

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il garante consumatore nell'evoluzione giurisprudenziale

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tutela del consumatore e fideiussione – 3. L'orientamento della Corte di Giustizia UE. – 4. (segue) Sua evoluzione; 5. (segue) L'attuale assetto dei rapporti; 6. La giurisprudenza domestica; 7. L'Arbitro Bancario Finanziario. – 8- La dottrina. – 9. Fideiussione *omnibus* e tutela del consumatore. – 10. Contratto autonomo di garanzia. – 11. Conclusioni.

1. Introduzione

L'interesse allo svolgimento di funzioni di garanzia da parte del consumatore risiede principalmente nell'analisi evolutiva della figura soggettiva in parola nell'ambito di istituti specifici che hanno da vicino interessato l'intervento della giurisprudenza europea, di quella domestica (di legittimità come di merito), dell'Arbitro Bancario Finanziario nonché dello stesso legislatore.

Come si proverà ad argomentare, il motore del mutamento di prospettiva (e dei limiti alla tradizionale qualificazione della “parte debole” del rapporto) consiste principalmente nella creazione di un mercato unico, o meglio di tanti mercati unici per singoli comparti o segmenti del mondo economico (beni, servizi, credito, assicurazioni etc.) attraverso armonizzazione delle discipline privatistiche riguardanti tanto i protagonisti dell'attività produttiva quanto le singole operazioni negoziali nelle quali venga in gioco la figura del consumatore finale di prodotti o servizi attraverso tecniche giuridiche prevalentemente basate sulla trasparenza informativa (volta alla rimozione delle asimmetrie informative) in grado di determinare un processo di formazione della volontà teso a scelte consapevoli tanto nell'atto di acquisto quanto in quello di concessione della garanzia, ovvero di protezione da condotte scorrette o illecite.

Vale solo al riguardo appena ricordare come quella di consumatore sia nozione sociologica, certo non giuridica, essendo questa categoria di soggetti non unitaria perché rappresentata da varie tipologie di soggetti (consumatori ricchi e consumatori poveri; consumatori colti e

consumatori ignoranti; consumatori di beni di prima necessità e consumatori di beni di lusso, etc). Ragione per cui l'ipotetica contrapposizione tra contratti civili dei consumatori e contratti commerciali dei non consumatori, se intesa come bipartizione esaustiva non è affatto idonea a formalizzare concettualmente la realtà normativa.

L'obiettivo è quello di offrire una analisi delle principali problematiche che attengono alla qualifica soggettiva del consumatore nell'ambito delle garanzie personali, dei motivi che hanno generato la nascita di tali incertezze per poi passare alla ulteriore problematica relativa alla tutela del consumatore che ha, invece, trovato spazio in una disciplina di settore.

Nelle pagine che seguono si inizia con l'esaminare brevemente il contratto di fideiussione per evidenziarne i caratteri essenziali al fine di identificare i nessi tra tale figura negoziale e la tutela del consumatore; è essenziale premettere, sotto l'indicato versante, l'importanza della l. 526 del 1999, nella parte in cui, avendo eliminato il riferimento alla cessione di beni e alla prestazione di servizi di cui all'art. 1469-*bis*, ha indirettamente consentito la rimozione degli ostacoli alla estensione delle norme del codice del consumo alla fideiussione. Problema questo sul piano positivo non di poco conto, considerato – per un verso - che la disciplina a tutela del consumatore si caratterizza per essere particolarmente favorevole nei riguardi di un soggetto per definizione qualificato “debole” e – per altro verso- che la estensione appare astrattamente idonea a minare alla radice un profilo tipologico strutturale del contratto di fideiussione: quello relativo all'accessorietà della obbligazione principale.

2. Tutela del consumatore e fideiussione.

Per l'art. 1936 c.c. «è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui».

Dal punto di vista strutturale, preme subito evidenziare l'autonomia dell'accordo in parola in quanto causalmente indipendente dal contratto principale sottostante (nella fideiussione si fa infatti diretto riferimento

alla causa di garanzia¹) stipulato fra creditore e debitore principale; par altro verso, rileva il rapporto di accessorietà di quella rispetto a questo, essendo la fideiussione funzionalmente connessa al rapporto principale in quanto l'oggetto della prestazione del garante appare identica a quella richiesta al debitore principale².

Ancora, dal punto di vista morfologico, come anche la norma chiarisce, la fideiussione è un accordo intercorrente esclusivamente fra creditore (beneficiario della prestazione di garanzia) e fideiussore, restando del tutto escluso ed estraneo a tale pattuizione il debitore. Pertanto, partendo da tale premessa può affermarsi che il fideiussore è solidalmente responsabile con il debitore principale per l'adempimento della prestazione³. Si può quindi affermare che la fideiussione, almeno in astratto, è un contratto al quale – ricorrendone i presupposti - può estendersi la disciplina in materia di tutela del consumatore.

Occorre tuttavia esplicitare brevemente in cosa consista la tutela del consumatore nell'ambito di questa figura negoziale.

Non è inutile ricordare che la disciplina dettata a favore del consumatore prende le mosse da interventi comunitari tesi a regolare il rapporto negoziale tra professionista e contraente debole nelle diverse fasi in cui esso si può scomporre: dal momento della trattativa e della formazione del consenso fino alla conclusione del contratto e alla sua esecuzione.

La necessità di determinare una disciplina specifica sulla problematica in parola nasce, in sede comunitaria, intorno alla metà degli anni '70 con una serie di progetti di direttiva aventi la finalità di

¹ Si rileva, a tale proposito, che la fideiussione presenta una causa tipica, fissa ed uniforme e, per questo, differente rispetto a quella che sorregge l'obbligazione principale che appare, diversamente, variabile a seconda del contratto realizzato fra le parti. In questo senso si veda G. BOZZI, *La fideiussione*, Milano, 2013, 16.

² Sulla definizione del contratto di fideiussione si vedano *ex multis*, G. BOZZI, *op. cit.*, 3; R. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino 1992, 254; R. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957; M. FRAGALI, voce «Fideiussione (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968; C. FALQUI MASSIDA, voce «Fideiussione», in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, 318 ss; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010; G. CASSANO, *I singoli contratti*, Padova, 2010.

³ In questo senso, si veda R. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, VII, Torino, 1992, 91 che qualifica la funzione del garante nella fideiussione «nell'allargamento della base soggettiva passiva di fronte al creditore».

superare le asimmetrie informative tra le parti contrattuali (tutela autonoma) e/o di introdurre limitazioni alla libertà negoziale delle imprese nella imposizione di modelli contrattuali ai loro clienti (tutela eteronoma).

Prima degli iniziali interventi legislativi, il codice civile presentava una sola formale (e insufficiente) tutela nei confronti del contraente debole, attraverso le disposizioni di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.⁴. Tali norme non fanno alcuna menzione né alcun riferimento al possesso di un particolare *status* dei contraenti⁵. Le richiamate norme, disponendo l'esigenza di approvazione specifica per iscritto delle clausole “vessatorie”, risultavano insufficienti in quanto si limitavano ad imporre un requisito di forma che il contraente “forte” poteva facilmente eludere, per un verso; inidonee, per altro verso, a tutelare l'aderente in mercati scarsamente competitivi, dove manca per il consumatore la concreta possibilità di scegliere tra una pluralità di beni e servizi. Si fa, in particolare, riferimento alla tutela in ordine ai c.d. contratti di mercato per la vendita dei beni e l'erogazione dei servizi, rinvenibile nelle norme sui contratti *standard* (condizioni generali di

⁴ L'art. 1341 c.c. dispone che “*le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*”. Al primo comma è quindi chiaro il limite del vincolo contrattuale entro il quale l'aderente può trovarsi. Al secondo comma la norma prosegue “*In ogni caso, non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*”. Qui il legislatore ha voluto fornire all'aderente una tutela ulteriore in presenza di quelle clausole “onerose”: in questo caso occorre l'approvazione per iscritto. Da ultimo, l'art. 1342 c.c. introduce una ulteriore regola a tutela dell'aderente che riguarda i contratti conclusi mediante moduli o formulari. Infatti “*Le clausole aggiunte al modulo o al formulario, prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse*”. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 855.

⁵ A tale proposito, cfr. L. DELLI PRISCOLI, “*Consumatore*”, “*imprenditore debole*” e *principio di uguaglianza*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 749 e ss. il quale, infatti, precisa che tale disciplina, proprio perché (ai fini della sua applicabilità) prescinde da specifiche qualifiche soggettive dei contraenti, si applica anche ai rapporti tra imprenditori e non solo a quelli tra imprenditori e consumatori.

contratto); dal fenomeno della standardizzazione deriva quello di predisposizione unilaterale delle condizioni generali e dell'adesione (in questo caso il testo del contratto non è soggetto a trattativa fra le parti ma viene direttamente presentato al cliente)⁶.

L'iniziativa legislativa è perciò volta, per un verso, alla protezione del soggetto più debole (e quindi, di norma, meno informato rispetto all'impresa) nella stipula di accordi sintomatici di un eccessivo squilibrio tra le parti; per altro verso a realizzare condizioni di mercato idonee a garantire (per il tramite del c.d. *level playing field*, livellamento del terreno di gioco) la rimozione delle asimmetrie informative e la conseguente crescita della domanda di beni di consumo.

Le ragioni di carattere economico della tutela in esame risiedono, quindi, nel perseguire una serie di risultati tra cui la realizzazione di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza, dove l'attività d'impresa garantisce corrette strategie di *marketing* e dove non rileva più solo la singola vicenda contrattuale⁷.

Mette conto avvertire che i doveri di informazione rappresentano la tecnica giuridica di protezione meno incoerente con i principi di libertà contrattuale, non potendosi revocare in dubbio che «riequilibrare il flusso informativo tra le parti del contratto sia fare cosa utile e consona alla stessa libertà contrattuale, ove questa si intenda non quale libertà astratta e naturalisticamente concepita, ma quale libertà market – oriented»⁸, mentre le norme di riequilibrio eteronomo del rapporto (o norme c.d. "paternalistiche") hanno quale loro costante caratteristica (in quanto riducono o limitano la libertà negoziale) il tratto anti concorrenziale.

In diversi Paesi comunitari, nel periodo in parola, si erano affermate divaricate discipline sulla tutela del consumatore, tali da determinare una disparità di trattamento tra gli Stati membri in ordine a quella che

⁶ Sul punto si veda l'approfondita analisi in tema di protezione dei contraenti deboli, V. ROPPO, *op.cit.*, 849 e ss; cfr. anche *I diritti dei consumatori* (a cura di) G. ALPA, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2009, 123 e ss.

⁷ Sul punto, si veda F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Shlesinger*, Milano, 2004, 2346, 2348; nello stesso senso, G. CHINÈ, *Uso e abuso della nozione di consumatore nel Codice del consumo*, in *Corriere del merito*, 2006, 4 e ss.

⁸ Sul tema si veda A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *I contratti in generale, Giur. sist. Dir. e comm.*, (a cura di) Alpa e Bessone, Torino, 1999, 31.

doveva essere la tutela del contraente debole; dette difformità finivano quindi per comportare diverse tutele tra consumatori nell'ambito del mercato unico europeo, incompatibili con gli obiettivi di uniformità a esso sottesi.

Per queste e altre ragioni, tanto di carattere sociale ed economico quanto di uniformità normativa, il legislatore comunitario interveniva con l'emanazione della direttiva 93/13 CEE, concernente, nel caso di specie, le clausole “abusive” contenute nei contratti dei consumatori⁹.

In Italia, l'adozione di tale disciplina si verificava solo nel 1996, dopo un lungo *iter* parlamentare.

Veniva pertanto integrato il codice civile con l'introduzione degli artt. dal 1496 - *bis* al *sexies* all'interno dei quali era inserita la specifica disciplina sulle clausole vessatorie¹⁰.

In tale momento storico rileva l'inserimento del termine “consumatore” poiché il codice civile costituisce l'insieme organico di disposizioni che regolano i rapporti fra uguali e, allo stesso tempo, rappresenta il simbolo della tradizione giuridica italiana¹¹.

Successivamente, nel 2005 le predette norme cambiano collocazione per essere uniformemente inserite nel codice del consumo, introdotto con la l. 206 del 2005¹².

⁹ È opportuno segnalare, altresì, un gruppo di direttive emanate a partire dagli anni '80 riguardanti la tutela del consumatore in relazione a specifiche figure contrattuali. In particolare, in ordine cronologico: la direttiva 85/57/CEE sui contratti negoziati fuori i locali commerciali; la direttiva 87/102/CEE in materia di credito al consumo; la direttiva 90/314/CEE sul contratto di viaggio; la direttiva 94/47/CEE sul contratto di “multiproprietà”; la direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza; la direttiva 98/27/CE sui provvedimenti inibitori a tutela dei interessi dei consumatori, recentemente sostituita dalla direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori. Tutte le menzionate discipline sono attualmente raccolte all'interno del Codice del consumo.

¹⁰ La disciplina richiamata viene inserita nel codice civile grazie alla l. n. 52 del 6 febbraio 1996.

¹¹ Con l'inserimento del termine “consumatore” il codice civile italiano si affianca ad altri codici che già menzionano il consumatore come il BGB tedesco o il *Code Civil* francese. A tale proposito, si veda G. ALPA, *Il codice del consumo, il Commento*, in *Contratti*, 11, 2005, 1017.

¹² La struttura del codice del consumo si articola in sei parti. Nella Parte I (artt. 1-3) assumono rilevanza le disposizioni generali e, in particolare, le definizioni di consumatore e professionista; nella Parte II (artt. 4-32) si trovano le disposizioni in materia di obblighi informativi al fine di consentire al consumatore di effettuare scelte

L'attenzione del legislatore del codice del consumo si focalizza sulla tutela dei diritti del consumatore e, in particolare, sulla tutela alla salute, alla sicurezza, alla qualità dei prodotti e dei servizi; agli aspetti informativi nella redazione del contratto nonché a una corretta pubblicità; al rispetto degli obblighi di correttezza, trasparenza e buona fede; alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo fra consumatori e, da ultimo, alla predisposizione di servizi pubblici qualitativamente elevati.

A oggi, l'unica norma sul tema ancora in vita nel codice civile è l'art. 1469-*bis*, la quale prescrive che le norme del codice civile sul contratto in generale «si applicano anche ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore».

Esula da questo scritto soffermarsi sui diluviali interventi di giurisprudenza e dottrina che hanno cercato di dare una definizione di “consumatore” e di “professionista”. Sia, in questa sede, sufficiente segnalare che l'applicazione delle norme del codice del consumo si basa su presupposti di carattere soggettivo. In particolare, le predette norme sono applicabili nei rapporti negoziali intercorrenti tra il consumatore (colui il quale agisce per scopi estranei rispetto la propria attività professionale, art. 3 lett. a) l. 206 del 2005) e il professionista (persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale ovvero un suo intermediario, art. 3 lett. c) legge 206 del 2005).

La disciplina in materia si prefigge, quindi, di proteggere il contraente c.d. “debole” rispetto a eventuali abusi contrattuali ricavabili in particolari da clausole c.d. “vessatorie”, come definite dall'art. 33 cod. cons.¹³.

consapevoli e ponderate. Rilevanti sono, altresì, le disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette fra professionisti e consumatori (in particolare quelle ingannevoli e aggressive); nella Parte III, si segnalano le norme che regolano le singole categorie contrattuali; nella Parte IV si trovano le disposizioni in materia di sicurezza e qualità dei prodotti nonché quelle sulla vendita di beni mobili; nella Parte V trovano spazio le norme sulle azioni inibitorie promosse dalle associazioni dei consumatori; nella Parte VI trovano spazio le disposizioni finali.

¹³ La norma richiamata definisce il concetto di clausola vessatoria nei seguenti termini: *“Nel contratto concluso tra consumatore e professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal*

È possibile applicare tale disciplina ai contratti di garanzia personale come la fideiussione?

Nel recente passato era senz'altro prevalente l'opinione della totale inapplicabilità delle norme in parola al contratto di fideiussione.

Originariamente, infatti, l'art. 1469-*bis* c.c. prevedeva la tutela nei confronti del consumatore per quei contratti stipulati con il professionista che avevano «per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi»; a fronte di tale previsione, si tendeva quindi ad escludere che la fideiussione potesse rientrare all'interno della disciplina del 1469-*bis* non venendo, nel caso di specie, prestato alcun servizio né alcuna cessione di beni di consumo¹⁴.

contratto”. La norma prosegue illustrando in maniera esaustiva quali sono le clausole vessatorie che si presumono tali fino a prova contraria (e che appartengono alla c.d. “lista grigia); ad esse, si contrappongono le clausole irrimediabilmente vessatorie (appartenenti alla c.d. “lista nera”) senza possibilità di prova contraria (art. 36, comma 2, cod. cons.).

¹⁴ Secondo quanto evidenziato, la fideiussione incontrava un grande limite oggettivo derivante proprio dal testo del 1469-*bis*; in realtà, non è stato del tutto escluso in qualche modo la fideiussione potesse beneficiare della tutela *ex art.* 1469-*bis* e ss. In particolare, secondo parte della dottrina si potevano comunque considerare applicabili le norme sulla tutela del consumatore anche al contratto di fideiussione in quanto il riferimento “alla cessione dei beni o prestazioni di servizi” dovrebbe comprendere qualunque operazione contrattuale ad eccezione di quelle espressamente escluse, cfr. A. BARENGHI, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, (a cura di) A. A. BARENGHI, Napoli, 1996, 24; G. CHINÈ, *I contratti di garanzia*, Aa. Vv., *Diritto privato europeo*, (a cura di) N. LIPARI, II, Padova, 1997, 900. Altra dottrina ha invece sostenuto la applicabilità della disciplina speciale anche ai contratti di garanzia accessori a contratti con consumatori, affermando che tali contratti devono essere considerati nella loro connessione con il contratto principale, che è, normalmente, un contratto di finanziamento, nel quale la banca presta un servizio. Avendo, quindi, riguardo alla complessiva operazione economica realizzata dalle parti, l'ostacolo letterale della norma potrebbe considerarsi superato. A tale proposito, cfr. L. ROVELLI, *Contratti bancari di garanzia, clausole abusive e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1997, 921, 926 ss.; U. RUFFOLO, *Le clausole “vessatorie”, “abusive”, “inique” e la ricodificazione degli artt. 1469-bis - 1469-sexies c.c.*, in *Clausole “vessatorie” e “abusive”. Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti del consumatore*, (a cura di) Ruffolo, Milano, 1997, 98 ss; M. SESTA, *I contratti bancari, in Commentario al capo XVI- bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, (a cura di) C. M. BIANCA, F. D. BUSINELLI, L. BIGLIAZZI GERI, R. BOCCHINI, M. COSTANZA, G. JUDICA, M. NUZZO, S. RIZZO, M. SESTA, G. VETTORI, in *NLCC*, 1997, 751 ss, 1102 ss.

Come prima si ricordava, il problema risulta superato a seguito della introduzione dell'art. 25, comma primo, l. 21 dicembre 1999, n. 526¹⁵ che ha di fatto eliminato il riferimento alla cessione di beni e alla prestazione di servizi di cui al 1469-*bis*.

Pertanto attualmente, almeno sul piano letterale, sembrano rimossi i più consistenti ostacoli alla estensione delle norme del codice del consumo alla fideiussione.

Quello che rileva è perciò stabilire, sul piano soggettivo, se il fideiussore possa essere considerato “consumatore” nonostante appaia “terzo” nel rapporto principale.

3. *L'orientamento della Corte di Giustizia UE*

La questione non sorge soltanto nella giurisprudenza e nella dottrina italiane ma può essere ricavata anche (e soprattutto) da alcune decisioni della Corte di Giustizia UE che, a tale proposito, ha cercato di fornire risposte.

Prima fra tutte la sentenza del 17 marzo 1988, n. 45/96¹⁶ a proposito della direttiva del 20 dicembre 1985, n. 85/577/CEE in materia di contratti del consumatore conclusi fuori dei locali commerciali¹⁷.

¹⁵ In particolare, la novella richiamata fa riferimento alle “*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*”.

¹⁶ La sentenza viene emessa in seguito ad una richiesta di interpretazione pregiudiziale, ex art. 177 Trattato CEE, promossa dai giudici tedeschi del *Bundesgerichtshof*.

La medesima sentenza è stata commentata con osservazioni parzialmente critiche da E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori di locali commerciali*, in *Contratti*, 1999, 738; M. GRANIERO, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Corriere Giur.*, 1998, 769; A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori i locali commerciali e accessoria della fideiussione*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1999, 132. Sul commento alla sentenza citata si veda, inoltre, Corte Giust. UE 46/96 con nota di A. PALMIERI, in *Foro It.*, VI, 1998, 129 e ss; M. SESTA, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela del consumatore*, in *Danno e responsabilità*, 4, 1998, 330 e ss.

¹⁷ La direttiva richiamata disciplina l'ampia materia dei contratti negoziati fuori i locali commerciali, varata dal Consiglio nel 20 dicembre del 1985 al fine di tutelare il contraente debole nelle contrattazioni con il professionista al di fuori degli usuali locali nei quali avviene normalmente lo scambio di beni o di servizi (si veda, art. 1 della direttiva: “*La presente direttiva si applica ai contratti stipulati fra un*

Nella specie, i giudici della Corte europea si sono dovuti pronunciare sulla applicabilità delle norme a tutela del consumatore nei confronti di un soggetto garante (*Dietzinger*) che aveva prestato fideiussione per debiti assunti dal padre, imprenditore edile, nell'esercizio della sua attività commerciale.

Questi concludeva un contratto di apertura di credito in conto corrente con un dipendente della banca finanziatrice che, previo accordo telefonico con la moglie del debitore, si recava presso di loro. Con dichiarazione scritta, il *Dietzinger* prestava fideiussione in solido con i suoi genitori per gli obblighi da costoro contratti nei confronti della banca.

Revocati successivamente tutti i crediti accordati al beneficiario, la banca conveniva in giudizio il fideiussore che si rifiutava di versare l'importo garantito. Il garante contestava, in particolare, l'efficacia della garanzia, non essendo stato informato del diritto di poter esercitare il recesso di pentimento, come la direttiva prescrive in materia di contatti conclusi fuori dai locali commerciali¹⁸.

Nel silenzio della direttiva n. 85/577 (che nulla dice sulla sua eventuale applicabilità ai contratti di garanzia), la Corte rigettava le eccezioni del fideiussore, sostenendo che le norme relative alla direttiva 86/577 non possono essere applicate al garante che presta fideiussione a un debitore che non rivesta la qualità di consumatore poiché agisce nell'abito della propria attività professionale o imprenditoriale¹⁹.

commerciante che fornisce beni e servizi e un consumatore (...)). In particolare, da un lato, la direttiva in parola prescrive a beneficio del consumatore la possibilità di esercitare il diritto (irrinunciabile) di recesso unilaterale (c.d. *ius poenitendi*, di cui all'art. 9, primo comma, della direttiva) nel termine di sette giorni da qualsiasi contratto o proposta contrattuale; dall'altro, di pretendere dal professionista il rispetto degli obblighi informativi in ordine al contratto stesso (artt. 5 e 6 della direttiva richiamata) poiché qualora il professionista ometta di informare il consumatore o lo faccia in maniera errata, è data al consumatore la possibilità di recedere dal contratto nel termine di sessanta giorni. Attualmente la direttiva 85/577 si trova all'interno del codice del consumo (d.lgs 206/2005) ed è stata sottoposta ad alcune modifiche fino alla emanazione del d.lgs n. 21 del 21 febbraio 2014. Sulle caratteristiche della direttiva 85/577 si veda V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 26 ss.

¹⁸ Il fideiussore invocava le norme tedesche in materia di recesso che adottano la direttiva 85/577 (*BGB*, I, 122, legge sul recesso dei contratti a domicilio e dei contratti analoghi *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*).

¹⁹ Infatti la Corte di Giustizia (escludendo la tutela consumeristica nei confronti del fideiussore che garantisce un professionista) così argomenta la decisione adottata:

Le conclusioni della Corte riposavano principalmente su motivazioni inerenti al collegamento negoziale fra contratto di fideiussione e contratto principale.

E' opportuno, infatti, sottolineare che la Corte non affronta in nessun modo la questione che nella fideiussione beni e servizi non sono destinati al contraente, limitandosi i giudici a sostenere che la direttiva non definisce la sua sfera di applicazione in funzione della natura dei beni o dei servizi che formano oggetto del contratto (a condizione che tali beni e servizi abbiano una destinazione di consumo privato) e che pertanto la direttiva 85/577 può applicarsi anche a contratti di garanzia²⁰.

Ciò che rileva per la Corte di Giustizia è l'operazione negoziale realizzata dalle parti nel contratto principale: se il contratto è stipulato fra un consumatore e un professionista (ed è quindi un "atto di consumo"), allora anche il garante potrà ottenere una tutela analoga a quella del debitore principale, compresa la facoltà di esercitare il diritto di recesso; diversamente, se l'operazione negoziale avviene tra due professionisti, il garante (benché estraneo all'attività professionale del debitore) non potrà beneficiare della tutela in esame.

Da tale assunto discende la teoria elaborata dalla Corte (e ampiamente seguita dalle pronunce successive) del c.d. "professionista

"Tuttavia, risulta dal tenore dell'art. 1 della direttiva nonché dalla natura accessoria della fideiussione che può rientrare nella direttiva unicamente la fideiussione accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi. Inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2, primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale. 23 La questione sollevata va quindi risolta dichiarando che l'art. 2, primo trattino, della direttiva 85/577 va interpretato nel senso che un contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica, la quale non agisca nell'ambito di un'attività professionale, è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva quando esso garantisca il rimborso di un debito contratto da un'altra persona la quale agisce, per quanto la concerne, nell'ambito della propria attività professionale". La sentenza citata è stata ricavata da www.eurlex.europa.eu.

²⁰ In questo senso, si veda G. BOZZI, *op. cit.*, 852 nota n. 146; Corte di Giust. UE 46/96 con nota di A. PALMIERI, in *Foro It.*, VI, 1998, 129 e ss.; M. GRANIERO, *Natura accessoria della fideiussione*, *cit.*, 769; E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori dai locali commerciali*, *cit.*, 738.

di riflesso”²¹ (o “di rimbalzo”), secondo la quale la qualifica soggettiva del debitore attrae automaticamente quella del fideiussore ai fini della applicazione delle norme in materia consumeristica.

In altre parole (come è stato giustamente osservato), l’argomentazione della Corte poggia su una “presunzione” tale da dover considerare il garante che sottoscrive un contratto fuori dei locali commerciali come un soggetto che possiede la stessa perizia del debitore principale²².

E tuttavia, a dispetto della sua apparente granitica solidità, tale orientamento mostra ben presto prime importanti crepe.

Infatti, qualche anno dopo il caso *Dietzinger*, i giudici europei affrontano una fattispecie parzialmente analoga, adottando una soluzione completamente differente.

Si fa, in particolare, riferimento alla sentenza n. 208/98 del 23 marzo del 2000²³.

Qui la Corte ha ritenuto che la fideiussione non rientri nell’ambito nella disciplina dettata in materia di credito al consumo (regolato dalla direttiva CEE 87/102²⁴) sebbene sia il fideiussore che il beneficiario del credito possano considerarsi consumatori.

²¹ La definizione nasce da una pronuncia dell’Arbitro Bancario Finanziario che si è ampiamente pronunciato sul tema (e di cui si parlerà in seguito) con la decisione n. 4109/2013.

²² Si fa riferimento al commento alla sentenza della Corte di Giustizia 45-96 di M. GRANIERO, *Natura accessoria della fideiussione*, cit., in cui l’autore osserva che tutto il ragionamento della Corte poggia sulla presunzione sopra enunciata, per la quale sembra esclusa ogni prova contraria. Ciò induce l’autore a credere che si vada verso l’elaborazione di un concetto unitario di collegamento negoziale nei contratti dei consumatori.

²³ Corte di Giust. UE 208/98 con nota di A. PALMIERI, in *Foro It.*, IV, 2000. 201 e ss.; la medesima sentenza è stata oggetto di commento anche da parte di L. KLESTA DOSI, *Corte di Giustizia delle Comunità europee (1° gennaio 2000-30 settembre 2000)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 20195.

²⁴ La direttiva citata (successivamente sottoposta a modifiche) è stata recepita nel sistema italiano con l’inserimento delle norme sul credito al consumo nel titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali e negli artt. 40-42 cod. cons (successivamente abrogati). Il credito al consumo è un contratto “in base al quale il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria”(art. 1 della direttiva richiamata). Il contratto in esame sostanzialmente si realizza attraverso un finanziamento corrisposto da un istituto di credito al venditore di un bene “durevole” (mezzi di trasporto, apparecchi

Più in particolare, il sig. *Siepert*, al di fuori della sua attività professionale, decideva di prestare fideiussione al debitore principale che si era obbligato con l'istituto di credito *Berliner Kindl Brauerei*. A seguito dell'inadempimento del debitore principale, il garante veniva convenuto in giudizio dalla banca e successivamente condannato al pagamento dei finanziamenti erogati.

Al provvedimento di condanna il *Siepert* spiegava opposizione poiché non aveva ricevuto dall'istituto di credito alcuna informazione in ordine alla possibilità di esercitare il diritto di recesso (in base a quanto previsto dalla direttiva in materia di credito al consumo).

Con ordinanza 27 aprile 1998, il *Landgericht* di *Potsdam* sottoponeva alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

Come anticipato, questa volta la Corte ritiene non applicabile alla direttiva il contratto di fideiussione. Ciò in quanto la direttiva in parola cita espressamente gli elementi essenziali del contratto di credito, fra cui le garanzie, senza fare alcun riferimento alla fideiussione. Inoltre, sempre secondo le motivazioni della Corte, l'ambito di applicazione della direttiva alla fideiussione non si può determinare solo dal carattere accessorio di quest'ultima rispetto all'obbligazione principale.

radio televisivi, elettrodomestici, strumenti musicali, ecc) che aliena il bene stesso ad un consumatore; quest'ultimo potrà quindi pagare il bene acquistato con un rimborso a rate mensili. L'operazione economica appare quindi unica nonostante i rapporti giuridici possono essere scomposti nei seguenti termini: 1. Il finanziatore si riserva la facoltà di erogare il prestito in base al merito creditizio del richiedente; 2. La somma viene corrisposta direttamente al venditore; 3. Il finanziatore tutela il suo credito attraverso una garanzia reale; 4. La restituzione del finanziamento è a rate mensili che comprendono la quota di capitale e gli interessi ad un tasso annuo normalmente soggetto a variazione. Per una approfondita analisi del contratto di credito al consumo si veda M. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 364 e G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, Torino, 2002.

Ne deriva – per il giudicante - che, sia quando il fideiussore garantisce un consumatore che un professionista, la direttiva in materia di credito al consumo non può ritenersi applicabile²⁵.

4. (Segue) sua evoluzione

La possibilità di associare alla figura del fideiussore i caratteri del consumatore si apre, nell’ambito della giustizia europea, solo a partire dal 2015.

Se con le riferite sentenze la Corte di Giustizia UE ha sempre adottato una interpretazione restrittiva delle norme, con l’ordinanza n. 534/15 l’orientamento della giurisprudenza comunitaria sembra preludere a un consistente e importante *overruling* sulla questione.

Questa inversione di tendenza nasce dal proposito dei giudici europei di estendere la tutela del contraente debole - in quanto soggetto in stato di naturale inferiorità a livello informativo - anche al fideiussore che non agisca per scopi riguardanti la sua attività professionale.

La Corte si pone, fra gli altri, il seguente interrogativo: perché non concedere anche al garante la possibilità di ottenere la tutela consumeristica laddove, in condizioni di squilibrio conoscitivo, ha

²⁵ Si riportano brevemente i punti salienti della sentenza C-208/98: “*Ora, considerati i suoi obiettivi, limitati esclusivamente all'informazione del debitore principale sulla portata del suo impegno, e tenuto conto del fatto che la direttiva non contiene alcuna disposizione che possa offrire una protezione utile al fideiussore, che è interessato principalmente a conoscere la solvibilità del beneficiario del credito per poter valutare la probabilità di essere chiamato a rimborsare il credito stesso, si deve considerare che essa non può essere applicata a contratti di fideiussione. Inoltre, una estensione dell'ambito di applicazione della direttiva ai contratti di fideiussione non può fondarsi sul solo carattere accessorio degli stessi rispetto all'obbligazione principale di cui garantiscono l'esecuzione, poiché una simile interpretazione non trova alcun fondamento nel testo della direttiva, com'è stato affermato al punto 18 di questa sentenza, e nemmeno nella sua economia o nei suoi obiettivi. Alla luce di quanto precede si deve risolvere la questione proposta dichiarando che la direttiva deve essere interpretata nel senso che non rientra nel suo ambito di applicazione un contratto di fideiussione concluso a garanzia del rimborso di un credito quando né il fideiussore né il beneficiario del credito hanno agito nell'ambito della loro attività professionale*”. Il provvedimento citato è stato ricavato da www.eurlex.europa.eu.

prestato garanzia e, allo stesso tempo, si è esposto dal punto di vista patrimoniale²⁶?

All'interno della ordinanza in parola (c.d. ordinanza *Tarcau*) si avverte l'esigenza di fornire riposte a questi profili euristici senza lasciarsi condizionare dalle conclusioni delle pronunce precedenti che hanno utilizzato il principio di accessorietà della fideiussione come se debitore principale e fideiussore fossero due figure fungibili al punto da associare le caratteristiche soggettive del primo al secondo²⁷.

La Corte non nega il rapporto di accessorietà fra obbligazione garantita e obbligazione di garanzia ma, allo stesso tempo, decide di non avvilire la figura del fideiussore rendendolo del tutto dipendente dalle sorti del debitore principale. Al contrario, il ragionamento della Corte punta ad esaltare l'autonomia causale della garanzia personale attribuendo le qualità di consumatore al fideiussore anche laddove il debitore abbia agito per finalità afferenti alla sua attività professionale.

La vicenda questa volta nasce in Romania; in particolare, il *Tarcau*, rappresentante e socio unico della s.r.l. *SC Crisco*, chiedeva alla *Banca Comercială Intesa Sanpaolo România s.a.* un mutuo finalizzato alla sua attività professionale e, per questo, i suoi genitori prestavano due distinte fideiussioni. Le predette garanzie venivano inserite con un patto aggiunto al contratto di mutuo precedentemente stipulato fra la banca e la società.

È opportuno aggiungere che i garanti avevano anche accordato alla *Banca Comercială Intesa Sanpaolo România* una ipoteca su un immobile di loro proprietà al fine di consentire un aumento della linea di credito precedentemente concessa alla società del *Tarcau*.

Successivamente i coniugi ricorrevano al Tribunale di *Satu Mare* (agendo in qualità di consumatori) al fine di ottenere l'annullamento delle fideiussioni e della garanzia immobiliare ovvero, in via subordine, di alcune clausole da loro considerate abusive. La questione finiva innanzi alla Corte d'Appello di *Oradea* che rimetteva la causa alla Corte di Giustizia UE²⁸.

²⁶ Sul tema si veda l'analisi svolta da M. RENNA, *La tutela consumieristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, 1119 ss.

²⁷ Cfr. M. RENNA, *La tutela consumeristica*, cit., 1119 ss.

²⁸ Il Tribunale di primo grado di *Satu Mare* respingeva le istanze avanzate dai coniugi per due motivi principali: in primo luogo perché la legge rumena applica le

Come già riferito, la Corte di Giustizia decide in maniera completamente difforme rispetto alle pronunce precedenti.

In primo luogo, i giudici esaminano il problema sull'applicabilità della disciplina consumeristica al contratto di fideiussione, stabilendo che la tutela in esame può riferirsi a qualunque contratto stipulato fra un consumatore e un professionista che non sia stato oggetto di negoziato individuale fra le parti.

Quanto allo snodo più importante della questione (e cioè alla possibilità di estendere le norme sulle clausole abusive anche a un contratto di fideiussione prestatato a garanzia del debitore – professionista) secondo la Corte, data la natura dell'obbligazione fideiussoria, se il garante ha agito per scopi estranei alla propria attività professionale, non parrebbe giustificato negargli la tutela in esame anche perché il garante stesso si obbliga con un impegno assai oneroso che grava su tutto il suo patrimonio, con profili di rischio spesso difficili da misurare.

Sull'aspetto tanto discusso in ordine alla natura accessoria del contratto di fideiussione, i giudici enunciano un principio dai caratteri particolarmente innovativi che, a tutt'oggi, non sono stati integralmente accolti dalle Corti italiane²⁹.

Più in particolare (senza ovviamente negare la natura accessoria del contratto di fideiussione), osservano che per potere applicare le norme in materia di tutela del consumatore si deve far riferimento ai soggetti che stipulano il contratto di garanzia e, in relazione alla relativa qualità

norme in materia di clausole abusive solo ai contratti aventi ad oggetto la vendita di beni o la prestazione di servizi; in secondo luogo, poiché la fideiussione è contratto accessorio a quello principale, se il debitore non è consumatore neanche il fideiussore può considerarsi tale. Conseguentemente, la Corte d'Appello si rivolgeva alla Corte di Giustizia UE sottoponendo due questioni pregiudiziali, successivamente riunite in una sola dalla stessa Corte europea.

²⁹ Come si vedrà ampiamente più avanti, le corti di merito hanno, in realtà, iniziato a recepire il principio enunciato dalla ordinanza *Tarcau* così come è stato fatto dai collegi dell'Arbitro Bancario e Finanziario; diversamente si è regolata la Corte di Cassazione che appare ancora attaccata all'orientamento che tende a restringere l'ambito di applicazione delle norme sulla tutela del consumatore al fideiussore.

soggettiva, valutare l'opportunità di sottoporre le parti a una disciplina differente da quella ordinaria³⁰.

Secondo i giudici il fideiussore può beneficiare delle norme in materia consumeristica solo ove sia provato che egli abbia agito per scopi del tutto avulsi alla propria attività professionale. Diversamente, tale tutela gli sarà negata se la sua obbligazione è funzionalmente collegata a quella del debitore principale; ruolo preminente nell'esaminare la posizione del garante spetta, sempre secondo la Corte di Giustizia, al giudice nazionale che dovrà decidere caso per caso.

L'indagine del giudice di merito dovrà quindi consistere nel valutare, ad esempio, se la persona fisica ha prestato fideiussione per garantire un ente o un'altra persona fisica per scopi di natura privata ovvero se ha agito nell'ambito della sua attività strettamente collegata agli interessi del debitore principale («quali l'amministrazione di quest'ultima (società) o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale»)³¹.

Pertanto, a partire dalla pronuncia in parola, la posizione assunta dalla Corte di Giustizia, appare nettamente più incline ad aperture che consentono al garante di ottenere protezione in presenza di clausole abusive³².

³⁰ Si riporta per esteso quando affermato dalla Corte di Giustizia: «è dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito».

³¹ La citazione fa riferimento al *Considerando n. 29* della ordinanza *Tarcau*.

³² Di seguito le conclusioni e le considerazioni principali della ordinanza *Tarcau*: «Questa tutela è particolarmente importante nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore. Tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. Tale impegno comporta, per colui il quale vi acconsente, obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare. Quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce [v., nel contesto della direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31), sentenza *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18], dal punto di vista

In conclusione, il giudice europeo nell'argomentazione dell'ordinanza *Tarcau* non si sofferma sull'aspetto relativo al rapporto di accessorietà fra fideiussione e obbligazione principale ma fa (diversamente) prevalere l'aspetto relativo agli interessi che le parti manifestano al momento della stipula del contratto di garanzia; in particolare, viene posto in risalto l'aspetto oggettivo dell'interesse del garante che, ove economicamente apprezzabile, farà venir meno la qualifica di consumatore-fideiussore.

La Corte, in particolare, evidenzia l'assenza di automatismi fra il fideiussore "privato" e la conseguente qualifica di consumatore nel rapporto di garanzia. Solo in alcune definite ipotesi il garante può considerarsi consumatore: e cioè quando non esiste alla base un collegamento funzionale fra fideiussore e debitore garantito né sussiste per il garante un interesse patrimoniale al rilascio della garanzia.

delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito. A tale proposito è necessario ricordare che la nozione di «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21). Essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come «consumatore» ai sensi della suddetta direttiva (v., in tal senso, sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punti 22 e 23). Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata. 30 Alla luce di tali premesse, occorre rispondere alle questioni poste dichiarando che gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società".

Le motivazioni della Corte di Giustizia sembrano, a parere di chi scrive, convincenti per due ordini principali di ragioni.

In primo luogo, se non si facesse riferimento all'importanza del collegamento funzionale tra negozio garantito e obbligazione di garanzia ma si mettesse solo in risalto il principio di accessorietà, il garante perderebbe la possibilità di ottenere una tutela che effettivamente potrebbe spettargli in quanto persona fisica e contraente debole completamente estraneo alla fattispecie principale. Non si comprende, infatti, per quale motivo si dovrebbe privare di tutela un contraente debole, estraneo ad ogni attività imprenditoriale o professionale svolta dal debitore e disinteressato alle operazioni economiche di questo, solo perché la sua posizione deve essere presuntivamente estesa a quella di un altro soggetto³³.

In secondo luogo, adottando siffatto orientamento, la Corte dimostra di non sottovalutare l'importanza economica nell'operazione negoziale della garanzia personale poiché la fideiussione (che, peraltro, è strumento di garanzia più utilizzato rispetto alle c.d. garanzie reali) agevola e realizza la circolazione del credito.

Per questi motivi, l'estensione al fideiussore della tutela consumeristica realizza l'obiettivo di riconoscere al garante "debole" la protezione che gli spetta, imponendo al creditore di rispettare scrupolosamente gli obblighi informativi che la normativa europea impone.

³³ In questo senso, si veda anche G. BOZZI, *op. cit.*, 857, che ha preso la medesima posizione prima della pronuncia *Tarcau* così affermando: *"Riteniamo che il riconoscimento della qualità di consumatore non può desumersi solo da una automatica estensione al fideiussore della qualità soggettiva del debitore principale, poiché anche se questo abbia stipulato un fido bancario per finanziare la propria impresa (o un'attività professionale), non vi è ragione di escludere dalla tutela del consumatore il fideiussore il quale non partecipi o non sia interessato in modo diretto o indiretto all'attività del professionista alla quale si riferisce il credito garantito e quindi agisca per scopi non professionali né imprenditoriali. Né l'estensione al fideiussore della qualità del debitore principale può derivare dalla natura accessoria della fideiussione, che non riguarda i caratteri soggettivi di chi la presta, ma è rilevante solo sul piano funzionale."*

5. (segue). *L'attuale assetto dei rapporti*

Con l'avvertenza dell'assoluta casualità che una questione simile rispetto a quella appena esaminata sia stata sollevata di nuovo innanzi alle Corti rumene, a distanza di poco più di un anno dalla riferita decisione, la Corte di Giustizia si è nuovamente pronunciata (anche questa volta in via pregiudiziale) sulla questione con una ordinanza³⁴ che ha seguito l'innovativo orientamento della precedente pronuncia *Tarcau*

Il perimetro normativo di riferimento ha, in questo caso, riguardato la applicabilità degli artt. 1, par. 1, e 2, lett. b), della Direttiva 93/13/CEE nell'ambito di prestazioni aventi ad oggetto garanzie immobiliari.

Più in particolare, la controversia sorge in seguito alla concessione da parte della *BRD Groupe Société Générale* di tre contratti di finanziamento a una società commerciale che venivano garantiti attraverso una garanzia immobiliare disposta dal sig. *Dumitras* (amministratore e socio unico della medesima società) e da sua moglie.

I due coniugi ricorrevano al Tribunale di *Satu Mare* per sentire dichiarare la nullità assoluta di alcune clausole dei contratti di credito in quanto abusive poiché richiedenti il pagamento di indebite commissioni bancarie.

Come già anticipato, la Corte decide conformemente all'orientamento sviluppatosi poco prima.

È opportuno rilevare che la Corte muove dalla *ratio* sottostante alla Direttiva 93/13 che mira innanzitutto a tutelare il contraente debole a prescindere dall'oggetto del contratto (fatte le dovute eccezioni per le materie espressamente escluse): è quindi necessario che la persona fisica (che agisce per scopi estranei alla sua attività professionale) si trovi in una condizione di squilibrio contrattuale³⁵.

³⁴ L'ordinanza della Corte di Giustizia è la n. 534 del 2016, in www.eurlex.europa.eu; la medesima ordinanza è stata oggetto di commento da parte di M. DE NADAI, *Ultimi sviluppi della giurisprudenza comunitaria in tema di tutele per il fideiussore-consumatore*, in www.dirittobancario.ite (da parte di) L. LEIDI, *Fideiussore-consumatore? Corte di Giustizia Europea, ordinanza del 14/9/2016*, in www.personaedanno.it.

³⁵ Sul punto, cfr. dal *Considerando n. 27* al *Considerando n. 29* della ordinanza in esame dove la Corte ha così disposto: "Come enunciato dal decimo considerando della direttiva 93/13, le regole uniformi in merito alle clausole abusive devono applicarsi a «qualsiasi contratto» stipulato tra un professionista e un consumatore,

La Corte ribadisce che la nozione di consumatore non può certamente essere assegnata a una persona fisica solo in base alla natura del rapporto garantito³⁶ in quanto la garanzia - sia fideiussoria che reale - comunque è stipulata fra soggetti differenti da quelli che si impegnano nel rapporto principale e quindi merita un trattamento distinto anche in relazione all' applicazione di tutele come quelle invocate dalle parti.

Anche nel caso di specie la Corte, per ciò che qui rileva, non nega che l'unico elemento che possa in qualche modo sciogliere i dubbi sulla applicabilità della Direttiva 13/93/CEE al garante è la presenza di un collegamento funzionale fra l'obbligazione garantita e quella accessoria.

Con questa decisione, confermativa del precedente orientamento, sembra che la giurisprudenza comunitaria abbia definitivamente abbandonato l'orientamento restrittivo in materia di garanzie (personali

quali definiti all'articolo 2, lettere b) e c), della suddetta direttiva (ordinanza del 19 novembre 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, punto 21 e giurisprudenza citata). 27 L'oggetto del contratto è quindi irrilevante per definire l'ambito di applicazione della direttiva 93/13, fatte salve le eccezioni indicate al decimo considerando della medesima (v. ordinanza del 19 novembre 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, punto 22 e giurisprudenza citata). 28 Pertanto, è con riferimento alla qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale, che la direttiva 93/13 definisce i contratti ai quali essa si applica (ordinanza del 19 novembre 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, punto 23 e giurisprudenza citata). 8 29 Tale criterio corrisponde all'idea sulla quale si basa il sistema di tutela istituito dalla direttiva stessa, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse (ordinanza del 19 novembre 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, punto 24 e giurisprudenza citata).

³⁶ Sul punto, si veda il Considerando n. 31 della ordinanza in esame: *“Quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce (v., in tal senso, sentenza del 17 marzo 1998, Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18), si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito”.*

e non) e tutela del consumatore, per dare spazio a una interpretazione più elastica e finalisticamente orientata delle norme a tutela del consumatore.

Resta ovviamente essenziale, nello svolgimento di questo compito di natura ermeneutica e nella soluzione del caso concreto, il ruolo del giudice di merito che dovrà valutare le ragioni, gli interessi e quindi la sussistenza di un collegamento funzionale alla base dei rapporti obbligatori.

6. *La giurisprudenza domestica*

Pervenuti a questi risultati nella giurisprudenza europea, è opportuno valutare come si sono espresse le Corti italiane sia di merito che di legittimità.

Il problema principale riguarda ancora una volta l'opportunità di attribuire al garante una propria identità soggettiva in guisa di consumatore o no attraverso un approccio caso per caso o, per contro, stabilire che il garante segua sempre la qualifica soggettiva del debitore principale.

Come già anticipato, l'atteggiamento della giurisprudenza domestica è apparso piuttosto restio ad ammettere la figura del fideiussore-consumatore; solo nell'ultimo periodo talune corti di merito e di legittimità hanno (con molta cautela) iniziato a fare propri i principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Partendo dall'orientamento più risalente, non può non evidenziarsi l'approccio dogmatico delle Corti italiane che hanno costantemente rifiutato una interpretazione differente da quella che pone in primo piano solo ed esclusivamente i principi in materia di accessorialità delle garanzie in generale e che implicano che il garante assuma la medesima connotazione del debitore principale³⁷.

³⁷ In ordine all'orientamento prevalente sul c.d. "professionista di rimbalzo" si veda, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito: Trib. di Padova, 9 gennaio 2012, in *Notariato*, 2013, 691 ss., con nota di M. RINALDO, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*; Trib. di Milano 20 gennaio 2012, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. di Milano 13 novembre 2013, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Bologna, 3 marzo 2014, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Bergamo, 12 dicembre 2014, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Genova, 7 aprile 2015, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Roma, 26 giugno

Si registrano infatti pochissime voci difformi che hanno anche in qualche caso anticipato quanto successivamente condiviso dalla Corte di Giustizia e che hanno ragionato applicando principi di equità tali da non escludere a priori il contratto di fideiussione dalla applicazione delle norme del Codice del consumo solo perché contratto accessorio a quello principale.

Significativa la posizione del Tribunale di Palermo che, primo fra tutti, evidenzia che lo “status” di consumatore va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia rilasciata a favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo diretto né indirettamente, all’attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito³⁸.

La Corte di Cassazione ha, dal suo canto, fatto proprio il principio espresso nel 2011 secondo cui: «in presenza di una fideiussione è all’obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo previsto per l’applicabilità della normativa a tutela del consumatore, attesa l’accessorietà dell’obbligazione del fideiussore rispetto all’obbligazione garantita»³⁹.

Secondo questa chiave di lettura appare sufficiente l’elemento oggettivo del collegamento contrattuale fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia per includere (ovvero escludere) l’applicabilità delle norme del codice del consumo. Al contrario di

2015, in *Quotidiano giuridico*, con nota di TOSCHI VESPASIANI; Trib. Foggia, 23 luglio 2015, in *Fallimento*, 2015, 1259; Trib. Firenze, 13 luglio 2016, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Treviso, decreto del 21 dicembre 2016, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Trieste, 5 maggio 2017, in banche dati *utetgiuridica.it*; Trib. Latina, 5 settembre 2018, in banche dati *utetgiuridica.it*.

Per quanto, invece, riguarda la giurisprudenza di legittimità che non ha accolto il garante all’interno della disciplina del Codice del consumo si veda *ex multis*: Cass. civ., sez. III, 12 gennaio 2005, n. 449, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass. civ., sez. I, ord. 13 maggio 2005, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass. civ., sez. III, ord. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 675 con nota di M. RUBINO; Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212, in *CED Cassazione*; Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, in *Contratti*, 2012, 148; Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16827, in *CED Cassazione*.

³⁸ Si sta facendo riferimento alla sentenza Trib. Palermo 13 dicembre 2005, in *Corriere del merito*, 2006, 317 con nota di R. CONTI, *Il consumatore non è sempre professionista di rimbalzo*.

³⁹ Si sta facendo riferimento alla sentenza della Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contratti*, 2012, 148.

quanto più recentemente stabilito dalla Corte di Giustizia, nella sentenza menzionata (cui hanno fatto seguito per molti anni pronunce simili) emerge con chiarezza la subordinazione della fideiussione alla obbligazione principale in ragione della sua accessorietà, a prescindere dalle caratteristiche e dagli interessi che hanno portato il fideiussore a stipulare il contratto di garanzia.

Il recentissimo mutamento di seguito riportato appare peraltro tributario non solo della innovativa posizione assunta dalle Corti europee ma anche dell'influenza dell'Arbitro Bancario Finanziario, organismo stragiudiziale di risoluzione delle controversie di recente conio, oltre che (ovviamente) della dottrina.

L'esame comparato fra i differenti orientamenti della giurisprudenza e dell'Arbitro Bancario Finanziario sul tema non è di poco conto in quanto si è per lungo tempo rischiato di ottenere pronunce riguardanti medesimi temi fondate su principi completamente differenti a seconda dell'adizione dell'uno o dell'altro organismo giudicante da parte dei ricorrenti, mettendo quindi a repentaglio l'unità e la coerenza del sistema di fatto chiamato a garantire la corretta attuazione delle norme di diritto⁴⁰.

Una prima inversione di tendenza da parte del supremo collegio si registra con una sentenza⁴¹ in tema di accesso al piano di esdebitazione del consumatore così come disciplinato alla l. del 27 gennaio 2012, n. 3 successivamente modificata dalla l. n. 221/2012. Nonostante l'apparente estraneità del profilo di diritto sottoposto alla Corte rispetto alla questione esaminata, tale pronuncia presenta profili di particolare importanza perché definisce alcuni aspetti soggettivi del consumatore utili (ai fini che qui interessano) in materia di garante – consumatore.

⁴⁰ Per le medesime osservazioni critiche si veda M. RABITTI, *La qualità di "consumatore – cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. Impr.*, 2014, 201 e ss.

⁴¹ La sentenza richiamata è la Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2015, n. 1869 in *Giur. it.*, 2016, 817 e ss, con nota di M. CAPOCETTI, *La nozione di consumatore nella disciplina della crisi da "sovra indebitamento"*; la medesima sentenza si trova anche in *Fallimento*, 2016, 405 ss, con nota di D. FERRO, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore*. Per una ulteriore analisi della sentenza richiamata si veda L. VIZZONI, *La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1233.

Mette conto tuttavia pregiudizialmente illustrare per grandi linee la disciplina recentemente introdotta in materia di composizione del c.d. sovra indebitamento⁴² del consumatore quanto ai suoi requisiti di applicabilità oggettivi e soggettivi⁴³. Si tratta, più in particolare, di una procedura alla quale il consumatore può ricorrere per porre rimedio a situazioni di sovra indebitamento comunque meritevoli di tutela; in questo modo, al debitore viene concessa la possibilità di cancellare i debiti accumulati senza attraversare alcuna fase esecutiva di natura giudiziale, avendo la possibilità di riacquistare un ruolo attivo nell'economia.

Dal punto di vista soggettivo⁴⁴, colui il quale si appresta a richiedere l'applicazione di questa procedura deve chiaramente rivestire la qualità di consumatore non soggetto a procedure concorsuali (o di professionista che ha contratto obbligazioni per scopi diversi dalla sua attività) che si è obbligato per fare fronte a esigenze di natura privata.

Il requisito oggettivo di tale procedura risiede nello squilibrio esistente fra le obbligazioni assunte dal debitore e il suo patrimonio, insufficiente a fare fronte ai debiti esigibili o non ancora esigibili.

⁴² Si intende “sovra indebitamento” quanto descritto all’art. 6, secondo comma, della l. n. 3/2012: “una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”.

⁴³ Sull’argomento si veda *ex multis* G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritti dei consumatori*, Torino, 2016, 2442 e ss.; R. BATTAGLIA, *D.lgs. 14/2019 Sovra indebitamento e esdebitazione*, Torino, 2019, 26 dove, in particolare, l’autore si sofferma sulla questione esaminata in ordine al consumatore - fideiussore affermando che: “...appare preferibile dare prevalenza al criterio dell’accessorietà della fideiussione prestata in relazione ad attività professionali o commerciali altrui rispetto alla natura privata del soggetto interessato”; si veda, inoltre, AaVv., *Scritti in onore di Ermanno Bocchini*, Padova, 2016, 1047 ss.; S. LINGUERI, *La tutela del risparmio nel settore creditizio e il sovra indebitamento dei consumatori*, Padova, 2019; E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, Tomo I, Torino, 2016, 33 ss.; L. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovra indebitamento: interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012; D. CERINI, *Sovra indebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012.

⁴⁴ Sui profili soggettivi ed oggettivi di applicabilità della misura in esame R. BOCCHINI, *Profili civilistici della disciplina del sovra indebitamento del consumatore*, in *Giur. It.*, 2016, 2129 ss.

La *ratio* della disciplina in materia di esdebitazione del consumatore risiede quindi nell'intenzione del legislatore di voler estendere i principi generali di solidarietà sociale e buona fede nei confronti di contraenti deboli che presentano difficoltà sul piano economico, tali da ingenerare un potenziale inadempimento nei confronti dei creditori⁴⁵.

In siffatta guisa interessante è l'intervento della Cassazione che ha meglio definito i caratteri del consumatore al fine di poter beneficiare degli effetti del piano di esdebitazione.

I giudici ammettono che per essere abilitati al c.d. piano del consumatore come modalità di ristrutturazione del debito può considerarsi consumatore: «il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta del piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività di impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7 co. 1 terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'unione europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12 bis co. 3 l. n. 3 del 2012».

Pertanto, il riferimento agli impegni del consumatore derivanti “*anche a favore di terzi*” fa presumere che possa considerarsi consumatore idoneo al piano di rientro anche il soggetto che ha assunto obbligazioni a beneficio di terzi, proprio come accade nella fideiussione, purché tali obbligazioni risultino estranee alla propria attività di impresa o professionale.

In questa particolare fattispecie i giudici di legittimità mostrano perciò apertura a una interpretazione maggiormente elastica della nozione di consumatore che coinvolgerebbe anche coloro i quali prestano obbligazioni di garanzia in assenza di collegamenti con altre attività di impresa.

Ancora più rilevante, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, appare una recentissima e innovativa pronuncia che per la prima volta ha direttamente affrontato la problematica in esame

⁴⁵ Sul punto, si veda R. BOCCHINI, *Profili civilistici della disciplina del sovra indebitamento del consumatore*, cit., 2129 e ss.

seguendo in maniera pedissequa le pronunce comunitarie sul tema, richiamandole esplicitamente.

Anche in questo caso la Cassazione ha dovuto esaminare la classica questione nella quale un soggetto persona fisica (detentore di una cospicua quota del capitale sociale ma non amministratore dell'ente) garantisce una obbligazione attraverso una fideiussione e chiede contestualmente una tutela consumeristica pur essendo garante di un debitore-professionista. Nel caso di specie, la qualità di consumatore al garante viene negata ma i giudici non fondano la loro decisione sul principio di accessorietà; diversamente, valutano l'attuabilità delle norme del codice del consumo con riferimento alle effettive qualità delle parti.

Al riguardo la Cassazione afferma testualmente che: «I requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria - all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore. Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso la qualità di consumatore in capo al fideiussore detentore del 70% del patrimonio sociale della società garantita, ancorché non amministratore della stessa, ed in assenza di prove idonee ad escludere il collegamento tra la fideiussione e lo svolgimento dell'attività professionale»⁴⁶.

La pronuncia sancisce così un importante (e atteso) passo in avanti da parte della giurisprudenza di legittimità e il definitivo abbandono della tesi sul c.d. "professionista di riflesso". Segnatamente in quanto la giurisprudenza di legittimità (più di quella di merito) era rimasta la sola (a differenza dell'Arbitro Bancario Finanziario, della dottrina e della richiamata giurisprudenza comunitaria) a sostenere che il fideiussore non potesse rivestire la qualità di consumatore in mancanza di una obbligazione principale che lo permettesse in applicazione ai principi di accessorietà, certamente innegabili, ma, allo stesso tempo, non sempre influenti ai fini che qui rilevano.

⁴⁶ Si sta facendo riferimento alla ord. Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2018, in *CED Cassazione*.

Con questa ordinanza il giudice si riserva, in ossequio ai principi della giurisprudenza europea, di valutare con un approccio *case by case* l'opportunità di qualificare il fideiussore in maniera difforme rispetto alle qualità di debitore principale fornendo quindi una risposta, a parere di chi scrive, più attenta all'equilibrio dei rapporti contrattuali.

Da ultimo, si segnala (in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia) la più recente decisione della Corte di Cassazione che conferma come la tesi del c.d. "professionista di rimbalzo" stia, con ogni probabilità, giungendo al tramonto. Con tale ordinanza il giudice di legittimità conferma che per l'attribuzione della qualità di consumatore al soggetto che presta fideiussione non vi è ragione di discostarsi dal criterio generale e comune fissato dall'art. 3, comma 1, lettera a del codice del consumo e così precisa che: «alla stregua dell'interpretazione che, nell'attuale, questa Corte dà della nozione generale di consumatore, tale deve essere considerato il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento»⁴⁷.

L'atteso *overruling* della Cassazione è da salutarsi con soddisfazione soprattutto perché si è interrotto il lungo periodo di incertezza relativo alla definizione di controversie e rapporti giuridici in materia di tutela del consumatore⁴⁸.

7. *L'Arbitro Bancario Finanziario*

Come già ricordato, l'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito A.B.F.) ha, invece, optato per un approccio da subito maggiormente aperto al cambiamento, ammettendo, seppure con fatica, la figura del garante nel panorama della disciplina consumeristica.

L'esame delle decisioni dell'A.B.F. sull'argomento fideiussore - consumatore offre l'occasione per precisare morfologia e caratteristiche

⁴⁷ Si veda ord. Cass. Civ., sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2020, II, 685 ss. con nota di U. MINNECI.

⁴⁸ Le medesime considerazioni possono ricavarsi anche da M. RABITTI, *La qualità di "consumatore - cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., 200 ss.

di questo innovativo organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie e per rimarcare l'importanza delle sue pronunce in sede di tutela del consumatore.

L'A.B.F. nasce per dirimere in maniera rapida ed efficace le controversie in materia bancaria e finanziaria insorte fra clienti⁴⁹ e intermediari.

Il suddetto organismo è istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del T.U.B. (d.l.gs. n. 285/1993)⁵⁰ che così dispone: «I soggetti di cui all'articolo 115 (banche e intermediari finanziari) aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. 3-bis. La Banca d'Italia, quando riceve un esposto da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica all'esponente la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo».

La manifestazione esplicita degli obiettivi finali di tale norma («le procedure devono, in ogni caso, assicurare la rapidità, l'economicità

⁴⁹ Si intende "cliente" in base alle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" della Banca d'Italia: *"il soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento (3). Per le operazioni di factoring, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento. Non rientrano nella definizione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento, a meno che essi agiscano per scopi estranei all'attività professionale"*.

⁵⁰ L'articolo citato è stato introdotto, a sua volta, dalla legge del 28 dicembre del 2005, n. 262, nota come legge sulla tutela risparmio che è intervenuta con la finalità di modificare e integrare in maniera frammentaria numerose disposizioni contenute sia nel T.U.B che nel T.U.F. in materia bancaria, finanziaria, antitrust.

della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela») sta probabilmente a significare che il legislatore, in questo modo, ha voluto ripristinare la fiducia dei privati nei confronti delle imprese (in senso lato, bancarie e finanziarie) e dei sistemi di regolazione delle controversie.

L'interesse pubblico sotteso a siffatte controversie è evidente. Non è infatti casuale che l'organismo sia stato istituito dalla legge sulla tutela del risparmio (art. 29 l. 28 dicembre 2005, n. 262 che ha introdotto nel d.lgs. n. 385 del 1993, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia l'art. 128–*bis*, oggetto di diverse successive modificazioni) introdotta a seguito di noti scandali finanziari, la quale rappresenta l'epifania più prossima della stessa devoluzione all'autorità settoriale del nuovo compito di tutela (in senso lato) del consumatore ex art. 127 Tub. Compito che permane in capo alle autorità nazionali anche dopo la riforma della vigilanza unica europea. L'organismo ha iniziato a operare agli inizi del 2010. È strutturato (in base alla disciplina *sub* primaria che ne regola il procedimento emanata dal Comitato del credito con la deliberazione n. 275 del 2008 e dalla Banca d'Italia con il regolamento del giugno 2009 e successive modificazioni e integrazioni) in sette collegi (Milano, Torino, Bologna, Roma, Napoli, Bari e Palermo) competenti per le corrispondenti aree territoriali cui si deve aggiungere il Collegio di Coordinamento. Quest'ultimo, in particolare, decide i ricorsi che riguardano questioni di particolare importanza o che hanno generato – o possono potenzialmente generare – orientamenti differenti tra i sette Collegi territoriali; stabilisce, inoltre, il principio di diritto che i Collegi territoriali sono tenuti a seguire per decidere futuri ricorsi sulla medesima questione. Infatti, se i Collegi intendono discostarsi dai predetti principi, dovranno comunque indicare espressamente i motivi di disallineamento.

La competenza territoriale si radica in ragione del domicilio del ricorrente. È abilitato a conoscere (e a decidere) controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (*scilicet*, creditizi) nonché (dal febbraio 2010) di servizi di pagamento⁵¹ per l'accertamento dei

⁵¹ Integrazione dovuta all'art. 40 d.lgs. n. 11 del 2010, in attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE.

relativi diritti (competenza per materia) e per il risarcimento del danno fino a 100 mila euro (competenza per valore).

Può, a tal fine (quale ADR “decisoria/aggiudicativa”), adottare pronunce di accertamento e di condanna (non quindi pronunce costitutive, es. di annullamento del contratto) e opera come organismo “di secondo grado” dopo il previo reclamo (con esito negativo o in assenza di esito) all’intermediario, che ne costituisce condizione di procedibilità oltre che prodromica fase di negoziazione tesa alla conciliazione tra le parti. Le pronunce in rito sono di improcedibilità (assenza del reclamo); inammissibilità (diversa materia); irricevibilità (limite alla cognizione temporale). La sua adizione è riservata alla clientela bancaria e finanziaria, oltre che agli utilizzatori degli strumenti di pagamento (trattasi di diritto irrinunciabile); non prevede un’assistenza legale obbligatoria e sconta un basso costo d’accesso (economicità). La partecipazione delle diverse categorie d’intermediari al sistema (resa obbligatoria dal presente imperativo “*aderiscono*” di cui agli artt. 128–*bis*T.U.B., e 40 d.lgs. n. 11 del 2010) costituisce una condizione per l’esercizio dell’attività riservata (perciò un onere). La mancata adesione rappresenta peraltro fonte della sanzione amministrativa pecuniaria *ex art.* 144, comma 4° T.U.B.

Le sue specifiche attribuzioni rilevano perché l’*enforcement* dei contratti bancari, creditizi e di pagamento è essenziale al fine di rendere effettive le tutele garantite da leggi recenti, segnatamente per ripristinare (a fronte della grave crisi economica che interessa oggi l’intera società civile) condizioni di fiducia nei mercati e negli intermediari della finanza; per i tempi contenuti della decisione, che realizzano l’obiettivo della rapidità.

Le pronunce dei diversi collegi, indipendentemente da “variazioni sul tema” (peraltro rappresentative dell’indipendenza di giudizio e dell’imparzialità dell’organismo) su questioni di dettaglio, costituiscono spesso – in punto di politica del diritto – avanzate tutele della clientela con effetti conformativi di rilievo per la comune dei destinatari. Né va sottaciuto che l’istituzione di un apposito collegio di coordinamento assicura coerenza e uniformità di indirizzi a controversie di particolare importanza che abbiano generato o possano generare orientamenti contrapposti. La decisione di questo collegio, oltre a definire il ricorso rimessogli, stabilisce il principio di diritto che i collegi territoriali dovranno applicare nei casi futuri.

In ogni caso, il gradimento crescente all'interno della società civile di tale organismo è testimoniato dal crescente incremento dei ricorsi che, nel corso del 2018, sono stati oltre 27 mila, con percentuali di accoglimento della domanda pari al 69 per cento dei casi. Le decisioni vengono, per la quasi totalità (oltre il 99 per cento) eseguite dagli intermediari. Quanto, infine, ai rapporti tra ABF e giudice, soltanto lo 0,5 per cento delle decisioni ABF ha avuto un seguito presso il giudice ordinario, con conferma degli orientamenti adottati nel 71 per cento dei casi⁵².

L'inedita morfologia giuridica dell'organismo ha sollecitato e sollecita continui interventi (e polemiche) sulla natura giuridica dell'arbitro: da organismo arbitrale ad arbitratore, a organo della Banca d'Italia per il perseguimento delle finalità pubbliche della vigilanza bancaria⁵³.

L'area di riferimento è quella della giustizia stragiudiziale. È noto che questa strutturalmente riguarda, con specifico riferimento alle controversie minori (c.d. *small claims*), l'allargamento della tutela dei diritti più che l'efficienza della giustizia civile.

In questo scenario, la caratteristica assorbente che segnala la netta soluzione di continuità dell'introdotta sistema rimediale, teso ad «assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela» (art. 128-bis, comma secondo, T.U.B.) rispetto al tradizionale assetto della giustizia civile, è rappresentata dalla legittimazione “disuguale” all'azione, circoscritta a favore del solo cliente (che è nozione più ampia, ma non ontologicamente diversa da quella di consumatore del prodotto o servizio considerato), omologa alla corrispondente disuguale tutela

⁵² A tale proposito si veda la *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario – anno 2018* pubblicata sul sito del medesimo organismo.

⁵³ Sulla natura giuridica dell'organismo in esame, si veda, *ex multis*, G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Torino, 2018; M. MAIONE, *Sulla natura dell'arbitrato bancario finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2012, 1193; G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario*, Milano 2012; P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2018, 1370; N. SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 1, 2009, 854 ss.; C. RUPERTO, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 325 ss.; A. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. Impr.*, 2013, 143 e ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *www.judicium.it*, 2 ss.

disegnata, sul piano sostanziale, dal diritto privato europeo che disciplina i contratti del consumatore⁵⁴.

Al di là quindi e oltre all'economicità nella soluzione di controversie "minori", il contesto di riferimento esalta il valore aggiunto offerto da un organismo, quale l'Arbitro Bancario Finanziario, che – a fronte delle richiamate disfunzioni – ben può in talune circostanze essere percepito non come alternativo alla giustizia ordinaria, ma addirittura (*quoad effectum*) come esclusivo quando il ricorso a quella risulti sostanzialmente precluso dagli elevati costi, diretti (essendo gli oneri monetari pur sempre prodromici alla realizzazione dei diritti dei quali si invoca tutela in un rapporto di mezzo al fine) e soprattutto indiretti (quando la domanda di giustizia viene vanificata dai tempi del processo e dalla aleatorietà della pronuncia in ragione delle possibili impugnazioni).

Le pronunce adottate dall'A.B.F. non hanno efficacia vincolante *inter partes*⁵⁵ nei confronti dell'intermediario e, per questo, è opportuno rammentare che, sebbene le decisioni non siano vincolanti da un punto di vista esecutivo, comunque l'eventuale inadempimento di una decisione di condanna per l'intermediario può comportare una sanzione c.d. reputazionale consistente nella pubblicazione del relativo inadempimento sul sito *web* della Banca d'Italia nella sezione dedicata all'A.B.F.

Evidenziata (sia pure sommariamente) la rilevanza dell'A.B.F. assunta nel panorama del sistema di giustizia italiana, è ora necessario capire e stabilire in che modo si è pronunciato questo organismo in relazione alla problematica qui esaminata sul consumatore-fideiussore.

⁵⁴ G.L. CARRIERO, *L'Arbitro Bancario Finanziario presso la Banca d'Italia: genesi, struttura e funzioni*, in AA.VV., *Le controversie bancarie e finanziarie*, vol XV Trattato di diritto dell'Arbitrato (diretto da Mantucci), Napoli, 2020, 33 ss.

⁵⁵ Sulla natura giuridica della decisione emessa dall'ABF si veda, *ex multis*, G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Torino, 2018; E. QUADRI, *L'«arbitro bancario finanziario»*, cit., 87; C. CONSOLO E M. STELLA, *Il funzionamento dell'Arbitro Bancario Finanziario nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econom.*, 2011, 122 e ss; V. PETRELLA, *L'Arbitro bancario finanziario*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 303; G. FINOCCHIARO, *L'Autorità non ha i poteri del giudice e le sue decisioni sono solo indicative*, nota Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, 1025 ss., secondo i quali tali decisioni non hanno né natura di sentenza né di lodo arbitrale o contrattuale.

Come già ricordato, l’A.B.F. si è dimostrato antesignano rispetto alla giustizia ordinaria e di legittimità delle soluzioni in materia poiché ha, sul piano applicativo, avvertito sin da subito la necessità di superare la tesi del c.d. professionista “di riflesso” e quindi di distinguere il profilo oggettivo dell’accessorietà del contratto di fideiussione da quello soggettivo riguardante l’interesse effettivo del contraente debole.

È bene, inoltre, precisare che la problematica in esame si propone all’A.B.F. dopo alle prime pronunce in materia emesse dalla Corte di Giustizia quando la discussione sulla questione era (quanto meno) meglio definita rispetto al tempo della nota sentenza *Dietzinger*.

Sicuramente appare apprezzabile la volontà dei Collegi di volersi emancipare rispetto alla giurisprudenza italiana al fine di garantire una efficacia maggiore delle tutele nei confronti del contraente debole anche se, nella fattispecie in esame, si segnalano orientamenti non sempre perfettamente coerenti tra loro, anche qui dovendosi riscontrare indirizzi maggiormente vicini alla teoria sul c.d. professionista “di riflesso” che hanno dato seguito ad argomenti legati ai profili di accessorietà del rapporto fra garanzie personali e obbligazioni principali.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, significativa in tal senso, appare la decisione del Collegio Roma n. 2562/2013 cui segue una decisione sempre del Collegio Roma (n. 1226/2015) che riprende pedissequamente il principio di diritto espresso dalla prima.

Nella decisione del 2013, la problematica sul garante-consumatore viene solo incidentalmente trattata in quanto il ricorso viene dichiarato irricevibile per motivi di carattere processuale. Ciononostante il Collegio di Roma comunque ritiene di soffermarsi brevemente sulla questione liquidando la richiesta dei ricorrenti di essere considerati consumatori, assumendo che, quando questi garantiscono una società di cui fanno parte, “di riflesso” (o “rimbalzo”) questi dovranno essere considerati professionisti in ragione del rapporto di accessorietà sottostante⁵⁶.

⁵⁶ Più in particolare, con la decisione n. 2562, il sopra detto Collegio di Roma ha così deciso: «*Preliminarmente va rilevato che, pur essendosi i ricorrenti qualificati come “consumatori”, il Collegio ha ritenuto di discuterne e deciderne il ricorso nella composizione relativa alle controversie in cui è parte un “non consumatore”: ciò, in quanto la domanda attiene a questioni inerenti ad una fideiussione rilasciata dai ricorrenti in favore di una società di cui erano soci. A riguardo si osserva che la*

Parallelamente, altri Collegi si sono espressi in maniera difforme ponendosi in una posizione critica⁵⁷ rispetto alla impostazione del c.d. professionista “di riflesso” o, addirittura, in aperto rigetto⁵⁸ tanto da far ritenere opportuno al Collegio di Coordinamento un esame dettagliato sul punto.

dottrina e la giurisprudenza di legittimità hanno coniato, per simili ipotesi, la figura del c.d. “professionista di riflesso” o “di rimbalzo”, e che a tale configurazione il Collegio di Roma si è costantemente attenuto (cfr., da ultimo, decisione n. 216 del 14 gennaio 2013)».

L'intera decisione è ricavabile dal sito www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁵⁷ Un posizione critica ma non nettamente in opposizione alla consueta teoria del professionista “di riflesso” è quella che si rinviene in una decisione n. 2698/2015 del Collegio di Napoli che ha così deciso: «*Sul punto, va ricordato che l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale non determina “l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere».*

⁵⁸ In questo caso, il Collegio di Roma (decisione n. 4109/2013) assume una posizione particolarmente netta contro la tesi del c.d. professionista “di riflesso” stabilendo con il seguente principio che: «*Se è infatti incontrovertibile l'assunto secondo il quale l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina propria di quest'ultimo (come del resto accade, in tutt'altro ambito giuridico, per i beni pertinenziali) non sembra possa da ciò derivarsi l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere. Per darne conto è sufficiente ipotizzare che il negozio principale sia posto in essere da un consumatore (ad es.: contratto di locazione di immobile ad uso abitativo quale conduttore) e la fideiussione a garanzia dell'adempimento venga rilasciata, come è del resto usuale, da un intermediario bancario o assicurativo: se davvero la qualità del debitore principale Decisione N. 5368 del 08 giugno 2016 Pag. 5/7 determinasse quella del fideiussore, si dovrebbe allora ritenere applicabile alla banca o all'assicuratore la disciplina di tutela del consumatore, pur in assoluto difetto delle ragioni di meritevolezza che ne costituiscono il fondamento. Sembra invece corretto ritenere che l'applicazione estensiva al negozio fideiussorio della normativa de qua non possa operare se non nella sua interezza, ivi inclusi tutti i criteri, di cui all'art. 3, che definiscono la qualificazione dei soggetti interessati e sulla cui scorta occorrerà di volta in volta individuare quale sia la qualificazione soggettiva del garante e del debitore principale».*

Come già evidenziato, il Collegio di Coordinamento svolge una funzione, per così dire, “nomofiliattica” in presenza di contrasti giurisprudenziali all’interno dei Collegi dell’ABF; per questi motivi, nel caso di specie, al fine di stabilire un principio di diritto definitivo, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto essenziale dover tenere in considerazione i recenti interventi della ordinanza *Tarcău* anche perché le norme nazionali di derivazione comunitaria (come quelle contenute nel codice del consumo) devono necessariamente essere interpretate in base ai principi espressi dalla Corte di Giustizia.

Sul punto il Collegio di Coordinamento con la decisione n. 5368/2016 (accogliendo le domande del ricorrente che si “autoqualificava” consumatore dopo aver prestato una fideiussione ad una società edilizia di cui era socio) ha opportunamente precisato che non può certamente accogliersi la tesi del c.d. professionista “di riflesso”. Ciò in quanto eccessivamente restrittiva nei confronti di un soggetto che, per definizione, dovrebbe essere considerato professionista nonostante la sua evidente posizione di debolezza contrattuale: in questo modo verrebbero certamente frustrate le finalità insite nella tutela consumiristica che, come evidenziato più volte, si prefigge in primo luogo di proteggere il consumatore nelle trattative e nella fase esecutiva del contratto.

Appare degna di rilievo nel rigettare la tesi del c.d. professionista “di riflesso”, la considerazione che il Collegio di Coordinamento fa in ordine a un aspetto precedentemente non considerato né dalla Corte di Giustizia né dalla giurisprudenza di legittimità o di merito domestica.

Precisa, in particolare, che nell’ambito dei contratti bancari la teoria del professionista “di riflesso” incontra chiari limiti in ipotesi di garanzie fideiussorie che si attecchiano a contratti autonomi di garanzia. Ciò accade, ad esempio, quando il contratto di fideiussione presenta clausole c.d. “a prima richiesta” ovvero quando, nonostante l’invalidità della fideiussione, il garante si obbliga comunque a restituire le somme erogate⁵⁹.

⁵⁹ Come meglio si vedrà in seguito, la questione relativa all’individuazione degli elementi distintivi che caratterizzano la fideiussione e contratto autonomo di garanzia è stata (e continua ad essere) un argomento ampiamente esaminato dalla giurisprudenza. A tale proposito si veda, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. Civ.*, con nota di A. LAMORGESE, *Il Garantievertrag secondo le Sezioni unite*, 6, 2010, 1365 e ss.

In quest'ultimo caso, l'attrazione automatica del garante nelle qualità del debitore principale parrebbe quindi del tutto ingiustificata proprio perché manca alla base un rapporto di accessorietà fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia.

Pertanto, in base agli argomenti evidenziati, il Collegio si è espresso nei seguenti termini arrivando ad una conclusione assolutamente simile a quella precedentemente vagliata dalla Corte di Giustizia: *«nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta al Collegio giudicante determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata»*.

Nell'ambito della giurisprudenza dell'ABF, attraverso la pronuncia appena richiamata, il Collegio di Coordinamento abbandona perciò definitivamente la tesi del c.d. professionista "di riflesso", così mettendo in evidenza non solo l'inidoneità applicativa di tale teoria a tutti i contratti bancari aventi ad oggetto una garanzia personale ma anche l'evidente difficoltà di affidare la tutela del consumatore a una impostazione così restrittiva⁶⁰.

8. La dottrina

Illustrati gli orientamenti della giurisprudenza e dell'ABF, mette conto osservare che la dottrina ha espresso una prevalente posizione critica rispetto alla restrittiva interpretazione che vede nel consumatore solo colui il quale abbia agito per garantire un debitore principale con la stessa qualità soggettiva.

Già prima dei richiamati arresti della Corte di Giustizia (e dell'ABF) si segnalano posizioni che non riscontrano motivi validi per sbarrare l'accesso alla tutela consumeristica a chi ha contratto una fideiussione a beneficio di un imprenditore e vorrebbe, ad esempio, beneficiare

⁶⁰ Osservazioni in ordine alla decisione in esame sono ricavabili da A.A. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca, Borsa tit. cred.*, 2017, I, 281. In adesione a tale decisione si segnala, più recentemente, la decisione del Coll. di Napoli n. 19916/2020.

dell'applicazione del “foro del consumatore”⁶¹ o di altre simili disposizioni⁶².

Più in particolare, stante l'autonomia causale dei due rapporti in esame, si ritiene che le qualità soggettive del debitore principale non possano automaticamente estendersi al garante in forza del ben noto principio di accessorietà che, invece, riguarda gli aspetti oggettivi e rileva solo sul piano funzionale. La soluzione favorevole alla estensione della tutela del consumatore appare perciò più coerente con la concezione relazionale della singola operazione per cui la qualità di consumatore o di professionista non può che determinarsi in base al rapporto di concreta inerenza che il garante abbia con l'attività (imprenditoriale, commerciale ecc.) del debitore principale.

Si osserva, inoltre, che la qualità di consumatore non dovrebbe essere intesa come mera condizione definita da uno *status*; per contro, si dovrebbe considerare consumatore ogni soggetto che, anche in maniera occasionale o mutevole, possa definirsi tale in relazione alla vicenda contrattuale realizzata⁶³.

Se così non fosse, si arriverebbe infatti alla paradossale conseguenza che in un contratto bancario, ad esempio di apertura di credito, una persona fisica che agisce per scopi del tutto estranei alla propria attività professionale (garantendo in ipotesi un suo familiare) si veda arbitrariamente escluso dalla possibilità di invocare qualunque tutela a beneficio del consumatore solo per motivi di rigidità formale senza

⁶¹ È noto, infatti, che il codice del consumo prevede per il consumatore la possibilità, in caso di contenzioso, di poter beneficiare del foro esclusivo speciale derogabile solo dalle parti con apposita trattativa individuale (art. 66-*bis* cod. cons.).

⁶² Posizione evidentemente avversa alla giurisprudenza prevalente è quella di G. BOZZI, *op. cit.*, 855 e ss., il quale critica l'impostazione concettuale espressa da cui partono i giudici di merito e di legittimità.

Nello stesso senso si veda A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, in www.dirittobancario.it. il quale critica l'applicazione del principio di accessorietà alla materia in esame in quanto l'autore si interroga sulla afferenza del predetto principio alla tutela del consumatore; questa dottrina accoglie, pertanto, con favore l'orientamento espresso dall'A.B.F.

Si segnalano orientamenti critici rispetto alla nota posizione della giurisprudenza prevalente con F. TRUBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7, 993 ss.

⁶³ In questo senso, oltre a G. BOZZI, *op. cit.*, 857, si veda, inoltre, R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2000, 982.

alcuna considerazione in ordine alla causa del credito e alla destinazione di esso.

Analoga (nelle conclusioni) a quella appena evidenziata è la dottrina che sul tema pone in risalto la distinzione tra il piano oggettivo e soggettivo del contratto di fideiussione. Ciò in ragione del rilievo che la estensione delle qualità soggettive del debitore principale al fideiussore in forza del principio di accessorietà appaiono decisamente incongrue e irragionevoli. In ciò distinguendosi «*l'ipotesi in cui la fideiussione sia stata rilasciata per motivi che attengono al collegamento esistente tra la posizione del garante e l'attività professionale del debitore principale, da quella in cui la garanzia sia stata rilasciata per ragioni del tutto diverse — ad esempio per motivi coniugali o parentali — che nulla hanno in comune con l'attività professionale del debitore garantito*»⁶⁴.

Particolarmente incisiva è, inoltre, la disamina effettuata a seguito della già nota sentenza del Tribunale di Palermo del 2005 dove, rifiutando la teoria del professionista “di rimbalzo”, si osserva che: «solo l'esame concreto della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore rispetto al rapporto debitorio principale può eventualmente indurre il giudicante ad escludere la ricorrenza dello status di consumatore» e che, inoltre, «Se è, dunque, il deficit conoscitivo e la posizione di inferiorità a condizionare l'approdo alla tutela consumeristica, non si ravvisano plausibili ragioni per escludere dal vaglio di abusività il contratto di garanzia della persona fisica accessorio ad un rapporto commerciale, tutte le volte in cui il caso concreto lasci fondatamente ritenere che il garante versi in quella situazione strutturale di debolezza cui si è accennato. A favore della prospettiva del giudice palermitano v'è, poi, l'indagine sulle singole nozioni di consumatore»⁶⁵.

Né va omissis di menzionare l'opinione di chi perviene a non dissimile risultato adottando una soluzione maggiormente flessibile qual è quella che assume la disciplina consumeristica essere operativa

⁶⁴ A. BARBA, *Considerazioni a margine di un'ordinanza in tema di foro del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1164 ss.

⁶⁵ R. CONTI, *Il fideiussore non è sempre “professionista di rimbalzo”*, in *Corr. Merito*, 2006, 3.

quando non sussista (o manchi del tutto) un interesse economico del fideiussore alla concessione del credito in favore del garantito⁶⁶.

Non mancano tuttavia autori che, *a contrario*, aderiscono alla restrittiva impostazione della vicenda, valorizzando l'elemento tipico dell'accessorietà e la sua *vis attractiva* fra contratti funzionalmente collegati, al punto da negare che una persona fisica che garantisce un professionista possa mai assumere il ruolo di consumatore⁶⁷.

Ciò in quanto- atteso che la struttura funzionale della fideiussione si sostanzia in un rafforzamento accessorio del debito principale garantito - il nesso di interdipendenza voluto dal legislatore tra i due rapporti in esame sarebbe tale da determinare una automatica comunicazione di ogni vicenda soggettiva fra fideiussione e obbligazione principale (e non viceversa). In altre parole, dato che il negozio accessorio presuppone l'esistenza di un rapporto principale, ne deriva che il primo dovrà seguire tutte le vicende del secondo e ne dovrà, altresì, rispecchiare il carattere «*di fronte al quale sta nel medesimo rapporto che lega il satellite al proprio pianeta*»⁶⁸.

9. Fideiussione omnibus e tutela del consumatore

Nei rapporti tra obbligazione principale e garanzia possono, almeno astrattamente, venire in gioco figure diverse da quella appena illustrata.

Muovendo dalla fideiussione c.d. *omnibus*, appare in realtà rara l'ipotesi in cui il fideiussore decida di prestare garanzia per scopi del tutto estranei alla sua attività professionale. Ciò in quanto lo schema della fideiussione *omnibus* viene utilizzato nella prassi bancaria da soggetti che, nella maggior parte dei casi, sono legati al debitore principale da interessi di natura professionale (si pensi

⁶⁶ Si esprime in questi termini E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*, in *Contratti*, 2007, 3, 225.

⁶⁷ In questo senso, si veda F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 111 e ss.; S. BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in *Dir. e Giust.*, 2011, 506 ss; P. LONGHINI, "Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela, in *Diritto e pratica delle società*, 2007, 72 ss, DI MARZIO, *Intorno alla nozione di consumatore*, in *Giust. Civ.*, 2011, 2151.

⁶⁸ L'espressione è di V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 234.

all'amministratore di società che decide di prestare fideiussione *omnibus* a beneficio dell'ente che amministra).

E tuttavia, non mancano eccezioni.

Prima di scendere nello specifico, è tuttavia doveroso ricordare che la fideiussione *omnibus* continua a destare non pochi dubbi in ordine alla sua validità, soprattutto quando per la sua stipula le banche decidono di utilizzare lo schema predisposto dall'ABI⁶⁹.

A questo proposito, la Banca d'Italia, con provvedimento del 2 maggio 2005 n. 55⁷⁰ evidenziava un possibile contrasto dello schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'ABI con l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (c.d. Legge *Antitrust*) secondo cui: «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordanti tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni d'impresa, e all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, (...); 3. Le intese vietate sono nulle a ogni effetto».

Più nel dettaglio, al paragrafo 12 dell'Istruttoria condotta dalla Banca d'Italia, l'Autorità concentrava la sua analisi su quelle clausole dello schema predisposto dall'ABI che «potrebbero comportare effetti anticoncorrenziali in seguito ad una eventuale adozione generalizzata da parte delle banche, in mancanza di un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti» e che quindi derogano alla disciplina tipica e pongono in capo al garante obblighi non espressamente previsti all'interno del codice civile⁷¹.

Le clausole dello schema ABI che sono state considerate lesive della concorrenza riguardano gli articoli 2, 6, 8. In ordine al primo, viene prevista la c.d. "clausola di reviviscenza" che impone al fideiussore di «rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere

⁶⁹ Lo schema ABI del contratto in esame veniva originariamente concordato fra l'ABI stessa e alcune associazioni di consumatori; successivamente veniva comunicato all'Autorità di Vigilanza.

⁷⁰ Il Provvedimento citato è stato reso dall'Autorità di vigilanza in virtù della sua funzione di Autorità garante della concorrenza fra istituti di credito ai sensi della l. 287 del 1990, art. 14 e 20. Successivamente, i medesimi poteri sono stati trasferiti all'AGCM con la l. n. 262 del 2005.

⁷¹ Per una approfondita analisi della problematica si veda P. CARRIERE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della Cassazione*, in www.dirittobancario.it.

restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

Segue l'art. 6 che così dispone: «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta a escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato». Da ultimo, l'art. 8 prevede invece che: «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». Con particolare attenzione all'art. 6 dello schema ABI si può subito rilevare che viene posta nei confronti del fideiussore una forte limitazione nel proporre intervenute decadenze così come disposto dall'art. 1957 c.c.

Ma, per ciò che qui rileva, come valutare l'art. 6 dello schema proposto dall'ABI ai fini dell'applicabilità delle norme del codice del consumo se il fideiussore *omnibus* agisce in veste di consumatore?

Sul punto, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate se la predetta disposizione contrattuale possa considerarsi legittima alla luce delle tutele poste nei confronti del consumatore⁷².

Ciò in quanto nella predetta clausola si potrebbero ravvisare limitazioni in capo al fideiussore - consumatore nel proporre intervenute decadenze, per cui alcuni hanno rilevato la nullità della medesima disposizione in base a quanto prescritto all'art. 33, secondo comma del codice del consumo, lettera t) che pone la presunzione di vessatorietà delle clausole che abbiano l'effetto di: «sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, per certi versi riprendendo quasi testualmente ed accorpando alcune delle previsioni dell'art. 1341 c.c.».

Tale vessatorietà della clausola può, però, essere superata con la dimostrazione che grava in capo al professionista di provare che le

⁷² A tale proposito, si veda in dottrina L. CARPINELLI, *La fideiussione omnibus, il modello ABI e le clausole vessatorie. Alcune osservazioni*, in www.dirittodelrisparmio.it

clausole medesime siano state approvate nell'ambito di una trattativa individuale (art. 34, comma quinto, cod. cons.)⁷³; non basterà, pertanto, provare la mera sussistenza di una doppia sottoscrizione del contratto per eliminare dubbi in ordine alla abusività della disposizione in esame.

Nonostante la giurisprudenza non appaia uniforme sul punto⁷⁴, è comunque opportuno riportare quanto considerato recentemente da una pronuncia del Tribunale di Treviso (1632/2018) che ha dichiarato nulla la clausola di una fideiussione *omnibus* che prevedeva la garanzia a prima richiesta e derogava all'art. 1957 c.c., seguendo il modello ABI.

Nel caso di specie, non si poteva dubitare della qualità di consumatore del fideiussore *omnibus* il quale prestava garanzia in favore di un finanziamento richiesto dalla figlia e dal coniuge, per cui il Tribunale ha così disposto: «In materia di fideiussione *omnibus* prestata a favore di una banca da un consumatore, è invalida, o, comunque, inefficace la clausola – conforme alle condizioni generali elaborate dall'ABI – alla stregua della quale “i diritti derivanti dalla Banca restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c.”. Alla nullità parziale del contratto consegue la reviviscenza della disciplina legale da tale clausola derogata e dell'onere per il creditore di coltivare diligentemente le proprie ragioni (non necessariamente in via giudiziale), a pena di decadenza, entro il termine semestrale previsto dall'art. 1957 c.c.».

Pertanto, per escludere la vessatorietà della clausola: «non è affatto sufficiente il mero adempimento formale della specifica approvazione per iscritto, ma è invece necessario, nei contratti conclusi su moduli o

⁷³ La norma citata dispone: «*Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore*».

⁷⁴ Escludono, infatti, la vessatorietà della clausola di cui all'art. 6 dello schema ABI, Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 2006, n. 2263; Cass. civ., sez. III, 21 maggio 2008, n. 13078 in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La decadenza del creditore dal diritto di escutere la fideiussione ex art. 1957 c.c.* I provvedimenti citati escludono, sostanzialmente, che le clausole in deroga all'art. 1957 c.c. siano vessatorie poiché non integrano gli estremi per determinare uno squilibrio fra diritti ed obblighi tali da richiedere una approvazione per iscritto del contraente debole.

formulari, che il professionista dia prova che le clausole unilateralmente predisposte siano state oggetto di trattativa individuale (...) quando il garante riveste la qualità di consumatore, la conclusione di tale accordo derogatorio deve necessariamente essere perfezionata nel rispetto delle forme di tutela non più formali ma sostanziali (la prova della trattativa individuale) richiesta dal Codice del Consumo»⁷⁵.

Accertato che al contratto in esame può applicarsi la disciplina consumeristica, il punto di vista del Tribunale di Treviso appare condivisibile in quanto, se si comprimessero le facoltà al garante - consumatore di porre eccezioni, si determinerebbe automaticamente un significativo squilibrio di diritti ed obblighi fra contraente debole e professionista che difficilmente potrebbe essere superato dal meccanismo della doppia sottoscrizione *ex art. 1341 c.c.*

10. *Contratto autonomo di garanzia*

È noto che il contratto autonomo di garanzia stipulato da un istituto di credito non può neanche idealmente accedere alla tutela del consumatore in virtù delle norme dettate in materia (si rammenta, che l'art. 3 del Codice del consumo definisce “consumatore” la persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività professionale).

La questione va perciò, per questa forma di garanzia, circoscritta alla più marginale fattispecie nella quale il garante si identifica in una persona fisica che, con il suo patrimonio, garantisce autonomamente l'obbligazione principale. E', in questi casi, possibile invocare le norme del codice del consumo?

Sul punto, la giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) si è spesso pronunciata senza arrivare a risultati univoci; vale quindi la pena ripercorrere i punti salienti della questione.

È opportuno muovere dalla teoria del c.d. “professionista di riflesso” (o di rimbalzo) e dalla possibile sua estensione al contratto autonomo di garanzia, così come osservato da una recente pronuncia della Cassazione civile (sent. n. 25212/2011)⁷⁶. La sentenza appartiene infatti al ricordato orientamento della giurisprudenza di legittimità che

⁷⁵ La sentenza è pubblicata su banche dati *De Jure*.

⁷⁶ La teoria del c.d. “professionista di riflesso” e il suo ambito di applicabilità sono stati già affrontati in relazione al contratto di fideiussione nei precedenti paragrafi del presente lavoro.

attribuiva al fideiussore la qualità di consumatore solo quando il debitore principale poteva considerarsi tale.

E tuttavia, quanto al contratto autonomo di garanzia, la Cassazione, con delle considerazioni non specificamente afferenti al caso concreto, enuncia un interessante principio sul tema, adottando una soluzione differente.

Più nel dettaglio, secondo la Cassazione: «a diversa soluzione non può non pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa – e quindi esulando dal concetto di consumo o di bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore»⁷⁷.

Emerge quindi che i giudici perverrebbero a conclusioni differenti in presenza di un contratto autonomo di garanzia dove la tesi del professionista “di riflesso” non può trovare spazio⁷⁸.

Più in particolare, una recentissima ordinanza della Cassazione ha così deciso in tema di foro del consumatore: «in presenza di un contratto autonomo di garanzia, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini della

⁷⁷ Ci si riferisce alla Cass. civ., sez. III, del 29 novembre 2011, n. 25212 in *Resp. Civ. e prev.*, 2012, 2, 631; il medesimo orientamento espresso nel citato provvedimento, è stato pedissequamente ripreso dalla Cassazione con una ord. del 5 dicembre 2016 n. 24846 in *www.dirittobancario.it*. per cui un contratto autonomo di garanzia (pur privo del rapporto di accessorietà tra obbligazione garantita e obbligazione di garanzia) è stato ritenuto pur sempre funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita e, quindi, non considerabile quale contratto di consumo.

⁷⁸ L'interpretazione della sentenza in esame non pare univoca. Infatti, secondo alcuni autori la Cassazione avrebbe inteso l'applicabilità della teoria del professionista “di riflesso” anche al contratto autonomo di garanzia. In questo senso, si veda S. DAPRÀ, *L'estensione della tesi c.d del professionista “di riflesso” al contratto autonomo di garanzia*, in *www.dirittobancario.it*.

applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore anche in punto di competenza, in quanto, pure in tale evenienza, come nel contratto di fideiussione, l'obbligazione del garante è funzionale rispetto a quella garantita»⁷⁹.

Quanto alla giurisprudenza di merito, si segnalano importanti decisioni conformi all'orientamento appena richiamato della Cassazione, in cui il collegamento funzionale fra obbligazione garantita e obbligazione di garanzia si conferma l'elemento centrale e determinante per comprendere quale disciplina applicare⁸⁰.

Interessante è la pronuncia del Tribunale di Genova del 7 aprile 2015 (n. 1106) che se, da un lato, applica la teoria del professionista “di riflesso” alla fideiussione, dall'altro, per il contratto autonomo di garanzia, adotta una soluzione differente.

Più nel dettaglio il giudice di prime cure così stabilisce: «Anche se, in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, la dichiarazione di garanzia prestata nella specie, nella misura in cui impone all'obbligata di effettuare il pagamento “a semplice richiesta”, e “senza eccezioni”, ivi comprese quelle di cui agli artt. 1952, 1955 e 1957 c.c., non può essere qualificata come fideiussione, ma integra un contratto autonomo di garanzia, caratterizzato dalla rottura di quel rapporto di accessorietà tra obbligazione principale ed obbligazione di garanzia che costituisce l'elemento tipico della fideiussione. Ad esso, di conseguenza, non può essere applicato il principio giurisprudenziale che sottrae l'obbligazione del garante alla disciplina consumeristica e accolta l'eccezione di incompetenza territoriale»⁸¹.

Appare evidente che il giudice di merito ha preferito far prevalere l'assenza dell'accessorietà nel contratto autonomo per consentire al garante di accedere alla tutela del consumatore. Ciò che, a parere di chi scrive, appare maggiormente coerente con i principi che distinguono i due contratti in esame e con le finalità di protezione che il diritto dei consumi persegue.

⁷⁹ Cass. civ., sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 1691, in banche dati *De Jure*.

⁸⁰ A tale proposito, si segnala una sentenza del Trib. Arezzo 17 luglio 2018 e una Trib. Taranto 5 novembre 2011 dove, per entrambe, vale il medesimo principio espresso per cui l'obbligazione del garante è funzionale rispetto a quella garantita.

⁸¹ La sentenza citata è pubblicata su banche dati *De Jure*.

Infatti, in assenza dell'accessorietà fra i due rapporti obbligatori non avrebbe senso parlare di collegamento funzionale fra l'obbligazione principale e quella garantita. Pertanto, se il garante persona fisica agisce in veste di consumatore, obbligandosi con un professionista attraverso un contratto autonomo di garanzia, proprio in virtù dell'autonomia della garanzia adottata (e quindi in assenza di una *vis attrattiva* del rapporto base rispetto al rapporto di garanzia), si potrebbero considerare applicabili le norme sulla tutela del consumatore⁸².

In questo modo, il garante-consumatore escusso dal beneficiario, dopo aver dimostrato il carattere autonomo della garanzia, potrà certamente far valere eventuali nullità delle clausole contrattuali⁸³ (ex art. 33-36 codice del consumo) ovvero pretendere l'applicazione delle norme in materia di foro del consumatore, nonostante il contratto principale riguardi due soggetti "professionisti".

Ne deriva che, attraverso questa opzione logico-argomentativa, le finalità di protezione sottese alla normativa consumeristica risulterebbero pienamente soddisfatte.

11. Conclusioni

L'esame sulla estensione delle norme del codice del consumo al fideiussore, i dibattiti svoltisi nel tempo, i dubbi sull'applicazione delle specifiche discipline a tutela del consumatore producono, in generale, una diffusa incertezza applicativa e, per questa via, disincentivano la creazione di un diritto conforme, certo, soprattutto stabile, che

⁸² Sul punto, si vedano S. IACHELLI, *La qualità di consumatore nel contratto di fideiussione*, in www.camminodiritto.it, 2017; L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore*, in *Contratti*, 2015, 195; S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 131 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. Civ.*, 2012, 527.

⁸³ Tali clausole vessatorie possono costituire proprio ciò che qualifica il contratto di garanzia come autonomo. A ben vedere, la clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni, o anche le clausole con cui il garante rinuncia ad avvalersi della decadenza prevista all'art. 1957 c.c., ecc., si pongono tutte in aperto contrasto con l'art. 33, lett. t, Codice del consumo che stabilisce la vessatorietà di quelle clausole che sanciscono a carico del consumatore "limitazioni della facoltà di opporre eccezioni". Tali osservazioni appartengono a S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore*, cit., 235 ss.

rappresenta la preconditione per la crescita del sottostante mercato dei prodotti e dei servizi.

E' infatti noto che la efficacia, la effettività della legge a fini di regolazione del diritto dell'impresa e del mercato postula che la cornice normativa di riferimento sia caratterizzata da un elevato tasso di stabilità, essendo un diritto conforme e certo elemento non solo utile o necessario, ma prezioso, del buon operare della macchina del mercato in una economia avanzata; assume significato particolare nel promuovere i mutamenti del sistema finanziario e monetario o, quanto meno, nel facilitarli.

La stabilità della legge è perciò un valore della sua effettività. L'osservanza diffusa e durevole delle regole di condotta preserva non solo gli usi, ma anche la legge dalla desuetudine. Da ciò discende che i divaricati orientamenti sul punto rendono per lo meno auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Nel caso di specie, l'azione del legislatore che intenda rimediare alle asimmetrie informative fra contraente debole e professionista – coerente con le linee evolutive del diritto europeo – dovrebbe riguardare ogni persona fisica che si trovi in una posizione di debolezza contrattuale e che, per questo, merita di essere protetta dagli ostacoli dovuti alla struttura negoziale prescelta, potendosi solo in questo modo ristabilirsi un equilibrio fra le parti del rapporto.

Pertanto, anche al fideiussore – persona fisica, che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale e che, in questa veste, garantisce un debitore – professionista, va estesa la tutela in esame, prescindendo dall'automatismo del principio di accessorietà che, per converso, ha modo di affermarsi in una relazione negoziale tra soggetti "uguali" (quale è quella del codice civile, il cui postulato è l'indifferenza soggettiva dei paciscenti), certo non nei c.d. "scambi senza accordo" che caratterizzano il contratto del consumatore.

Come correttamente osservato da alcuni autori, gli elementi oggettivi della fideiussione come l'accessorietà servono a classificare il negozio e non a creare delle simmetrie di natura soggettiva tra l'altro poco afferenti alla materia della tutela del consumatore⁸⁴.

⁸⁴ Si sta facendo riferimento a A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit.

Senza omettere di considerare che, estendendo la disciplina del codice del consumo al fideiussore, si agisce in maniera maggiormente conforme alle più generali esigenze del mercato come conformato dal legislatore dell'Unione, il quale con la direttiva 13/93 CEE ha voluto individuare un sistema normativo speciale per una categoria di soggetti che si affacciano costantemente al mercato "consumando" innumerevoli tipologie di beni e servizi e che, per questi motivi, devono essere maggiormente tutelati al fine di evitare eventuali fallimenti del mercato stesso.

Con una normativa di settore uniforme (in quanto applicabile a tutti i professionisti e a tutti i consumatori) e di favore, sarebbe infatti chiaro l'incentivo al consumo che si voglia assicurare agli attori di questo mercati, i quali, sentendosi adeguatamente tutelati, si avvicinerrebbero allo stesso con minori resistenze.

È dunque evidente che, attraverso questo processo, lieviterebbero domanda e offerta, generando un percorso virtuoso di crescita economica in un mercato unico europeo fondato sul pieno rispetto dei principi di libera concorrenza.

Dalla disamina di morfologie, discipline e fattispecie delle figure innanzi esaminate desumibili nel sintagma "funzione di garanzia" nell'ambito di attività economicamente rilevanti della pratica degli affari, si può – quanto meno sul piano teorico – trarre il ragionevole convincimento che la qualifica soggettiva di consumatore in capo al garante non appaia questione strettamente connessa al solo contratto di fideiussione.

Ciò, per lo meno, in quanto i mutamenti che hanno caratterizzato sul piano giurisprudenziale e, talora, anche su quello legislativo (sia pure nell'ambito certo non organico di microsistemi che hanno concorso e concorrono alla c.d. "decodificazione" del diritto civile) le garanzie tipiche del codice civile come quelle frutto dell'autonomia privata appaiono dovuti alla traslazione della garanzia da isolati (se non da episodici e accessori) rapporti negoziali a significativi elementi che caratterizzano una attività economica o finanziaria. In particolare, il collegamento tra le garanzie e l'esercizio di una attività economica si esplicita e trova nello scopo di finanziamento in vario modo perseguito dalle parti una delle più rilevanti chiavi di lettura, costituendo l'elemento che giustifica, o comunque concorre a giustificare, alcune

soluzioni comuni alle garanzie contrattuali, oggetto della riflessione tanto sul piano negoziale quanto su quello dogmatico.

Non sempre, e anzi raramente, rileva nei contesti descritti in quest'ultima parte del lavoro la figura del garante – consumatore, attesa la naturale attrazione di siffatte garanzie nell'ambito dei contratti tra imprese. Ma ciò non è aprioristicamente da escludersi nei casi in cui siffatte forme di garanzia vengano divise e adattate a rapporti caratterizzati da differenti *status* soggettivi.