutazione della "diligente continuazione" dell'azione di recupero.

Il contributo esamina tali profili, distinguendo i principi affermati dalle Sezioni Unite dagli spazi interpretativi che la pronuncia lascia aperti.

1. Preesistenza e/o persistenza dell'intesa anticoncorrenziale e graduazione dell'onere probatorio del fideiussore

Uno degli aspetti di maggiore interesse della pronuncia delle Sezioni Unite riguarda la delimitazione del valore probatorio da riconoscere al provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 e, conseguentemente, la distribuzione dell'onere della prova tra il fideiussore che deduca la nullità speciale antitrust e la banca che vi si opponga (§§6-7 sentenza).

La Corte, nel risolvere i primi due quesiti sottoposti al suo esame, formula un unitario principio di diritto (§9), che muove da una premessa: l'accertamento amministrativo «*non potrà costituire prova privilegiata al di fuori del perimetro temporale oggetto dello stesso*» (§7.1), perimetro che è anche oggettivo, in quanto riferito «*pacificamente quanto espressamente, alle fideiussioni omnibus*» (§8.2). Ne consegue che la nullità parziale delle clausole di "reviviscenza" di cui all'art. 2, di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. di cui all'art. 6 e di

"sopravvivenza" di cui all'art. 8 dello schema ABI può essere ricavata, per il solo fatto della loro riproduzione, esclusivamente con riferimento alle fideiussioni con clausola omnibus stipulate nell'arco temporale oggetto dell'accertamento di Banca d'Italia, ossia nel triennio 2002-2005, salva la prova, a carico della banca, che le clausole siano frutto di una differente trattativa effettiva e libera tra le parti (§7.1).

Al di fuori di tale perimetro, il provvedimento amministrativo non può essere considerato, di per sé, dimostrativo dell'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale rispetto alla singola garanzia controversa, ma costituisce un elemento di prova.

In tal caso, il fideiussore è chiamato ad allegare e provare l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale, anche nella forma della pratica concordata, attraverso una valutazione che deve necessariamente prendere le mosse dalla ricognizione del contenuto del provvedimento amministrativo.

È proprio quest'ultimo passaggio a meritare particolare attenzione.

La ricognizione del contenuto del provvedimento n. 55/2005 non appare, infatti, come un mero adempimento preliminare alla decisione, ma finisce per costituire il criterio attraverso il quale graduare, in concreto, la "forza" probatoria dell'accertamento amministrativo in relazione alla collocazione temporale della fideiussione oggetto di causa.

Il dato temporale assume, dunque, una funzione centrale. Se, da un lato, le Sezioni Unite escludono che il provvedimento della Banca d'Italia possa essere automaticamente esteso a qualsiasi fideiussione contenente clausole conformi allo schema ABI, dall'altro, non sembrano ignorare il fatto che lo stesso provvedimento possa assumere efficacia indiziaria anche al di fuori dell'esatto periodo oggetto dell'indagine amministrativa.

Ciò, dunque, nel senso di riconoscerne una forza indiziaria variabile in funzione della maggiore o minore distanza temporale della fideiussione dal periodo oggetto di accertamento da parte dell'Autorità.

Sotto questo profilo, assume particolare rilievo quanto la stessa Banca d'Italia aveva osservato nel §93 del provvedimento n. 55/2005, laddove aveva ricondotto l'uniformità dei contratti utilizzati dalle banche ad una *consolidata prassi bancaria preesistente* rispetto allo schema predisposto dall'ABI, rilevando come la diffusione di quest'ultimo avrebbe potuto contribuire a *perpetuare* tale prassi.

Si tratta di un'affermazione che, se opportunamente valorizzata, consente di evitare una lettura eccessivamente rigida della cesura temporale relativa al triennio 2002-2005.

Il provvedimento, infatti, non descrive un fenomeno anticoncorrenziale sorto improvvisamente con l'adozione dello schema ABI sottoposto all'esame dell'Autorità, ma dà atto dell'esistenza di una prassi bancaria uniforme già consolidata anteriormente.

Ne consegue che la riproduzione delle clausole censurate in una fideiussione stipulata in epoca immediatamente anteriore al periodo oggetto dell'accertamento può assumere una significativa valenza indiziaria, perché si colloca nel contesto della prassi che la stessa Autorità ha individuato come antecedente alla successiva standardizzazione dello schema ABI.

Pertanto, quanto più la fideiussione si collochi temporalmente in prossimità del periodo esaminato dalla Banca d'Italia, tanto maggiore apparirà la forza indiziaria che il provvedimento può conservare, pur senza mai trasformarsi, al di fuori dell'ambito propriamente accertato, in prova di per sé idonea dell'intesa illecita ex art. 2 L. n. 287/1990.

In questa prospettiva, appare plausibile riconoscere una particolare rilevanza alle fideiussioni di poco anteriori al 2002, sino a poter ragionevolmente prendere in considerazione, quale ulteriore termine di riferimento, la precedente circolare ABI serie tecnica O n. 20 del 17 giugno 1987, nella quale erano già contemplate le tre clausole successivamente riprodotte nello schema oggetto dell'indagine.

Un ragionamento specularmente analogo può essere svolto con riferimento alle fideiussioni stipulate immediatamente dopo il 2005.

Anche in questo caso, infatti, la mera circostanza che la garanzia sia formalmente successiva alla conclusione dell'indagine amministrativa non sembra sufficiente, da sola, a recidere ogni collegamento in termini probatori con il fenomeno anticoncorrenziale precedentemente accertato. Deve considerarsi, infatti, il fisiologico scarto temporale necessario affinché un sistema bancario di dimensioni e struttura complesse recepisca concretamente un intervento dell'Autorità di vigilanza e provveda alla conseguente modifica della propria contrattualistica standardizzata.

Si può ritenere, quindi, che la censura dell'Autorità non abbia determinato necessariamente e istantaneamente la cessazione della prassi contrattuale precedentemente diffusa.

Anche per le fideiussioni stipulate in epoca immediatamente successiva al maggio 2005, il provvedimento della Banca d'Italia può quindi conservare una significativa valenza indiziaria in ordine alla possibile persistenza della prassi anticoncorrenziale, ferma restando la necessità di ulteriori elementi di riscontro[2].

È significativo, del resto, che le stesse Sezioni Unite affermino che l'accertamento amministrativo «*non può che perdere il suo valore probatorio aggiunto nel momento in cui si esca e, a maggior ragione, ci si allontani dal suo proprio riferimento temporale*» (§7.1). L'inciso «*a maggior ragione*» presuppone una perdita graduale, che si accentua con l'allontanarsi dal periodo accertato. Nello stesso paragrafo, del resto, la Corte chiede al giudice di merito di verificare «*se e in*

[2] Sul punto si ritiene che l'efficacia propriamente privilegiata del provvedimento di Banca d'Italia dovrebbe protrarsi sino a poco oltre la sua data di adozione, ovvero fino al termine del 8 luglio 2005 quando l'ABI, preso atto delle censure dell'Autorità antitrust, ha emendato lo schema di fideiussione sottoposto ad istruttoria, epurandolo dalle clausole ritenute lesive della concorrenza, per poi diffonderlo alle proprie associate con la comunicazione ABI prot. LG003335 Cod. Attività ABI LG500.

quale misura» l'accertamento si proietti sul tempo anteriore, con rinvio al par. 93 del provvedimento, e su quello successivo, vagliando il c.d. «*ritardo*» nella dissoluzione degli effetti dell'intesa. Proprio tali considerazioni consentono, a contrario, di cogliere come la forza indiziaria dell'accertamento possa essere maggiore quanto più ci si collochi in prossimità temporale del fenomeno già accertato.

Da questa impostazione deriva una conseguenza di particolare rilievo sul piano della distribuzione dell'onere probatorio.

Se la forza indiziaria del provvedimento n. 55/2005 non è immutabile, ma varia in funzione della distanza temporale della fideiussione dal periodo oggetto dell'indagine, anche l'onere di allegazione e prova gravante sul fideiussore non può essere considerato, in concreto, sempre identico.

Quanto più la garanzia oggetto di contestazione si collochi in prossimità del periodo esaminato dalla Banca d'Italia, tanto meno onerosa dovrebbe risultare la prova ulteriore necessaria a collegare la singola fideiussione al fenomeno anticoncorrenziale accertato.

Per una fideiussione di poco anteriore al 2002 ovvero di poco successiva al 2005 non parrebbe necessario pretendere la produzione di una mole particolarmente ampia di contratti, potendo assumere rilievo anche una raccolta più contenuta di fideiussioni coeve, purché concretamente rappresentative e idonee a corroborare l'esistenza o comunque la persistenza della prassi anticoncorrenziale.

Potrà allora assumere rilievo, alternativamente o congiuntamente, pure un risultato significativo dell'esibizione sotto il profilo della percentuale di conformità delle garanzie esaminate allo schema ABI.

In questa prospettiva, il principio affermato dalle Sezioni Unite potrebbe allora leggersi non tanto nel senso di una rigida contrapposizione tra un periodo nel quale il provvedimento n. 55/2005 costituisce *prova privilegiata* e tutti gli altri periodi nei quali esso sarebbe del tutto privo di autonoma utilità, quanto

piuttosto come affermazione di una diversa intensità della sua rilevanza probatoria.

Si passerebbe, in altri termini, da una prova definita come privilegiata, ad una prova, per così dire, graduata.

Ne deriva, allora, sul piano processuale, che l'onere probatorio del fideiussore non dovrebbe essere concepito in termini meramente quantitativi, come necessità di produrre un numero predeterminato di contratti, ma secondo un criterio di adeguatezza e proporzionalità rispetto alla forza degli elementi indiziari già disponibili.

È, in definitiva, proprio la ricognizione del contenuto del provvedimento n. 55/2005 a consentire di superare una lettura meramente cronologica della pronuncia delle Sezioni Unite: il dato temporale non opera come una barriera rigida, ma come uno degli elementi attraverso i quali deve essere misurata la persistenza della prassi e, conseguentemente, graduata la forza probatoria degli elementi acquisiti nel giudizio.

2. L'estensione della tutela antitrust alle fideiussioni specifiche

Un ulteriore profilo sottoposto all'esame delle Sezioni Unite concerne la possibilità di estendere gli effetti dell'accertamento compiuto da Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 anche alle fideiussioni rilasciate a garanzia di una singola operazione bancaria, e non soltanto a quelle destinate a garantire una pluralità di obbligazioni del debitore principale (§§8-9 sentenza).

Anche su questo punto le Sezioni Unite muovono dalla distinzione tra l'accertamento amministrativo compiuto nel 2005 e la verifica che deve essere svolta nel singolo giudizio civile.

Il provvedimento di Banca d'Italia, infatti, non viene considerato privo di rilevanza per il solo fatto che la garanzia oggetto della controversia presenti caratteristiche diverse da quelle direttamente esaminate dall'Autorità. Esso costituisce,

piuttosto, un elemento conoscitivo e probatorio dal quale il giudice può muovere per verificare se, nel caso concreto, le clausole contrattuali riproduttive di quelle censurate dall'Autorità siano riconducibili alla medesima dinamica anticoncorrenziale.

La differenza rispetto alle fattispecie direttamente comprese nell'accertamento amministrativo assume, tuttavia, un rilievo decisivo sul piano della prova.

Quanto più il contratto esaminato nel giudizio si discosti, per caratteristiche, momento della stipulazione e contesto negoziale, dalla fattispecie oggetto dell'istruttoria della Banca d'Italia, tanto meno potrà ritenersi sufficiente la mera coincidenza testuale delle clausole.

La riproduzione di una o più previsioni contenute nello schema predisposto dall'ABI rappresenta, dunque, un dato che può concorrere alla dimostrazione dell'origine anticoncorrenziale della pattuizione, ma non esaurisce l'accertamento richiesto al giudice.

Il punto assume particolare importanza perché consente alle Sezioni Unite di evitare una duplice conclusione opposta, entrambe non coerenti con la struttura dell'illecito antitrust. Da un lato, non può sostenersi che l'accertamento amministrativo del 2005 sia irrilevante ogniqualvolta il contratto successivo presenti caratteristiche non perfettamente coincidenti con quelle considerate dall'Autorità; dall'altro lato, non è possibile trasformare quel medesimo accertamento in una prova automaticamente estesa a qualsiasi contratto nel quale siano state inserite clausole analoghe.

La Corte affida pertanto al giudice del merito il compito di verificare, attraverso una valutazione complessiva degli elementi disponibili, se la conformazione della garanzia costituisca il risultato della medesima modalità di predisposizione contrattuale già censurata dall'Autorità o se, al contrario, la presenza di clausole analoghe sia il frutto di una scelta negoziale autonoma, non riconducibile alla condotta anticoncorrenziale precedentemente accertata.

In sostanza nelle controversie relative a garanzie specifiche, la parte che invochi la nullità non può limitarsi a invocare l'efficacia del provvedimento n. 55/2005 ed a evidenziare la presenza nel contratto delle clausole già censurate dall'Autorità, dovendo, altresì, provare «*un'intesa o pratica concordata* [...] *estesa alle fideiussioni specifiche riproduttive delle tre clausole*» (§8.2). E a tal fine la standardizzazione delle clausole, «*non oggetto di specifica ed effettiva trattativa*», può essere ritenuta indice di «*corrispondenti pratiche commerciali concordate*», «*senza necessità di verificare* [...] *un fattore soggettivo intenzionale*» (§8.2).

Certo è che non trattandosi di mera verifica di corrispondenza letterale tra le clausole del contratto e quelle contenute nel modello ABI, occorrerà verificare, caso per caso, se gli elementi acquisiti dimostrino la standardizzazione delle tre clausole anche nelle fideiussioni specifiche, mentre resterà alla banca la prova che la singola pattuizione sia stata «*il frutto di una differente trattativa effettiva e, nelle specifiche circostanze, libera tra le parti*» (§7.1). È proprio su questo terreno che, per le garanzie relative a singole operazioni, si concentra l'effettiva incidenza della pronuncia delle Sezioni Unite: la conformità del testo contrattuale al modello censurato costituisce un punto di partenza dell'indagine, non il suo punto di arrivo.

In questa prospettiva, la pronuncia delle Sezioni Unite non esclude, dunque, la possibilità di far valere la nullità delle garanzie riferite a singole operazioni, ma ne rende più rigorosa la prova.

3. L'ancora oggi incerto rapporto tra la clausola a prima o semplice richiesta e l'articolo 1957 c.c.

3.1. È proprio nell'interpretazione del rapporto tra la clausola "a prima richiesta" e la disciplina dell'art. 1957 c.c. che la pronuncia delle Sezioni Unite offre uno degli spunti di maggiore interesse, imponendo di interrogarsi sulla funzione concreta che la clausola assolve nell'equilibrio dei rapporti tra creditore e

garante e, soprattutto, sulla *ratio* della previsione codicistica sulla decadenza (§10 sentenza).

Come noto, l'art. 1957 c.c. mira ad evitare che la posizione del fideiussore rimanga indefinitamente sospesa, imponendo al creditore di assumere, entro il termine previsto dalla norma, "*le sue istanze contro il debitore*"[3]. In tal senso, tra altre, si è espressa anche la Corte di Cassazione con la sentenza sez. III, 18 maggio 2001, n. 6823 individuando nella disposizione in commento una tutela contro l'inerzia del creditore[4].

Tale tutela, tuttavia, non può essere considerata fine a sé stessa.

Innanzi tutto, lo scopo della norma dovrebbe ricondursi alla possibilità per il garante di esercitare i diritti che l'ordinamento gli riconosce una volta adempiuta l'obbligazione garantita.

Si tratta della surrogazione prevista dall'art. 1949 c.c. e del regresso disciplinato dall'art. 1950 c.c. che presuppongono l'avvenuto pagamento da parte del fideiussore, sicché, in quest'ottica, il garante ha interesse a sapere rapidamente se e quando sarà chiamato ad adempiere, così da poter effettuare il pagamento e di conseguenza acquisire la possibilità di rivalersi nei confronti del debitore principale.

Pertanto, l'incertezza che l'art. 1957 c.c. intende prevenire con l'onere di proporre le istanze (previsto dal primo periodo) riguarderebbe, in primo luogo, l'effettivo momento in cui il fideiussore è tenuto ad assumere la propria obbligazione di pagamento, alla quale si collega necessariamente la possibilità di esercitare, nei confronti del debitore, le azioni di rivalsa riconosciute dalla legge.

È su questa premessa che assume particolare rilievo la clausola "a prima richiesta" contenuta nello schema ABI.

---

[3] Anche in dottrina la disposizione è stata interpretata come volta a evitare che il fideiussore resti troppo a lungo incerto sulla durata della sua responsabilità patrimoniale (in tal senso, per esempio, C. FALQUI MASSIDDA, *voce* "*Fideiussione*", in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XIV, 1989, p. 11).

[4] Cfr. *conf*. Cass., sez. II, 14 gennaio 1997, n. 283

La previsione secondo cui il fideiussore è tenuto a pagare a semplice richiesta scritta della banca, realizza infatti un meccanismo che, per alcuni profili, può risultare affine a quello del *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c.[5]: in questo senso la richiesta del creditore rappresenterebbe l'atto attraverso il quale viene attivata l'obbligazione del garante, il quale, una volta attinto dalla prima richiesta, sarebbe conseguentemente tenuto ad adempiere, senza poter paralizzare il pagamento attraverso l'opposizione di eccezioni attinenti al rapporto principale, che, seppur non escluse, verrebbero rimesse alla fase successiva all'adempimento[6].

Lungi dall'agevolare unicamente la banca, tale dinamica concorre a responsabilizzare anche il garante, ponendolo davanti a una precisa scelta: adempiere immediatamente per surrogarsi tempestivamente nei diritti del creditore, oppure rifiutare

[5] Va, pur tuttavia, tenuto presente che l'art. 1462 c.c. esclude espressamente la utilizzabilità della clausola «*solve et repete*» con riferimento alle «eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto», cioè per quelle eccezioni che attengono al momento costitutivo dell'obbligazione garantita (per cui nel nostro caso sarebbero comunque opponibili le eccezioni di nullità totale o parziale del contratto principale). Secondo una certa dottrina, allora, l'articolo in questione dovrebbe soltanto impedire di eccepire l'inesatto inadempimento della controparte. Viceversa, l'art. 1945 c.c. dovrebbe intendersi esteso, con formula ampia, ad ogni eccezione inerente al rapporto principale. In tal senso si veda G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. Civ. Prev.*, 6, 2021, p. 1817.

Inoltre, sempre interpretando la clausola di pagamento «immediato e a prima richiesta» come clausola «*solve et repete*», il suo effetto dovrebbe, comunque, riguardare esclusivamente le eccezioni basate su rapporto principale, senza, pertanto, precludere al fideiussore la possibilità di sollevare, sin da subito, eccezioni inerenti alla validità e all'efficacia dello stesso contratto di garanzia (ciò che vale anche per la garanzia autonoma) e quelle basate sull'art. 1956 c.c. che, peraltro, nella fideiussione omnibus è fra le eccezioni più ricorrenti, nonché sugli artt. 1955 e 1956 c.c. (quest'ultimo pure spesso soggetto a deroga totale o parziale). Così sempre G. STELLA, *ibidem*. Per ulteriori approfondimenti si veda anche A. DALMARTELLO, *voce Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XVII, 1970, p. 849.

[6] Cfr. Cass., sez. II, 21 febbraio 2008, n. 4446; Cass., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 4661; Cass., sez. III, n. 27333/2005

l'adempimento a prima richiesta, assumendosi consapevolmente il rischio di pregiudicare le proprie ragioni di rivalsa[7].

L'attivazione di questo meccanismo presuppone, tuttavia, che la pretesa della banca investa direttamente il garante e non l'obbligato principale. Infatti, dato che il debitore non è normalmente tenuto ad avvertire il garante delle intimazioni ricevute, una diffida inviata al solo obbligato principale lascerebbe il fideiussore all'oscuro della pretesa, impedendogli di scegliere se adempiere per poi, subito dopo, surrogarsi.

Pertanto, nella prospettiva dell'art. 1957 c.c. l'istanza è idonea solo se è rivolta al garante, poiché la richiesta di adempimento deve essere indirizzata verso il soggetto chiamato a compiere la scelta.

È evidente allora la portata della clausola di pagamento a prima richiesta: essa opera esclusivamente nel rapporto tra banca e fideiussore e non può essere in automatico estesa al rapporto tra banca e debitore principale.

La conclusione trova un primo fondamento nella stessa struttura della fideiussione.

Ai sensi dell'art. 1936, co.2, c.c., la fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza: il debitore principale, pertanto, non è parte del rapporto di garanzia e non assume, per effetto della fideiussione, un'obbligazione di pagamento a prima richiesta nei confronti dell'istituto di credito.

La clausola, in altre parole, disciplina esclusivamente le modalità attraverso le quali la banca può attivare la responsabilità del garante e non modifica, di per sé, le modalità attraverso le quali il creditore dovrebbe viceversa agire nei confronti del debitore principale.

Se la banca decide di rivolgersi per prima al fideiussore, la richiesta scritta può esplicare la funzione propria della clausola di pagamento a prima richiesta: essa attiva l'obbligazione del garante, lo pone nella condizione di dover adempiere e,

[7] Cfr. Cass., sez. III, 21 maggio 2008, n. 13078; Trib. Imprese Milano, sez. XIV, 13 gennaio 2025, n. 232

conseguentemente, consente anche di attribuire rilievo alla sua eventuale scelta di non pagare.

In questa prospettiva, la richiesta rivolta al fideiussore non sembrerebbe, quindi, soltanto una semplice diffida, ma dovrebbe rappresentare l'atto attraverso il quale viene concretamente attivato il meccanismo di pagamento previsto dalle parti.

Diversamente dovrebbe ragionarsi quando la banca scelga di rivolgersi al debitore principale. Nei suoi confronti, infatti, la clausola di pagamento a prima richiesta non opera: il debitore non è destinatario dell'obbligo convenzionale di pagare a semplice richiesta della banca e non dovrebbe essere considerato, per effetto della fideiussione, automaticamente assoggettato al medesimo meccanismo che responsabilizza il garante verso il creditore.

La distinzione diviene allora decisiva nell'ipotesi in cui venga meno, perché nulla, la clausola contrattuale di deroga all'art. 1957 c.c.

Se, infatti, la clausola di pagamento a prima richiesta e quella derogatoria dell'art. 1957 c.c. svolgono funzioni autonome e distinte, l'eventuale invalidità della seconda non potrebbe essere neutralizzata attribuendo alla prima un'efficacia che essa non possiede.

In definitiva, quindi, si ritiene che la clausola a prima richiesta possa senz'altro operare nei confronti del fideiussore quale meccanismo di attivazione della sua obbligazione di garanzia, ma non dovrebbe consentire la trasformazione di una semplice diffida, se indirizzata al solo debitore principale, in un atto idoneo a soddisfare l'onere previsto dall'art. 1957 c.c.

3.2. Quanto considerato nel superiore paragrafo porta a dedurre, quale logica conseguenza, come la questione non possa esaurirsi nella tradizionale contrapposizione tra fideiussione e garanzia autonoma, né possa essere risolta attraverso una generica affermazione dell'efficacia della clausola a prima richiesta.

Occorre, piuttosto, verificare a quale rapporto la clausola si riferisca, quale obbligazione sia concretamente attivata dalla

richiesta e quale conseguenza possa derivare dalla scelta della banca di rivolgersi al garante oppure al debitore principale.

È in questa prospettiva che la distinzione operata dalle Sezioni Unite tra clausola a prima richiesta e clausola di deroga all'art. 1957 c.c. acquista il suo significato più pregnante: due previsioni che possono coesistere nel medesimo contratto, ma che rispondono a funzioni differenti. Proprio per questo, se la nullità della deroga non si estende alla clausola a prima richiesta, quest'ultima non può neppure supplire all'invalidità della deroga al di fuori del proprio ambito di operatività, che è il rapporto con il garante.

Ne consegue, pertanto, che le Sezioni Unite hanno avallato solamente l'ipotesi in cui sia stata concretamente attivata la previsione della fideiussione che impegna il garante a pagare a prima o semplice richiesta, a tal fine ritenendosi sufficiente l'invio di una semplice diffida entro il semestre di decadenza.

Al contrario non pare sia stata contemplata dalle Sezioni Unite l'ipotesi in cui il fideiussore continui a versare in una condizione di incertezza riguardo alle proprie sorti in quanto non escusso, nemmeno stragiudizialmente, dalla banca.

In tal caso il dovere protettivo presupposto dall'art. 1957 c.c. dovrebbe permanere e, pertanto, in difetto di attivazione della previsione a prima o semplice richiesta, il creditore dovrebbe essere comunque tenuto ad avviare nei tempi previsti un'azione giudiziale nei riguardi dell'obbligato principale, proteggendo gli interessi dell'ignaro fideiussore e così anche le sue future ragioni di surroga e regresso.

4. Ulteriori riflessioni sull'obbligo di diligente prosecuzione delle istanze già rivolte al fideiussore

4.1. Le Sezioni Unite, a ben vedere, ci hanno consegnato una disamina solo parziale del problema, analizzando la ricaduta della previsione a prima o semplice richiesta solo con riferimento agli adempimenti menzionati dal primo periodo dell'art. 1957 c.c.

Agli operatori non sarà, però, sfuggito come il massimo consesso della Suprema Corte non abbia espressamente affrontato il tema della diligente coltivazione e prosecuzione delle istanze intraprese dal creditore, che pure è contemplato dal medesimo art. 1957 c.c.

La domanda che sorge, cui le Sezioni Unite in commento non sembrerebbero aver dato riscontro, è se la banca, ove abbia tempestivamente diffidato il garante, sia comunque soggetta all'onere di diligente prosecuzione della propria diffida ovvero se a ciò non sia più tenuta, restando l'ulteriore adempimento in questione assorbito dall'invio di una tempestiva istanza stragiudiziale.

Il silenzio delle Sezioni Unite sul punto è sibillino e ci consente alcune riflessioni.

In prima battuta, si potrebbe ritenere che tale silenzio sia esplicativo perché sarebbe implicita nelle pieghe dell'*excursus* motivazionale la tesi per cui, quando si tratta di fideiussione a prima o semplice richiesta, l'adempimento al primo periodo di cui all'art. 1957 c.c. escluderebbe ed assorbirebbe ogni ulteriore onere a carico della banca, scongiurando una volta e per sempre la decadenza, senza la stretta necessità di un'ulteriore prosecuzione giudiziale; soluzione questa che, peraltro, si concilierebbe anche con l'effetto responsabilizzante della clausola che impegna il garante a pagare la banca a prima o semplice richiesta, posto che il fideiussore assumerebbe su di sé il rischio dell'inerzia, anche prolungata, del creditore.

Trattasi, tuttavia, di interpretazione che, pur mostrando una propria coerenza interna, mal si concilierebbe con quella che, fino a pochi mesi fa, è stata l'interpretazione offerta, sul punto, dalla stessa Suprema Corte.

La Cassazione, infatti, sino a poco prima dell'intervento a Sezioni Unite, si era pronunciata con plurimi arresti nel senso dell'autonomia e dell'indefettibilità dell'onere per la banca di proseguire con diligenza le proprie istanze, aggiungendo, peraltro, come tale distinto e indispensabile onere meritasse di

essere verificato anche in caso di fideiussione a prima o semplice richiesta.

Due recenti precedenti della Suprema Corte si sono dimostrati particolarmente netti sul punto. Il primo, Cass., sez. III, ord. 2 aprile 2026, n. 8232, riguardava garanzie qualificate dai giudici di merito come contratti autonomi, nelle quali l'art. 1957 c.c. operava per richiamo contrattuale, con un termine di trentasei mesi. Il secondo, Cass., sez. III, ord. 24 giugno 2026, n. 21564, che richiama il primo, riguardava invece una fideiussione a prima richiesta e ha qualificato la diligente continuazione delle istanze come «*presupposto autonomo e indefettibile*» . Entrambi evidenziano, nel complesso, come una diffida a prima richiesta non renda di per sé inutile ogni successiva iniziativa a cura della banca.

Secondo tale orientamento la prima richiesta incideva sulla forma dell'attivazione della garanzia, senza però trasformare la diffida in un atto idoneo a mantenere in vita per un tempo indefinito la fideiussione, lasciando perennemente immobilizzato il garante, in attesa di un successivo intervento del creditore.

Beninteso che sulla carta l'orientamento formatosi anteriormente alle Sezioni Unite in commento non sembrerebbe recessivo rispetto ai principi elaborati dalla sentenza del 28 agosto 2026. Difatti, il suddetto orientamento pare muovere proprio dalla stessa interpretazione sposata in seguito dalle Sezioni Unite, ossia dall'assunto per cui in presenza di un impegno del garante a pagare a prima o semplice richiesta, la tempestiva diffida rivolta dalla banca al fideiussore eviterebbe la decadenza prevista dal primo periodo dell'art. 1957 c.c.: in particolare l'ordinanza n. 8232 ha ritenuto la richiesta stragiudiziale inviata ai garanti idonea a rispettare il termine, con una valutazione di fatto operata «*in armonia*» con i principi della giurisprudenza di legittimità, mentre l'ordinanza n. 21564 ha esaminato la continuazione «*anche a voler seguire l'impostazione accolta dal giudice territoriale quanto alla natura delle istanze stragiudiziali*».

Pertanto, ad opinione di chi scrive, sarebbe opportuno confermare questo indirizzo interpretativo anche in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite.

4.2. Precisato ciò, ci sembra tuttavia opportuno un ulteriore passaggio a giustificazione della suesposta conclusione, per il quale è necessario richiamare nuovamente la *ratio* dell'art. 1957 c.c.

D'altro canto, se si ritenesse che la norma miri esclusivamente a salvaguardare il diritto ad una tempestiva surroga del fideiussore, l'onere della banca potrebbe considerarsi esaurito con l'invio della diffida.

Infatti, come si è sopra evidenziato, tale diffida pone il garante davanti ad un bivio: decidere se pagare subito per surrogarsi o non adempiere, rinunciando di fatto alla tempestività della rivalsa.

4.3. Sarebbe allora necessario rintracciare una più ampia giustificazione per gli obblighi cumulativamente previsti dall'art. 1957 c.c.

In particolare, l'art. 1957 c.c. andrebbe considerato alla luce dei principi di buona fede e correttezza[1] che governano il comportamento della banca anche nella fase patologica del rapporto, ricomprendendo la salvaguardia della surroga all'interno di un più esteso sistema di protezione del garante.[8]

Anche la Suprema Corte ha recepito questa lettura, valorizzando un'interpretazione dell'art. 1957 c.c. che, senza negare la tutela del diritto di surroga, ne ha ampliato i confini fino a includere il dovere di coltivare giudizialmente l'iniziativa intrapresa.

Tale impostazione trova preciso riscontro già in Cass., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825, per cui l'art. 1957 c.c. «*è espressione*

[8] Riguardo all'art. 1957 cc. il generale dovere di buona fede facente capo al creditore era stato sottolineato anche dalla dottrina: in tal senso vedasi C. RAVAZZONI, *voce "Fideiussione"*, in *Noviss. Dig. Civ*., Vol. VII, 1961 p. 266.

di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà»[9].

Le ordinanze n. 8232 e n. 21564 del 2026 vi hanno poi ricollegato il principio di buona fede e correttezza (art. 1175 c.c.), che, secondo la n. 8232, «*deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto*», ma anche nella fase del conflitto e dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento: la banca, pertanto, dovrebbe attenersi a buona fede e correttezza non soltanto in pendenza del rapporto di credito con il debitore principale, ma anche nella sua successiva fase patologica, ovvero quando il rapporto è cessato e la garanzia è stata, ormai, attivata.

In altri termini, non sarebbe corretto e sarebbe, anzi, contrario a buona fede, che la banca possa semplicemente limitarsi ad attivare in un primo momento, ed a prima richiesta, la garanzia, per poi rimanere inerte, confinando in una condizione di assoluta incertezza il fideiussore.

Il fideiussore, infatti, resterebbe «*perennemente immobilizzato nell'attesa di un intervento del creditore*», secondo la formula delle ordinanze n. 8232 e n. 21564, senza poter prevedere se, quando e su quali suoi specifici beni la banca deciderà un non meglio precisato domani di rivalersi.

Peraltro, l'inerzia della banca successiva all'attivazione della garanzia non sarebbe neppure economicamente neutra per il fideiussore: durante l'inerzia potrebbero maturare interessi e spese, del cui maggior importo il fideiussore verrebbe chiamato a rispondere.

La permanenza del dovere di cui al secondo periodo dell'art. 1957 c.c. potrebbe, allora, risultare coerente sia con l'esigenza di evitare «*un utilizzo abusivo del credito in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*», sia con quella di

[9] Anche la stessa estensione dell'applicazione dell'art. 1957 c.c. al garante autonomo (il quale è strutturalmente privo del diritto di surroga ex art. 1949 c.c.) pare, quindi, militare a favore del fatto che la *ratio* della norma è più ampia e risiede nella protezione generica del garante dall'inerzia del creditore, e non necessariamente nella sola tutela della surrogazione.

prevenire «*l'indiscriminato ampliamento dell'esposizione garantita*» a scapito del fideiussore. Esigenze, queste, rimarcate anche dalle già citate ordinanze della Cassazione là dove si sono espresse a proposito della *ratio* sottesa all'obbligo di diligente prosecuzione delle istanze, anche stragiudiziali, già proposte dalla banca: la prima da entrambe, la seconda dalla n. 21564.

Si potrebbe, quindi, concludere che la prima o semplice richiesta renda il credito immediatamente esigibile, ma non dovrebbe attribuire alla banca la facoltà di mantenere per anni una pretesa non (giudizialmente) azionata, lasciando maturare interessi, spese e accessori e paralizzando *sine die* l'intero patrimonio del fideiussore.

4.4. Per questo, ad opinione di chi scrive malgrado il sibillino silenzio delle Sezioni Unite, la diffida della banca non dovrebbe esaurire gli effetti dell'art. 1957 c.c., restando immutato l'onere della banca di dare, in tempo ragionevole, un seguito alla diffida già trasmessa al garante, dovendosi respingere l'avversa ipotesi per cui, in caso di garanzia a prima o semplice richiesta, l'istanza stragiudiziale esaurirebbe anche ogni altro diverso e ulteriore onere per l'istituto di credito.

Sotto questo profilo si ritiene, peraltro, che il seguito, ai fini del secondo periodo dell'art. 1957 c.c., dovrebbe essere giudiziale.

In primo luogo perché sarebbe, per ipotesi, un ossimoro qualificare come diligente un seguito ulteriormente stragiudiziale, rinnovando *ad libitum* la pretesa creditoria semplicemente a mezzo di ulteriori diffide.

In secondo luogo, il termine ex art. 1957 c.c. è qualificato come un termine decadenziale che nei suoi presupposti non potrebbe essere, allora, assimilato ad uno di prescrizione[10], confondendo la rinnovabilità dell'effetto interruttivo della prescrizione con la diversa condotta necessariamente giudiziale imposta dalla norma a pena di decadenza. Del resto,

[10] Così, in dottrina, M. FRAGALI, *Comm. S.B.*, 1957, p. 496.

diversamente opinando, il termine di decadenza trasmuterebbe in un termine di prescrizione.

4.5. Ciò posto, resterebbe un ulteriore interrogativo: nei confronti di chi la banca dovrebbe diligentemente coltivare le proprie istanze stragiudiziali?

La Suprema Corte di Cassazione, da parte sua, non sembra aver ancora assunto una posizione del tutto chiara sulla questione.

A suo tempo, con l'ordinanza 26 maggio 2020, n. 9862, la Corte si era anzitutto espressa nel senso che il carattere solidale dell'obbligazione fideiussoria non incide sull'ordinaria operatività dell'art. 1957 c.c.[11], la cui deroga non può ritenersi implicita nella clausola che esprima tale carattere, sicché il fideiussore sarebbe liberato «*quando il creditore non abbia agito contro il debitore principale nel termine di sei mesi dalla scadenza della obbligazione*»[12].

Tuttavia, più di recente, con la pronuncia n. 8232/2026 la Corte è venuta a trattare esplicitamente il tema della diligente continuazione, affrontando un caso in cui i fideiussori avevano eccepito la decadenza ai sensi dell'art. 1957 c.c. in considerazione del lungo lasso di tempo intercorso tra la prima diffida inviata dalla banca e la successiva azione giudiziale promossa nei confronti dei garanti, che, per tale motivo, si erano opposti all'azione dell'istituto di credito. Nel caso specifico, la Suprema Corte ha accolto il motivo e cassato con rinvio la sentenza di merito, osservando che la richiesta di pagamento inviata ai garanti era stata «*successivamente abbandonata, per essere autonomamente attivata la apposita tutela giurisdizionale soltanto anni più tardi*», e ha demandato al giudice del rinvio di valutare, «*sotto un profilo soggettivo*», il

[11] Anche secondo la dottrina l'art. 1957 c.c. è considerato compatibile con la fideiussione solidale, che ricorre quando non sia stato espressamente pattuito il *beneficium excussionis* (ID., p. 493).

[12] Cfr. *contra* Cass., sez. III, 16 ottobre 2017, n. 24296; nonché *conf*., sempre *contra*, Cass., sez. I, 2 aprile 2025, n. 8733

contegno del creditore che, evitata la decadenza, abbia omesso di coltivare diligentemente le proprie iniziative.

Tuttavia, anche da quest'ultima pronuncia non pare emergere in modo netto che la banca sia autorizzata a proseguire le proprie istanze nei soli confronti del fideiussore, trascurando di recuperare il credito dal debitore principale[13].

Ciò, peraltro, non emerge con chiarezza neppure dall'ulteriore recente pronuncia n. 21564/2026 della Suprema Corte che, pur ribadendo la necessità di verificare la diligente prosecuzione delle istanze della banca, non chiarisce esattamente nei riguardi di chi esattamente tali istanze dovrebbero essere proseguite.

La questione rimane pertanto incerta e non sembra potersi risolvere tramite il mero richiamo alla solidarietà dell'obbligazione, così rendendo indifferente per la banca anche la prosecuzione delle istanze nei confronti dell'uno o dell'altro soggetto.

Un simile automatismo finirebbe infatti per scontrarsi con la funzione protettiva dell'art. 1957 c.c.

Del resto, considerato che la scelta del garante di non pagare subito appare difficilmente equiparabile ad una definitiva rinuncia alla surroga, l'iniziale inadempimento del fideiussore non dovrebbe giustificare una prolungata stasi del creditore.

Infatti, il fideiussore conserverebbe la facoltà di adempiere anche in un momento successivo, subentrando, seppur in ritardo, nella posizione della banca ex art. 1949 c.c..

Perciò, la più ampia *ratio* di buona fede e correttezza alla base dell'art. 1957 c.c. dovrebbe comunque imporre all'istituto di credito di attivarsi giudizialmente verso il debitore principale, al fine di preservare le prerogative di rivalsa del garante a prescindere dal momento in cui questi estinguerà il debito.

[13] In dottrina, del resto, già FRAGALI riferiva che la ratio dell'art. 1957 c.c. sarebbe quella di non gravare il garante dell'inerzia del creditore che, fidando nella garanzia, trascuri il suo diritto verso il debitore principale e ne metta in pericolo la realizzazione. Così, appunto, M. FRAGALI, voce "Fideiussione (Dir. Priv.), in Enc. Dir., Vol. XVII, 1968, p. 495.

D’altronde, anche ritenendo che la banca possa semplicemente diffidare al pagamento il fideiussore in quanto solidalmente obbligato con il debitore, ciò dovrebbe riguardare solo il momento iniziale dell’escussione, e non potrebbe, allora, autorizzare la banca a disinteressarsi definitivamente del proprio debitore, a scapito degli interessi del fideiussore.

In altri termini, la solidarietà potrebbe senz’altro autorizzare a richiedere il pagamento al fideiussore, ma se questi non adempie, la natura solidale dell’obbligazione di garanzia non dovrebbe leggersi anche come un implicito e definitivo avallo ad un’inversione di ruoli fra debitore e fideiussore, autorizzando il creditore a perseguire soltanto il secondo, scordandosi del primo. Difatti, va ricordato che il fideiussore non coincide con il debitore, essendone soltanto un vicario.

Anzi, proprio questa diversità di ruoli dovrebbe imporre che il dovere protettivo della banca operi anche oltre lo sbarramento temporale dell'art. 1957 c.c., poiché la stessa prospettiva di una surroga tardiva dovrebbe impedire al creditore di abdicare anzitempo alle proprie funzioni di salvaguardia per il solo fatto che il pagamento non sia stato immediato.

Ne consegue, quindi, che la clausola a prima richiesta, se nella prima fase di attivazione del rapporto consente alla banca di rivolgersi direttamente al garante a mezzo di una semplice diffida, non dovrebbe altrettanto, in seguito, autorizzare il creditore a ritenere tra loro fungibili debitore e fideiussore, attivandosi a propria discrezione per recuperare il credito soltanto nei riguardi del secondo.

E nemmeno, a parere di chi scrive, l’opinione contraria potrebbe giustificarsi in chiave di mera *consecutio* sul piano soggettivo, riducendo il tutto alla plana considerazione per cui, una volta correttamente diffidato il garante, l’azione, per coerenza, potrebbe proseguire anche solo nei confronti dello stesso.

Proprio per questo, anche per superare tale prospettiva, occorre considerare che la giustificazione dell'art. 1957 c.c. possiede una portata più vasta e omnicomprensiva. Appare

pertanto necessario vagliare la complessiva *ratio* protettiva che sorregge la permanenza dell'onere in capo alla banca di diligentemente coltivare e continuare l'azione stragiudiziale correttamente già avviata contro il garante.

Se la *ratio* fosse solo quella di non lasciare nell'incertezza il fideiussore, la banca potrebbe effettivamente proseguire l'istanza aggredendo giudizialmente il solo garante. Tuttavia, come si è detto, questo non esaurisce l'ampiezza della tutela posta a carico del creditore dal secondo periodo dell'art. 1957 c.c.

Allora, la finalità della norma non dovrebbe ritenersi circoscritta alla mera esigenza di sottrarre il garante a una situazione di incertezza, ma dovrebbe estendersi anche alla prevenzione di un aumento incontrollato dell'esposizione garantita a scapito del fideiussore[14]. Per questo, l'azione della banca dovrebbe rivolgersi anche nei confronti del debitore principale, perché soltanto un'iniziativa di tal genere andrebbe ad aggredire la fonte del debito.

Ciò coerentemente con la sopra richiamata *ratio* antiespansiva della norma che, nella sua unicità e ampiezza, dovrebbe infatti leggersi nel senso di imporre alla banca di proseguire le proprie istanze anzitutto contro il debitore principale, poiché soltanto l'estinzione del debito originario sarebbe in grado di stabilizzare definitivamente l'esposizione del garante.

A questa tesi non pare ostare nemmeno il fatto che, in alcuni casi, potrebbe apparire esagerato obbligare gli istituti di credito ad aggredire sempre e comunque il debitore principale.

Invero, a tale pur legittima obiezione si potrebbe replicare richiamando la tesi per cui la banca, per evitare la decadenza, è ordinariamente tenuta ad agire in giudizio indipendentemente dalle concrete possibilità di soddisfare il proprio credito[15].

[14] In tal senso si vedano, tra altre, Cass., sez. III, 19 luglio 2018, n. 19160 e anche Cass, sez. III, 11 luglio 2014, n. 15902, seppur con riferimento a contratti di fideiussione prestate per obbligazioni a carattere periodico.

[15] Cfr. Cass., sez. III, 18 maggio 2001, n. 6823, che ha confermato la decadenza del creditore, il quale non aveva intrapreso l'esecuzione immobiliare, ritenendola

D'altro canto, ai fini dell'art. 1957 c.c., l'iniziativa giudiziale non è subordinata alla solvibilità del debitore né alla probabilità di recupero del credito e, pertanto, dovrebbe essere proposta e continuata indipendentemente dall'esito e dalla concreta idoneità dell'azione a sortire il risultato sperato.

L'ipotesi che qui si viene rispettosamente a sostenere è quindi quella per cui la diligente prosecuzione dell'istanza stragiudiziale dovrebbe indirizzarsi nei confronti dell'obbligato principale, prescindendosi, peraltro, dalle concrete possibilità del suo successo economico.

4.6. In chiosa occorre, però, un'ultima annotazione.

Data qui per assunta la tesi per cui il creditore sarebbe tenuto a proseguire giudizialmente la diffida contro il debitore principale, ci si dovrebbe, a questo punto, intendere anche su come debba, in concreto, declinarsi la successiva condotta della banca per essere considerata diligente ai sensi del secondo periodo dell'art. 1957 c.c.

Come per il primo periodo della norma in commento è nuovamente una questione di tempestività delle iniziative della banca.

Chiaro è che un seguito distante anni dalla prima istanza stragiudiziale trasmessa al garante sarebbe certamente un periodo di tempo irragionevole e, dunque, non potrebbe essere espressivo della diligente continuazione richiesta dal secondo periodo dell'art. 1957 c.c.

Meno immediato sarebbe invece valutare la diligenza o non con riferimento ad attese inferiori all'anno.

Ad ogni modo, come indica la Cassazione, saranno i giudici del merito a confrontarsi con la questione, auspicandosi la formazione di una giurisprudenza omogenea e consolidata anche in ordine al tempo necessario affinchè possa considerarsi diligente la prosecuzione delle istanze già intraprese dalla banca.

infruttuosa per le ipoteche gravanti sui beni del debitore, «*non essendo rimesso al creditore la valutazione circa il possibile esito dell'azione esecutiva*».

A ben vedere, tuttavia, il concetto di diligente prosecuzione non appare esclusivamente legato al profilo strettamente cronologico, investendo altresì le concrete modalità con cui il creditore coltiva la propria azione di recupero del credito.

In particolare, la diffida potrebbe anche avere un seguito giudiziale in tempi ragionevoli, ma la successiva condotta della banca potrebbe egualmente risultare negligente, ad esempio laddove l'azione venga successivamente abbandonata o malamente proseguita sul piano processuale[16].

Ne consegue che il giudice non dovrebbe limitarsi ad apprezzare solamente la ragionevolezza dei tempi di azione della banca ma dovrebbe anche valutare, sul piano degli effetti, come la stessa si è sviluppata e in concreto realizzata, posto che un'azione tempestiva non necessariamente equivale ad un diligente recupero del credito.

5. La tutela antitrust in presenza di contratto autonomo di garanzia

Così complessivamente precisato il quadro sull'art. 1957 c.c., pare opportuno soffermarsi anche su taluni altri aspetti che la Corte di Cassazione ha trattato ma non in termini del tutto esaustivi, così alimentando ulteriori dubbi di possibile riflesso sul contenzioso in corso e su quello che, inevitabilmente, verrà.

Le Sezioni Unite aprono all'estensione delle tutele antitrust anche alle cd. fideiussioni specifiche, purché sia provata un'intesa o pratica concordata estesa a tale tipologia di garanzia, per la quale la standardizzazione delle clausole può valere come indice (§8.2).

Occorre domandarsi se un'intesa analoga a quella afferente allo schema ABI possa essere eccepita anche oltre il perimetro

[16] Per un precedente specifico cfr. Cass., sez. III, 21 gennaio 2011, n. 1404, che ha confermato la decadenza del creditore il quale, ottenuto nel termine un decreto ingiuntivo contro il debitore principale, non aveva riassunto il giudizio dopo la declaratoria di incompetenza, in applicazione del principio per cui «*le istanze contro il debitore principale devono essere non solo intraprese, ma diligentemente perseguite*».

tracciato nel principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite (§9).

È interessante notare che, nel richiamare le ragioni del giudice remittente sul terzo quesito (§10), la Corte riporta un precedente di legittimità, Cass., sez. III, 27 febbraio 2025, n. 5179, che, nel confermare la nullità parziale della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. in una garanzia qualificata come autonoma, definisce il contratto autonomo di garanzia come «*posto a valle dell'intesa anticoncorrenziale*».

In tal modo la Corte parrebbe allora avallare anche la tesi di una possibile estensione della nullità speciale antitrust anche al caso dei contratti autonomi di garanzia. Di segno opposto è, però, la di non molto precedente Cass., sez. III, 10 gennaio 2025, n. 660, che, qualificato il contratto come autonomo, ha escluso che a tale atipica fattispecie si possano estendere le valutazioni del provvedimento n. 55/2005, «*riferite alla sola fattispecie* […] *della fideiussione cd. omnibus*».

Resta comunque che secondo la pronuncia n. 5179 del 2025, come riferita dalle Sezioni Unite, anche il contratto autonomo di garanzia sarebbe una figura contrattuale che potrebbe qualificarsi "a valle", ossia derivata da un'intesa anticoncorrenziale.

Se così fosse, allora, in astratto, la riconfigurazione del rapporto di garanzia in termini di autonomia da parte del giudice non potrebbe più essere utilizzata per eludere il rilievo di nullità antitrust, sempre che ne siano stati dimostrati in causa i presupposti.

Del resto, se anche il contratto autonomo di garanzia può essere ritenuto a valle di un'intesa, allora dovrebbe conseguirne che, dimostrata la standardizzazione delle clausole, al giudice non dovrebbe essere più concesso di negare arbitrariamente la richiesta tutela antitrust solo perché riferita alla diversa figura del *«Garantievertrag»*.

Resterebbe, però, un tema.

Sovente la questione si pone a causa di un'opera di riqualificazione officiosa del contratto, che prescinde dal *nomen juris* di fideiussione del modulo in discussione.

In tale evenienza, allora, ai fini della dimostrazione di un'analoga intesa sulle garanzie autonome, potrebbe risultare arduo ottenere la prova di una modulistica standardizzata anche per contratti formalmente denominati come autonomi.

Se il contratto venisse riqualificato dal giudice come autonomo, la dimostrazione dell'intesa dovrebbe allora prescindere dalla denominazione apposta sui singoli moduli esibiti in causa e dovrebbe viceversa concentrarsi sulla presenza, insieme alle clausole incriminate del modello ABI, anche delle stesse altre ed ulteriori clausole che il giudice ha valorizzato per riqualificare la fideiussione di causa in termini di rapporto autonomo.

Ad ogni modo, in disparte le tematiche più squisitamente probatorie, ciò che attualmente si registra è un precedente delle sezioni semplici, peraltro contrastato da altro, riferito dalle Sezioni Unite senza prendervi posizione, che, all'apparenza, parrebbe indirettamente estendere la speciale tutela antitrust non solo alle fideiussioni specifiche ma anche ai contratti autonomi di garanzia.

6. Nuovi e sempre più delicati equilibri in tema di assolvimento e valutazione della prova nel giudizio antitrust

6.1. Fermo quanto sopra, il tema della prova è in ogni caso tutt'altro che marginale nel complessivo impianto delle Sezioni Unite; del resto proprio queste ultime hanno circoscritto l'automatismo probatorio alle sole fideiussioni omnibus stipulate nel triennio 2002-2005, oggetto dell'accertamento della Banca d'Italia, mettendo, al di fuori di tale perimetro, l'onere della prova al centro del giudizio antitrust.

Tale constatazione, ci consente, però, di muovere anche delle critiche.

Se, in effetti, la precedente impostazione era fin troppo rigida, consentendo di presumere, salvo prova contraria, la prosecuzione dell'intesa anche oltre il periodo di osservazione a fronte della mera reiterazione delle clausole censurate nel modulo fideiussorio impugnato, l'attuale impostazione solo in apparenza risulta più equilibrata.

La nuova impostazione potrebbe infatti minare proprio quelle esigenze di certezza e di omogeneità delle decisioni che il nostro ordinamento faticosamente cerca di perseguire.

La precedente presunzione, seppur troppo rigida, conferiva, certezza agli esiti là dove era applicata: ogniqualvolta la fideiussione impugnata reiterava al suo interno le clausole illecite dello schema ABI la stessa era da presumersi a valle dell'intesa già accertata.

Oggi, invece, le Sezioni Unite smontano la precedente prospettiva presuntiva fondata sul provvedimento n. 55/2005 dell'Autorità indipendente, salvo che per le fideiussioni omnibus del triennio 2002-2005, imponendo al garante di provare la dipendenza della propria garanzia da un'intesa o concordata pratica anticoncorrenziale sussistente al momento della costituzione della garanzia (§7.1).

Le Sezioni Unite non entrano, tuttavia, nel merito del *quomodo* dell'assolvimento dell'onere probatorio nel notoriamente asimmetrico contesto antitrust.

L'indagine dovrebbe, allora, concentrarsi sugli elementi indiziari eventualmente introdotti dal fideiussore, quindi – riteniamo – sulle raccolte di garanzie ABI acquisite *aliunde* dalla parte.

Tuttavia, già questo profilo introduce un evidente e disarmonico elemento di discrezionalità e variabilità nella prova richiesta al fideiussore.

Non esistono, infatti, criteri normativi né prassi uniformi fra i diversi uffici giudiziari da cui desumere i parametri quantitativi e qualitativi per costruire raccolte di fideiussioni che possano *ex ante* soddisfare l'onere probatorio gravante sulla parte. In tal modo è evidente che così si resterebbe vincolati al cosiddetto

prudente apprezzamento del singolo giudice che, a seconda dei casi, potrebbe essere più o meno esigente rispetto al tema della prova dell'intesa.

6.2. Un discorso pressoché analogo potrebbe farsi anche con riguardo al rimedio dell'esibizione che le stesse Sezioni Unite indicano come principale viatico per assolvere alla diabolica prova della perpetuazione dell'intesa anticoncorrenziale.

Sul punto le Sezioni Unite indicano lo strumento e ne rimettono l'ammissibilità agli indici dell'art. 3 del d.lgs. n. 3/2017, ma non spiegano come debba essere utilizzato nel contenzioso sulle fideiussioni, con un conseguente rischio di imprevedibilità delle decisioni.

Non esiste, infatti, alcuno standard uniforme di ordine di esibizione per la specifica tipologia di controversia, sicché, al di là delle prassi eventualmente formatesi presso singoli uffici, ogni Tribunale finirebbe per muoversi in autonomia.

Non esistendo uno standard, ma di per sé nemmeno una prassi universalmente condivisa, pare, allora, legittimo l'interrogativo sul numero esatto di istituti a campione cui rivolgere la *discovery* antitrust, nonché quello sulle modalità di distribuzione qualitativa e quantitativa dell'ipotetico campione bancario per l'esibizione, e cioè quali e che tipo di istituti dovrebbero essere coinvolti e come dovrebbe essere ripartita la loro collocazione e rilevanza geografica ai fini della perimetrazione del mercato rilevante.

Un criterio, perlomeno numerico, che è stato giudizialmente utilizzato è stato quello di assumere a riferimento il metro di valutazione impiegato dalla Banca d'Italia durante l'istruttoria amministrativa.

L'Autorità amministrativa, nel suo noto provvedimento di maggio 2005, al punto 57[17], dava, infatti, conto di aver acquisito

[17] Allo specifico punto in questione si dà testualmente atto del fatto che «Allo scopo di verificare l'effettivo grado di uniformità degli schemi contrattuali utilizzati per le garanzie personali, nel mese di settembre 2004 la Banca d'Italia ha inviato una richiesta di informazioni a un campione di 7 banche di diversa dimensione».

la modulistica di sette istituti di credito e di averne riscontrato la sostanziale uniformità al modello ABI oggetto della sua indagine.

Tuttavia, non può trascurarsi, che, anche attenendosi a tale criterio, permarrebbe pur sempre il problema di un possibile eccesso di discrezionalità dei giudici nella scelta degli specifici istituti cui rivolgere gli ordini di esibizione.

6.3. Peraltro, sotto questo profilo, il problema dell'eccessiva ampiezza valutativa della prova non atterrebbe alla sola fase d'ingresso dell'istanza istruttoria, ma anche a quella successiva dell'esame del suo esito.

Del resto, a tutt'oggi, la giurisprudenza e la stessa Banca d'Italia non hanno offerto indici chiari ed univoci su come debba apprezzarsi l'esito della *discovery* in chiave dimostrativa dell'esistenza, *recte* persistenza, dell'intesa; non è, difatti, dato sapere, rispetto al campione indagato, quante fideiussioni dovrebbero replicare il modello ABI.

Banca d'Italia, riferendo sugli esiti della propria istruttoria, aveva parlato di una sostanziale uniformità dei modelli acquisiti rispetto allo schema ABI; tuttavia, non ci è dato altrettanto sapere che cosa debba esattamente intendersi per sostanziale uniformità del campione indagato.

Ne segue, quindi, che se, anche per ipotesi, il fideiussore riuscisse ad assolvere al più rigoroso onere probatorio che le Sezioni Unite gli affidano, in concreto il maggior sforzo della parte rischierebbe, comunque, di essere frustrato dall'eccessiva discrezionalità residuante in capo al giudice che, tuttora, potrebbe condurre l'istruttoria senza doversi attenere a regole certe o anche solo a buone prassi condivise.

La nuova sfidante impostazione probatoria introdotta dalle Sezioni Unite pone, peraltro, anche un ulteriore problema al fideiussore.

Quid iuris se le banche non dovessero ottemperare all'ordine di esibizione.

Le Sezioni Unite, infatti, indicano come primo strumento per assolvere all'onere della prova l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., da vagliare, quanto all'ammissibilità, «*alla luce degli indici conformativi sistematici desumibili dalla pur complementare disciplina dell'art. 3, D.Lgs. n. 3 del 2017*» (§7.1).

Tuttavia, rispettosamente, proprio tale plana indicazione rivela anche una certa distanza dalle prassi e dall'esperienza di Tribunali e Corti di merito dove l'esibizione, anche quando ammessa, sovente, conduce ad esiti non esaustivi a cagione degli atteggiamenti, talvolta elusivi, da parte delle banche interpellate.

Accade con una certa frequenza che solo talune delle banche interpellate producano la documentazione richiesta e, altrettanto, spesso, accade che anche le banche ottemperanti non producano integralmente i documenti richiesti ma si limitino, con o senza giustificazione, a fornire documentazione frammentata.

Ora, a fronte di tali possibili condotte, il D.lgs. n.3/2017 prevede delle sanzioni pecuniarie piuttosto elevate per l'eventualità in cui il terzo destinatario dell'esibizione resti colpevolmente inottemperante alla *discovery* disposta dal Tribunale.

Tuttavia, tali sanzioni appartengono propriamente ai giudizi di *private enforcement* aventi ad oggetto il risarcimento del danno, cui il decreto è dedicato (le stesse Sezioni Unite lo qualificano come «*dettato in punto di tutela risarcitoria per equivalente*», §7.1) e che l'art. 18 attribuisce alle sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli, di talché non potrebbero applicarsi nelle sedi ordinarie di opposizione a decreto ingiuntivo, dove la questione antitrust viene introdotta come eccezione di nullità e non come domanda risarcitoria.

In tali sedi l'inottemperanza della banca terza destinataria dell'esibizione resterebbe pertanto sguarnita di equivalenti meccanismi sanzionatori, essendo certamente inidonei quelli di cui all'art. 210 ult. comma c.p.c.

Riproduzione riservata

Inoltre, il nostro codice di rito non prevede di per sè che la mancata risposta del terzo all'esibizione equivalga a non contestazione, né ad argomento di prova: infatti, le banche destinatarie dell'esibizione non sono parti del giudizio, sicché un loro evasivo silenzio non potrebbe, a rigore, essere valutato ai sensi dell'art. 116, co.2, c.p.c.

Nella pratica il garante potrebbe così trovarsi costretto a misurarsi con comportamenti reticenti da parte del sistema bancario, con evidente pregiudizio al proprio diritto di difesa.

Sommessamente si ritiene, quindi, che un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali e sostanziali e il richiamo al principio unionale di effettività della tutela[18], dovrebbero orientare la prossima giurisprudenza ad interpretare con maggiore elasticità l'art. 210 c.p.c., apprezzando, almeno in termini di argomento di prova, i mancati o parziali riscontri delle banche destinatarie dell'esibizione.

Se, poi, una simile interpretazione dovesse ritenersi eccessiva o forzata, dovrebbero, allora, essere gli stessi giudici ad opportunamente modificare le loro precedenti ordinanze di ammissione dell'esibizione, sostituendo gli istituti di credito inottemperanti con altri diversi istituti, e ciò sino a che tutte le banche chiamate all'esibizione abbiano correttamente ottemperato all'ordinanza del giudice.

In caso contrario, l'onere della prova resterebbe posto a carico del fideiussore, ma la disponibilità della stessa sarebbe rimessa alla discrezionalità del ceto bancario.

7. Considerazioni finali: centralità e rilevanza della diffida rivolta al garante nella nuova prospettiva tracciata dalle Sezioni Unite

Per quanto ci consta, malgrado le difficoltà e le questioni irrisolte che qui si è cercato di mettere in luce, non si ritiene che

[18] Cfr. Corte Giust. UE, sez. I, 6 giugno 2013, n. 366, causa C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e altri

sul solo piano della prova si giocherà il contenzioso antitrust presente e soprattutto quello futuro.

Del resto, l'impatto dell'interpretazione delle commentate Sezioni Unite con riferimento alla clausola a prima o semplice richiesta difficilmente potrebbe essere trascurato.

Oggi, a seguito delle ultime Sezioni Unite, una semplice diffida stragiudiziale indirizzata al garante sarebbe in grado di paralizzare buona parte delle eccezioni di decadenza formulate e formulabili dai fideiussori.

Le Sezioni Unite affermano, infatti, che una diffida a prima o semplice richiesta evita la decadenza quantomeno in relazione alla previsione del primo periodo dell'art. 1957 c.c.

Le stesse Sezioni Unite, però, non ci spiegano che caratteristiche dovrebbe avere tale diffida per essere realmente idonea a scongiurare la decadenza del creditore.

Dal canto nostro, riteniamo che la diffida rivolta al fideiussore dovrebbe avere i caratteri di serietà e certezza che di per sè appartengono anche alla messa in mora, dovendo la stessa essere rivolta direttamente (e non solo per conoscenza) al garante, con una chiara intimazione di pagamento posta a carico di quest'ultimo[19].

Resta, inoltre, che trattandosi di un atto tipicamente recettizio, la banca dovrebbe dimostrare che la missiva sia effettivamente pervenuta al garante, senza che, in assenza di adeguata prova di spedizione e ricezione, possa utilmente invocarsi la presunzione di cui all'art. 1335 c.c.

Il terreno di primo e più rilevante scontro sarà, allora, quasi certamente questo.

I fideiussori, infatti, cercheranno, per quanto loro possibile, di sindacare l'adeguatezza delle comunicazioni prodotte dalle banche a valere quali formali istanze idonee ai fini del primo periodo dell'art. 1957 c.c.

[19] Cfr. App. Milano, sez. I, 4 ottobre 2025, n. 2632; analogamente anche Trib. Padova, sez. II, 20 giugno 2025, n. 987

Si può, allora, ragionevolmente concludere il presente scritto ritenendo che il contenzioso sulle fideiussioni schema ABI non sia morto, ma sia più vivo che mai.

Questa affermazione che, ad altri, potrebbe apparire suggestiva, va, però, correttamente pesata e va considerato che, nel prossimo futuro, è ragionevole pronosticare la trasformazione di un contenzioso nato come seriale e quasi standardizzato in un contenzioso a geometrie variabili, di difficile prevedibilità negli esiti per i fideiussori ma anche per gli stessi istituti di credito.

Riproduzione riservata