

4 FEBBRAIO 2026

MARTA MAGLIULO

Contratti di fideiussione omnibus conformi allo schema ABI: dove eravamo rimasti?

Brevi riflessioni sulla prova del “nesso funzionale” tra contratto “a valle” e intesa “a monte”

1. Che la pronuncia a SU n. 41994 del 2021¹ non fosse riuscita a mettere un punto sul tema della nullità delle fideiussioni conformi al noto schema ABI censurato dalla Banca d'Italia è stato chiaro sin da subito.

A dire il vero, sciogliere in una volta tutti i nodi controversi sarebbe stato arduo. In quella sede, le SU erano chiamate, in primo luogo, a stabilire se avverso i contratti “a valle” di intese vietate, quali le fideiussioni contenenti le tre clausole incriminate, potesse essere attivato il rimedio della nullità (e non solo quello risarcitorio), dovendo chiarire, in caso di risposta affermativa, se fosse ammissibile una dichiarazione di nullità parziale delle sole previsioni anticompetitive e se, a tal fine, fosse sufficiente l'accertamento della sola corrispondenza delle clausole impugnate con quelle vietate, prescindendosi da qualsiasi valutazione in ordine alla potenziale volontà delle parti di concludere ugualmente il contratto senza le previsioni espunte.

Le conclusioni cui sono giunte le SU sono note: la Corte ha ammesso la via della tutela reale, concludendo in favore di una nullità parziale, limitata alle clausole contrattuali illecite, salva la prova – nella specie, puntualizzano le SU, ben difficile da fornire da parte del fideiussore – della loro essenzialità *ex art. 1419, primo comma, c.c.* Una nullità speciale, posta a tutela dell'ordine pubblico economico, con portata più ampia della nullità codicistica, in quanto idonea a colpire anche atti o la combinazione di atti (non necessariamente riconducibili a fattispecie di natura contrattuale), avvinati da un “nesso funzionale” alla produzione dell'effetto anticoncorrenziale. Sulla prova incombente al fideiussore, la Corte non si era dilungata, limitandosi ad operare un fugace riferimento ai principi enunciati da Cass. 13846/2019, secondo cui l'elevata attitudine probatoria del provvedimento del 2005 o, che dir si voglia, la sua valenza di “prova privilegiata”, consiste in ciò, che – avendo la Banca d'Italia già accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva – i fatti costitutivi della sussistenza della violazione non possono rimettersi in discussione in sede civile; con ciò derivandone che, ai fini della declaratoria di nullità parziale, quel che il fideiussore deve evidenziare è il solo dato della

¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, c. 499 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, e C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*; G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *ibid.*, c. 1309; S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, in *ibid.*, c. 1318; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 1; M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubi e vecchie incertezze*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2022, 1.



coincidenza testuale delle condizioni contrattuali impugnate con quelle censurate dall'Autorità, potendo in tal caso presumersi (ma tale passaggio resta sottinteso nella pronuncia) la sussistenza di quel *“collegamento funzionale”* tra contratto *“a valle”*, contenente le clausole vietate, e intesa *“a monte”*.

Tutto chiaro, quindi? Non esattamente.

Due le complicazioni. La prima: sebbene una delle fideiussioni oggetto del giudizio fosse stata stipulata nel 2006, la Corte non ha affrontato espressamente la questione relativa alla sorte delle fideiussioni rilasciate al di fuori dell'arco temporale oggetto dell'istruttoria svolta dall'Autorità (2002-2005); ha però confermato la declaratoria di nullità parziale anche con riferimento a tale garanzia, ritenendo sufficiente, a tal fine, la produzione del Provvedimento del 2005, unitamente alla coincidenza delle clausole censurate con quelle ivi ritenute anticoncorrenziali.

La seconda: l'iter argomentativo seguito dalla Corte risulta incompleto, arrestando il proprio sviluppo proprio nel punto in cui sarebbero stati necessari ulteriori chiarimenti in punto di presunzione di sussistenza del *“nesso funzionale”* tra intesa accertata e fideiussioni *“a valle”*.

Tali circostanze hanno alimentato le incertezze (già emerse anche in dottrina) in ordine alla sorte delle garanzie conformi al modello vietato ma rilasciate successivamente al 2005. Con il provvedimento dell'11 novembre 2025 la Corte di Cassazione ha, dunque, ritenuto sussistenti le condizioni di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. per dichiarare ammissibile il rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Siracusa sul tema e sulle ulteriori questioni rimaste aperte². Le SU dovranno ora espressamente chiarire se una fideiussione contenente le clausole censurate dalla Banca d'Italia possa dirsi legata da *“nesso funzionale”* all'intesa sanzionata, e possa dunque reputarsi nulla, anche se rilasciata al di fuori del periodo compreso tra il 2002 ed il 2005; e, in caso di risposta affermativa, se tale nullità possa ritenersi dimostrata con la semplice evidenziazione della riproduzione, nella singola fideiussione, delle tre clausole o se, diversamente, debba essere provato in altro modo il *“nesso funzionale”* con l'intesa restrittiva sanzionata.

2. Sulla questione, il panorama nella giurisprudenza di merito è articolato.

² Trib. Siracusa, 1° agosto 2025, in *OneLegale*. Con il medesimo provvedimento il Tribunale di Siracusa ha sollevato altre due questioni: 1) se una fideiussione contenente le tre clausole vietate possa dirsi legata da *“nesso funzionale”* alla intesa restrittiva e possa, dunque, reputarsi nulla, *“anche se rilasciata per una specifica operazione e non rientrando nella categoria delle fideiussioni omnibus”*; in caso di risposta affermativa, se tale nullità possa ritenersi dimostrata con la semplice evidenziazione della riproduzione, nella singola fideiussione, delle clausole ovvero se, diversamente, debba essere provato in altro modo il nesso funzionale tra la singola fideiussione e l'intesa restrittiva della concorrenza sanzionata dall'autorità di vigilanza”; 2) se una volta accertata la nullità delle clausole censurate dalla Banca d'Italia, con conseguente applicabilità (o riespansione) della disciplina suppletiva del codice civile, *“la pattuizione contemplante la possibilità di ottenere il pagamento a semplice richiesta scritta – del pari contenuta nel testo fideiussorio – valga o meno ad attribuire al creditore la facoltà di evitare la decadenza di cui all'art. 1957 c.c. mediante mera istanza stragiudiziale, senza alcuna necessità di avviare iniziative di carattere giurisdizionale”*. Per un commento sulle diverse questioni sollevate, si veda anche F. FERRERI, *“L'infinita saga delle fideiussioni ABI: le nuove questioni al vaglio delle Sezioni unite”*, in corso di pubblicazione in *Judicium*, n. 4/2025.



Un orientamento³ sostiene che, quand'anche la fideiussione sia successiva all'accertamento, la sola evidenziazione della coincidenza delle clausole impugnate con quelle illecite – unitamente alla produzione in giudizio del Provvedimento del 2005 e del modello ABI – consentirebbe comunque di presumere la *“persistenza, tra l'atto a monte e il contratto a valle, di un nesso funzionale alla produzione dell'effetto anticoncorrenziale”*, senza la necessità per il garante – in presenza di *“così gravi indizi”*⁴ – di offrire altra e specifica prova e, in particolare, di dimostrare l'uniforme adozione di tali condizioni nei modelli utilizzati al momento del rilascio della garanzia impugnata. Si tratterebbe di *“una presunzione iuris tantum, suscettibile di prova contraria”* da parte della banca, chiamata a dimostrare che, *“al tempo in cui la fideiussione è stata rilasciata e nonostante l'identico contenuto delle clausole, più non persistesse l'intesa anticoncorrenziale”*⁵ (provando la differenziazione dei modelli contrattuali in uso⁶).

Secondo un diverso indirizzo, invece, poiché gli accertamenti dell'Autorità non possono avere una rilevanza temporale infinita, nei giudizi aventi ad oggetto garanzie rilasciate dopo il 2005, non sarebbe sufficiente allegare tale Provvedimento ed evidenziare la mera rispondenza delle clausole impugnate con quelle vietate ai fini della declaratoria di nullità, dovendo il fideiussore dimostrare la *“perdurante sussistenza”* o *“persistenza”* di un'intesa anticoncorrenziale al momento della stipula del contratto dedotto in giudizio⁷. La mera riproduzione delle clausole vietate nel contratto non può di per sé costituire indice, neppure presuntivo, del *“collegamento funzionale”* con l'intesa accertata, pena trasformare tali clausole da pattuizioni lecite, a pattuizione sempre e comunque illecite⁸. Al fideiussore è, dunque, richiesto di provare *“l'applicazione uniforme delle*

³ Trib. Parma, 23 aprile 2025, n. 490; Corte d'Appello Milano, Sezione Specializzata in materia di imprese, 26 luglio 2024, n. 2227.

⁴ Trib. Parma, ult. cit.

⁵ A favore di tale conclusione, in dottrina, v. A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, cit., secondo il quale *“le fideiussioni, nella parte in cui riproducono quelle clausole, risultano illecite, perché realizzano in concreto quella standardizzazione. In quest'ottica, la ripetizione della situazione d'illiceità accertata dal provvedimento 55/05 va quanto meno presunta, qualora vengano prodotti in sede di giudizio il provvedimento stesso e il contratto conforme allo schema Abi, e va attribuito alla controparte l'onere di dimostrare il contrario. Questa soluzione riconosce alla decisione dell'autorità garante quell'elevata attitudine probatoria attribuitale sin da Cass. 3640/09, la quale coniuga la tendenza legislativa, volta a incentivare il private enforcement facendo leva anche sul dialogo con l'azione pubblica sul fronte probatorio, con il necessario rispetto dei principi che reggono la tutela giurisdizionale dei diritti. In questo orizzonte di pensiero, posto che il provvedimento 55/05 dimostra una situazione di uniformità contrattuale lesiva della concorrenza, la quale risulta verosimilmente reiterata dal rilascio da parte delle banche di fideiussioni omnibus conformi allo schema Abi esaminato da quel provvedimento, è onere della banca convenuta provare, allora, che tale situazione non è più esistente”*; in questi termini anche E. CAMILLERI, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, in *Foro it.*, 2023, 5,1667.

⁶ Come suggerito da A. MONTANARI, *op. ult. cit.*

⁷ Cfr. Corte App. Ancona, 7 giugno 2024, n. 824; 28.03.2023 n. 547 e 2 marzo 2023 n. 499; Trib. Milano, 14 luglio 2022; Trib. Milano, 19 gennaio 2022; Trib. Forlì, 16 maggio 2022, n. 486; Corte App. Venezia, 13 settembre 2021, n. 2356; nonché Arbitro Bancario Finanziario, sez. coll. coord., decisione 29 dicembre 2022, n. 16511, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁸ Secondo questa impostazione, *“nessun serio indizio di una intesa anticoncorrenziale può essere tratto dal solo fatto che nella singola fideiussione siano state inserite le medesime tre clausole già sanzionate da Banca d'Italia nel 2005, tanto più considerando che dette clausole non erano contrarie a norme imperative, ma il profilo di nullità si basava unicamente sulla violazione dell'art. 2 L. n. 297/1990. [...] la mera produzione del contratto di fideiussione contenente clausole analoghe a quelle dello schema ABI censurato, non consente di ritenere provato né che l'intesa anticoncorrenziale accertata da Banca d'Italia nel 2005 fosse perdurante al momento*



rilevanti clausole contrattuali per mezzo di una prova, specifica e puntuale, della diffusione seriale del modello ABP” da parte di un significativo numero di istituti bancari nel periodo del rilascio della specifica garanzia, mediante la produzione di un certo numero di fideiussioni coeve a quella impugnata, e/o mediante la richiesta di un ordine di esibizione, rivolto alla banca garantita e alle principali banche italiane (di solito, 8 o 10 banche, diverse per dimensioni e diffusione sul territorio nazionale⁹), avente ad oggetto i modelli di fideiussione utilizzati al momento della stipula della specifica garanzia¹⁰.

Un terzo orientamento, infine, muove dal presupposto che, a seguito della pubblicazione del Provvedimento dell’Autorità, “non permane più l’illecito concorrenziale rilevato nel 2005”, poiché la successiva diffusione da parte dell’ABI di un modello emendato delle clausole censurate avrebbe determinato “il venir meno della lesione al mercato in precedenza rilevata”¹¹. Per i contratti successivi al 2005, dunque, “in assenza di un provvedimento di natura sanzionatoria emesso dall’Autorità”, non è sufficiente verificare la diffusione delle clausole censurate, ma occorre “provare un illecito accordo di natura negoziale fra due o più operatori del medesimo settore di mercato o una pratica concordata o, quantomeno, una condotta emulativa di una prassi negoziale altrui, finalizzata a compromettere la concorrenzialità del mercato”. Va dimostrata la sussistenza di una nuova intesa anticoncorrenziale, in tutti i suoi elementi costitutivi. Non, quindi, la mera perdurante standardizzazione delle clausole vietate, ma anche quel plus factor soggettivo che dovrebbe connotare il parallelismo delle condotte affinché possa dirsi integrata la fattispecie vietata: “tale intento lesivo appare necessario, se non si vuole correre il rischio di escludere l’ingresso sul mercato di nuovi operatori, che rischierebbero di vedersi precluso il ricorso a determinate condizioni contrattuali vantaggiose, per il solo fatto che siano già state adottate da concorrenti già presenti sul mercato”. La conclusione è tranchant: il fideiussore “è gravato dell’onere della prova circa l’esistenza di una nuova intesa anticoncorrenziale, evocando una pronuncia di public enforcement, costituente indefettibile presupposto della richiesta di nullità di una fideiussione stipulata successivamente al 2005”¹².

della stipulazione della fideiussione contestata (e ciò tanto più la stipulazione della fideiussione si allontani nel tempo rispetto all’anno 2005, potendosi viceversa presumere che in prossimità di quell’anno i modelli contrattuali fossero ancora frutto della intesa sanzionata, ma successivamente sempre in misura minore o nulla), né che l’utilizzo di tali clausole sia l’effetto di quella specifica intesa accertata da Banca d’Italia all’epoca piuttosto che espressione della convenienza dell’utilizzo di clausole di analogo tenore – di per sé non contrario a norme imperative – per la parte predisponente le condizioni generali di contratto”, così Arbitro Bancario Finanziario, sez. coll. coord., decisione 29 dicembre 2022, n. 16511.

⁹ Numero, peraltro, da taluni ritenuto esiguo e non sufficientemente rappresentativo (v. S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, cit.), benché l’accertamento della Banca d’Italia sia stato compiuto su un campione di sette banche.

¹⁰ Cf. Trib. Milano, Ordinanza 20 maggio 2021 ha ordinato ad otto istituti di credito di diverso dimensionamento di esibire i modelli standard di fideiussione omnibus utilizzati nell’arco temporale oggetto di controversia; Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, con ordinanza del 21 febbraio 2023 ha rivolto l’ordine a 10 banche. Si legge, invece, in Corte App. L’Aquila, 3 settembre 2024, n. 1089: il garante ha “allegato ben n. 267 contratti fideiussori [...], documentando ampiamente l’applicazione diffusa e generalizzata da parte delle banche sul territorio nazionale degli schemi fideiussori, sia omnibus che specifici, conformi allo schema ABI ritenuti lesivi della concorrenza anche successivamente al provvedimento della Banca d’Italia del 2005”.

¹¹ Trib. Napoli, 17 ottobre 2023 n. 9489; Trib. Milano, 29 settembre 2023, n. 7433; Trib. Milano, 20 marzo 2025.

¹² Trib. Napoli, 17 ottobre 2023 n. 9489; Trib. Milano, 29 settembre 2023, n. 7433. In tal senso, anche P. CARRIERE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, consultabile in dirittobancario.it: “deve allora ritenersi come solo una nuova istruttoria della Autorità Garante (eventualmente sollecitata dall’attore)



La Suprema Corte, intervenuta di recente, ha sfiorato appena il problema, affermando che, ai fini della nullità, indubbiamente rileva anche il momento del rilascio della fideiussione, *“che deve essere stata stipulata entro l’ambito temporale al quale può essere riferito l’accertamento della Banca d’Italia, evidente essendo che detto accertamento, operato nel 2005, non può affatto consentire di reputare esistente, e cioè persistente, in epoca successiva il pregresso accordo anticoncorrenziale”*. Se il contratto è successivo all’Accertamento, si conclude, spetta al fideiussore dimostrare che *“alla data di stipula della fideiussione, ancora persisteva una intesa anticoncorrenziale [...] e che le sue fideiussioni omnibus fossero effetto proprio di detta persistenza”*, [...] *non certo in base al menzionato provvedimento precedente della Banca d’Italia, bensì offrendone altra e specifica prova*¹³. Qualche spunto di riflessione può forse trarsi dal riferimento operato dalla Corte alla prova della *“persistenza”* dell’intesa.

3. La questione presenta delle innegabili criticità e, come spesso accade in punto di oneri probatori, per non rischiare di perdersi nel groviglio, occorre muovere dall’esame della fattispecie sostanziale, in particolare dalle nozioni di intesa vietata e di *“collegamento funzionale”* come ricostruiti dalle SU.

Secondo la Corte, la violazione della normativa antitrust è, riscontrabile in ogni caso in cui tra intesa *“a monte”* e contratto *“a valle”* sussista un collegamento che faccia apparire la connessione tra i due atti *“funzionale”* a produrre un effetto anticoncorrenziale. La volontà del legislatore nazionale ed europeo è quella di sanzionare con la nullità *“un risultato economico”*, ossia *“il fatto stesso della distorsione della concorrenza”*; pertanto, può acquistare rilevanza qualsiasi forma di condotta di mercato (*“anche laddove il meccanismo di intesa rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente unilaterali”*), che realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza.

La funzionalità in parola si riscontra con evidenza *“quando il contratto a valle (nella specie, una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell’intesa a monte, dichiarata nulla dall’autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l’atto negoziale sia di per se stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca – come nel caso concreto – solo una parte del contenuto dell’atto anticoncorrenziale”*. E ciò a fortiori quando le deroghe all’archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. Non è, dunque, la deroga isolata di singole clausole del contratto di fideiussione che rileva, bensì la dimostrata serialità della riproduzione dello schema ABI che inficia la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contrattanti in violazione dell’art. 1322 c.c.

Le SU hanno dato per sottintesi i passaggi logico-argomentativi successivi, che per sommi capi possono così riassumersi: giacché, nella specie, la (accertata) standardizzazione contrattuale è

potrebbe efficacemente intervenire a verificare come tuttora esistente il presupposto indefettibile di un giudizio di illegittimità “antitrust”; una perdurante “intesa” intercorrente tra le banche. E solo così, peraltro, potrebbe interrompersi quella che, altrimenti, rischia di risultare la contraria presunzione di una ininterrotta vigenza dell’intesa verificata nel lontano 2005, in cui potrebbe facilmente adagiarsi la giurisprudenza, magari a seguito della sola, forse scontata, verifica fattuale circa il mero utilizzo tuttora diffuso di quelle clausole sul mercato”.

¹³ Cass. civ., 1° aprile 2025, n. 8669; 15 febbraio 2025, n. 3887; 1° febbraio 2025, n. 2432; 17 gennaio 2025, n. 1170



risultata incompatibile con la normativa antitrust, in quanto preclusiva della diversificazione del prodotto offerto, una volta dimostrata la rispondenza delle clausole impugnate con quelle vietate (e, si anticipa, la conclusione del contratto nel periodo oggetto di istruttoria), la sussistenza del “collegamento funzionale” tra contratto “a valle” e intesa vietata “a monte” può presumersi; può presumersi, cioè, che la pedissequa riproduzione nel contratto di quelle clausole costituisca attuazione dell’intesa, ossia che dette clausole siano state imposte al contraente finale sulla scorta della condotta anticoncorrenziale, derivando dalla standardizzazione dell’offerta l’insussistenza di alternative nel mercato falsato dall’intesa e, dunque, l’assenza di un potere di trattativa in capo al cliente, con onere in capo alla banca di fornire la prova contraria dell’avvenuta, individuale negoziazione¹⁴.

Ricostruito in questi termini, il ragionamento (presuntivo) sembrerebbe poggiare sul positivo accertamento di due circostanze: da un lato, la coincidenza delle clausole impugnate con quelle vietate e, dall’altro lato, l’uniforme adozione di dette clausole nei modelli di contratto “*rimvenibili sul mercato*” nel periodo in cui la specifica fideiussione è stata stipulata (già accertata dall’Autorità limitatamente al periodo di istruttoria). Siffatte conclusioni potrebbero, quindi, applicarsi de plano alle sole fideiussioni rilasciate nel periodo oggetto di istruttoria (o in sua prossimità, in “*una fase immediatamente successiva*”¹⁵), semplicemente perché le verifiche dell’Autorità si sono arrestate al 2005.

Di per sé, tuttavia, ciò non significa che per il periodo successivo la sussistenza di tali circostanze non possa essere altrimenti dimostrata (seppur con indubbie difficoltà) da parte del singolo in sede civile; per il solo fatto che l’accertamento si è concluso, non può cioè presumersi che l’intesa sia cessata e che i suoi effetti si siano automaticamente dissolti a far data dalla pubblicazione del Provvedimento. Come osservato, l’illecito anticoncorrenziale innesca, infatti, una dinamica di propagazione a raggiera, sicché i suoi effetti possono protrarsi anche a lungo nel tempo, apprezzandosi sovente una quota di resistenza delle distorsioni rispetto all’accertamento e financo a condotte attive dirette a neutralizzarle¹⁶. Non convince, allora, l’affermazione secondo cui il Provvedimento dell’Autorità, una volta pubblicato, avrebbe tout court determinato il venir meno dell’intesa vietata: in una prospettiva sostanzialistica, qual è quella del diritto antitrust, non è determinante l’efficacia giuridica della

¹⁴ Come si è già avuto occasione di osservare, spetterebbe alla banca provare che, nell’ambito del singolo contratto impugnato, le clausole non sono state imposte al cliente, ma sono state oggetto di individuale trattativa. Alla medesima conclusione si giunge, allora, anche per altra via. Onerare il fideiussore della prova del fatto della mancata negoziazione significherebbe porre a suo carico l’onere, particolarmente gravoso, di provare un fatto negativo. Più nel dettaglio, se si qualifica la mancata negoziazione alla stregua di proposizione negativa definita, l’unico fatto positivo contrario dimostrabile parrebbe essere proprio essere il fatto positivo della «imposizione delle clausole» da parte della banca (quanto dire, nei panni del garante: «non vi è stata trattativa poiché le clausole mi sono state imposte»; ma chiarito questo si torna al punto di partenza: come dimostrare l’avvenuta imposizione? Si dovrebbe provare, per l’appunto, la mancata trattativa; e il circolo è vizioso). Il dato della «mancata trattativa individuale» pare allora da qualificare alla stregua di una proposizione negativa indefinita, dovendosi concludere nel senso che esso è dimostrabile, per l’appunto, solo attraverso presunzioni che consentano di desumere con sufficiente certezza che il fatto non è avvenuto.

¹⁵ Trib. Pavia, 20 gennaio 2025, n. 79.

¹⁶ E. CAMILLERI, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, cit.



deliberazione associativa, bensì la sua pratica idoneità ad orientare i comportamenti delle imprese associate. Da questo punto di vista, anche a distanza di anni una delibera revocata può continuare ad avere una pratica efficacia di orientamento delle condotte¹⁷. Il suo protrarsi deve, però, essere dimostrato (anche in via indiziaria), non potendo a tal fine soccorrere la “prova privilegiata” di cui all’accertamento.

Sembra muovere da tali considerazioni l’orientamento giurisprudenziale (allo stato, prevalente) secondo cui, per i contratti successivi al 2005, spetterebbe al fideiussore dimostrare la perdurante esistenza dell’intesa o “persistenza” dell’intesa, mediante la “*prova della diffusione del modello seriale del testo fideiussorio adottato*”¹⁸ al tempo del rilascio della specifica garanzia dedotta. Sebbene in talune delle sentenze che aderiscono a detto orientamento si legga che i giudizi in questione (aventi ad oggetto garanzie rilasciate dopo il 2005) vadano qualificati come stand alone¹⁹, a ben vedere, la lettura proposta si discosta dal paradigma “puro” delle azioni stand alone, poiché valorizza la circostanza che un accertamento di intesa illecita – seppur riferito ad un diverso periodo – è già stato compiuto. L’intesa del cui protrarsi si dibatte è pur sempre quella accertata nel 2005 e la verifica da compiere è circoscritta alla persistenza del parallelismo delle condotte, ossia alla sola circostanza fattuale della reiterata riproduzione uniforme delle clausole vietate nei modelli utilizzati nel periodo oggetto di controversia. Nel riferimento operato dalle recenti pronunce di legittimità alla prova specifica della “*persistenza*” dell’intesa potrebbe forse leggersi un’adesione a detto indirizzo da parte della Suprema Corte.

4. Anche a tale orientamento, tuttavia, viene mossa un’obiezione. Secondo taluni, infatti, considerato il lasso di tempo trascorso dall’accertamento, la sussistenza del “nesso funzionale” tra fideiussione “a valle” e intesa ABI “a monte” non può più presumersi secondo un criterio di normalità/verosimiglianza, “*dovendosi anzi ritenere che da quel momento, memori e consapevoli delle pesanti ricadute seguite alla precedente istruttoria, le banche si siano accuratamente astenute dal procedere ulteriormente a qualunque attività di coordinamento del loro comportamento sul mercato – ivi compreso quello relativo alla scelta della contrattualistica da adottare nei rapporti con la clientela – affidandolo solo ad autonome e indipendenti valutazioni*”²⁰. L’utilizzo uniforme delle clausole vietate, quand’anche dimostrato, potrebbe semmai essere costituire il frutto di una nuova intesa, i.e. una pratica concordata autonoma e successiva rispetto allo schema sanzionato; ma ciò dovrebbe essere dimostrato *ex novo* da parte del fideiussore nell’ambito di un giudizio stand alone, nel quale l’accertamento del 2005 sarebbe *tamquam non esset*. Oltre a provare l’uniformità dell’adozione delle clausole vietate, il fideiussore dovrebbe allora dimostrare anche la sussistenza di quel plus factor di carattere soggettivo (generalmente individuato nello scambio di informazioni strategiche²¹)

¹⁷ M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, cit.

¹⁸ Corte App. L’Aquila, 3 settembre 2024, n.1089.

¹⁹ Corte App. L’Aquila, 3 settembre 2024, n.1089; Trib. Milano, 4 gennaio 2024, n. 82.

²⁰ P. CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, cit.

²¹ Così M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, cit., il quale tuttavia evidenzia come si tratti “*di opinioni minoritarie, per le quali, come è stato suggerito, la materia delle fideiussioni bancarie potrebbe divenire una palestra privilegiata di verifica*”



che, secondo la dottrina maggioritaria, dovrebbe connotare il comportamento delle imprese affinché la fattispecie “pratica concordata” possa ritenersi integrata in tutti i suoi elementi costitutivi.

Nella consapevolezza che una siffatta conclusione renderebbe il rimedio in sede civile inattuabile²², alcuni autori hanno richiamato le diverse opinioni che, nella dottrina antitrust, ammettono la prova della pratica concordata per presunzioni semplici, anche in mancanza di prova di plus factor che vadano oltre la pura obiettività di comportamenti paralleli: “*un fatto noto, qual è l'utilizzo delle stesse condizioni generali, consentirebbe di dedurre un fatto ignoto, e cioè che, pur senza un accordo esplicito, le banche incriminate hanno inteso instaurare una collaborazione reciproca al fine di sottrarsi ai rischi della concorrenza*”²³. Se si pensa che a mente dell'art. 2 “sono considerate intese” sia gli accordi che le pratiche concordate, è agevole non circoscrivere l'intesa alla pura conspiracy, e identificarla anche in una pluralità di singoli contratti stipulati da imprese diverse, “*senza che ricorra necessariamente un previo concerto in una qualche stanza dei bottoni, ma purché i rapporti polverizzati siano accomunati dall'alterazione consistente del mercato che si determina attraverso la loro instaurazione*”²⁴. A distinguere il parallelismo lecito da quello illecito sarebbe la presenza di un effetto restrittivo della concorrenza, e non la prova della concertazione (così da non lasciare impunita la sempre più frequente tendenza alla collusione tacita²⁵).

Si tratta di una via di fuga alternativa che, facendo leva sulla nozione di “*intesa anticoncorrenziale, dinamica o di fatto accreditata dalle SU*”²⁶, consentirebbe di superare l'idea di un'efficacia *sine die* dell'accertamento del 2005, evitando però al contempo lo sconfinamento in una *probatio diabolica* per il fideiussore (il quale, in definitiva, anche alla stregua di tale ricostruzione, sarebbe chiamato a provare la sola circostanza fattuale del protrarsi delle condotte parallele).

5. Per l'una o per l'altra via, appare evidente come tali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali tentino di temperare il gravoso onere probatorio incombente al singolo nel caso in cui la fideiussione sia stata rilasciata successivamente al 2005. Ma la coperta è corta e deve riconoscersi che nessuna delle varie opzioni percorribili (neppure la tesi che propone di battere il sentiero della vessatorietà delle clausole incriminate limitatamente alle fideiussioni omnibus b2c²⁷) vada del tutto esente da critiche. Spetterà, dunque, alle Sezioni Unite l'arduo compito di

²² L'orientamento giurisprudenziale che aderisce a tale impostazione conclude ammettendo candidamente l'impossibilità della prova ed evocando il necessario intervento dell'Autorità Antitrust, quale “*indefettibile presupposto della richiesta di nullità di una fideiussione stipulata successivamente al 2005*” (v. Trib. Napoli, 17 ottobre 2023 n. 9489; Trib. Milano, 29 settembre 2023, n. 7433).

²³ S. PAGLIANTINI, *Cronaca di una morte annunciata: la nullità parziale derivata delle fideiussioni a valle*, in *Foro it.*; S. PAGLIANTINI, D. SANTARPIA, *Fideiussioni omnibus, contratti a valle e nullità parziale: historia sulla resistibile ascesa di una chimera*, in *Foro it.*; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

²⁴ R. PARDOLES, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, 469;

²⁵ D. RUSSO, *Fideiussioni omnibus, collegamento funzionale e nullità derivata*, in *Ordines*, 2024, n. 2.

²⁶ S. PAGLIANTINI, D. SANTARPIA, *Fideiussioni omnibus, contratti a valle e nullità parziale: historia sulla resistibile ascesa di una chimera*, cit.

²⁷ S. PAGLIANTINI, *Cronaca di una morte annunciata: la nullità parziale derivata delle fideiussioni a valle*, cit.; S. PAGLIANTINI, D. SANTARPIA, *Fideiussioni omnibus, contratti a valle e nullità parziale: historia sulla resistibile ascesa di una chimera*, cit.



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**

comporre il contrasto, individuando una soluzione che, se si guarda all'effettività della tutela, non potrà non tener conto dell'asimmetria informativa che connota tali contenziosi, pena il rischio di vanificare, sotto la scure dell'art. 2697 c.c., il rimedio faticosamente riconosciuto.