

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2022

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, CHIARA PRESCIANI, 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 PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

La saga del fideiussore consumatore

SOMMARIO: 1. La questione nella giurisprudenza europea. – 2. Le motivazioni delle Corti italiane. – 3. La natura dell'accessorietà fideiussoria nella disciplina del codice civile. – 4. Indici di autonomia del negozio fideiussorio nella dimensione codicistica. – 5. Normativa consumeristica e tutela del mercato. – 6. Prospettive.

1. *La questione nella giurisprudenza europea.*

La questione se la qualifica soggettiva del fideiussore come consumatore o come professionista sia desumibile in sé o come corollario del rapporto principale a cui la garanzia accede ha impegnato negli ultimi tempi dottrina e giurisprudenza, sia a livello nazionale che europeo.

Il dibattito sul punto si è fatto acceso quando dopo anni di relativa stabilità la Corte di Giustizia sembra aver mutato improvvisamente avviso capovolgendo un orientamento costruito secondo una sequenza logica in apparenza lineare e in realtà poggiante su un equivoco di fondo.

Il caso originario, trattato nella celeberrima sentenza *Dietzinger* del 17 marzo 1998, procedimento C-45/96, verteva sull'interpretazione della direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ora abrogata, e nasceva da una fideiussione prestata da un privato per un debito contratto dall'impresa edile gestita dal padre.

La Corte, analizzando l'ambito di applicazione della direttiva, vi includeva «qualsiasi contratto concluso tra una persona fisica ed un commerciante, il quale nell'ambito della sua attività professionale fornisca in linea generale beni e servizi a consumatori, anche se il contratto in causa non comporti una controprestazione siffatta» e anche se si tratti di un contratto a favore di terzi, in quanto i beni o servizi acquistati siano destinati all'uso di una persona estranea al rapporto contrattuale in questione. In questi termini la fideiussione veniva ricondotta sotto l'egida della direttiva specificando anche che «la concessione di un credito costituisce un servizio ed il contratto di fideiussione è di natura accessoria rispetto al contratto principale, di cui

il più sovente costituisce in pratica un presupposto». E ancora che «con riguardo allo stretto legame tra il contratto di credito e la fideiussione che ne garantisce l'esecuzione nonché alla circostanza che la persona che si impegna a garantire il rimborso di un debito può avere lo status di condebitore in solido o di fideiussore, non può escludersi che la fideiussione ricada sotto la direttiva».

Il legame di accessorietà così descritto viene tuttavia spinto dalla Corte sino a coinvolgere il profilo soggettivo dei contraenti modulando l'applicabilità della disciplina consumeristica sulle caratteristiche delle parti del contratto principale, per concludere che « L'art. 2, primo trattino, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1995 n. 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, 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».

Il ragionamento teneva in relazione alla fattispecie contingente e l'esito a cui giunge la pronuncia soddisfa in quanto nel caso deciso il privato avrebbe approfittato con malizia della sua posizione di consumatore per sottrarre la garanzia alla banca nel momento in cui la banca stessa l'aveva attivata.

Di primo acchito nessuna specifica obiezione era stata poi sollevata in dottrina in relazione al fondamento concettuale richiamato, che poggiava sulla natura ancillare della garanzia rispetto all'obbligazione principale dovuta alla sua accessorietà: che la fideiussione sia modulata e anzi fondi la propria causa sul contratto di credito a cui si riferisce è dato in sé evidente. I dubbi riguardavano semmai la ricostruzione del legame tra fideiussore e debitore principale nel singolo caso concreto, al fine di valutare se il garante fosse degno o meno di ricevere la tutela consumeristica¹.

Inaspettatamente, tuttavia, la Corte sembra avere più di recente smentito sé stessa in ben due occasioni, che hanno segnato il passo

¹ Cfr. al riguardo M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 285 s.; v. anche M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 1123.

anche per la nostra Cassazione in un primo tempo assestata stabilmente sulla linea *Dietzinger*. Si tratta dell'ordinanza *Tarcău* del 19 novembre 2015 in causa C-74/15, a cui ha fatto seguito l'ordinanza *Dumitraș* del 14 settembre 2016 in causa C-534/2015².

I casi erano simili e riguardavano entrambi garanzie immobiliari o fideiussorie concesse da privati in relazione a debiti contratti da società terze. Le fattispecie di riferimento erano dunque accostabili a quella alla base della sentenza *Dietzinger*, anche se la materia trattata ineriva qui alle clausole vessatorie. L'esito a cui è approdata la Corte di Giustizia, tuttavia, è risultato diametralmente opposto al precedente del 1998, eppure in grado di assicurare una definizione appropriata delle controversie decise.

Nello specifico si è affermato, a conclusione di entrambe le cause³, che la direttiva 93/13/CEE «può essere applicata ad 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

² Sulla stessa linea, sia pure riferita ad una fattispecie non direttamente sovrapponibile, viene collocata anche l'ordinanza CGUE, 27 aprile 2017, in causa C-535/16, *Bachman*, ove la Corte così dispone: « L'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una persona fisica che, a seguito di novazione, si è impegnata, mediante contratto, nei confronti di un istituto di credito a rimborsare crediti inizialmente concessi a una società commerciale per scopi inerenti all'attività di quest'ultima, può essere considerata un consumatore, ai sensi di tale disposizione, qualora tale persona fisica non abbia un legame evidente con tale società e abbia agito in tal modo per fini che esulano dalla sua attività professionale, ma sulla base dei suoi legami con la persona che controllava detta società nonché con la persona che ha sottoscritto contratti accessori ai contratti di credito originari (contratti di fideiussione o di garanzia immobiliare/ipoteca)». Lega questa ordinanza alle due sentenze richiamate nel testo, ravvisando nel binomio negoziabilità-scopo privato «l'argomento che dà succosamente conto del mutamento giurisprudenziale che, nella nuova impostazione della Corte, ha mandato in archivio la teoria del c.d. professionista di rimbalzo», S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 87. Aggiunge di seguito l'autore che «l'itinerario della Corte è coerente con l'idea di un diritto dei consumi quale disciplinare di regolamentazione dei mercati finali, *sedes materiae* perciò di una tutela *oggettiva* indipendente da ogni competenza individuale perché anzitutto rivolta a dei soggetti "privi di qualità"».

³ Si riportano i passi dell'ordinanza *Tarcău* ripresi testualmente nella *Dumitraș*.

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». Ciò in base al fatto che la direttiva sulle clausole abusive va applicata a qualsiasi contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore: «l'oggetto del contratto è quindi irrilevante, fatte salve le eccezioni indicate al decimo considerando della direttiva 93/13, per definire l'ambito di applicazione di tale direttiva». «È dunque 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». In altre parole, un soggetto che agisca al di fuori della propria attività professionale conserva per ciò solo il diritto di essere considerato consumatore con le tutele che ne conseguono poiché si trova in una condizione di inferiorità negoziale e diviene irrilevante al riguardo il fatto che il negozio de quo sia autonomo o accessorio ad altro: si tratta sempre di una pattuizione distinta stipulata tra soggetti diversi da quelli del rapporto principale. Ciò trova particolare conferma nei contratti di garanzia, ove l'impegno assunto dal garante comporta «obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare».

In questi termini, dunque, non sarebbe tanto il profilo oggettivo-strutturale quanto il profilo soggettivo a connotare un accordo come contratto dei consumatori. Sminuito il ruolo dell'accessorietà, sembrano così smentiti i presupposti della costruzione pregressa per convogliare invece il ragionamento sulla ratio legis, valorizzando il fatto che la normativa consumeristica nasce per regolare il mercato favorendo l'attenuazione del divario informativo strutturale che divide il consumatore dal professionista.

Rimane fermo che ogni disciplina di consumo possiede un suo specifico ambito di applicazione modulato *ratione materiae* e che non abbraccia sempre ogni tipo di contratto. All'interno dello spazio così definito dal legislatore, tuttavia, secondo la Corte l'applicabilità in concreto della tutela andrebbe valutata utilizzando come parametro lo stato soggettivo dei contraenti.

Un mutamento di prospettiva non poco significativo, quindi, con ricadute dirette determinanti nel contesto della fideiussione e delle prerogative che al garante possono essere accordate, tant'è che la

maggior parte degli interpreti ha ravvisato nelle nuove pronunce un netto revirement rispetto all'impostazione pregressa: alla fideiussione viene ora riconosciuta una considerazione autonoma come a qualsiasi altro negozio, mentre in precedenza veniva relegata in un ruolo ancillare che la condannava ad essere legata a doppio filo all'obbligazione a cui accedeva⁴.

È innegabile che la Corte nelle ultime pronunce abbia tolto qualsiasi rilievo alla qualità del debitore principale per la definizione dello status del fideiussore e dunque non vi è dubbio che, a tale riguardo, un cambio di rotta sia stato praticato. Ciò non di meno in dottrina vi è chi smentisce la sussistenza di una reale contrapposizione tra i due orientamenti descritti, essendo le fattispecie di riferimento riconducibili a materie diverse, quella dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali nel caso *Dietzinger* e quella delle clausole vessatorie in *Tarcău e Dumitraș*. Si fa rilevare come la direttiva 93/13/CEE abbia un campo di applicazione che naturalmente si presta a ricomprendere anche contratti di consumo non sinallagmatici, quale è la fideiussione, mentre la direttiva 85/577/CEE sia riferita testualmente ai soli contratti di fornitura di beni e servizi ai consumatori, tra i quali la garanzia non sembrerebbe rientrare *tout court*. Il richiamo all'accessorietà sarebbe allora servito alla Corte anzitutto per estendere alla fideiussione la disciplina della direttiva 85/577/CEE⁵.

In realtà, pur nel contesto di una motivazione parca di riferimenti, dai passaggi sopra riportati risulta che i giudici abbiano considerato anche l'applicabilità diretta della normativa sui contratti conclusi a distanza ai negozi non sinallagmatici e financo ai contratti a favore di

⁴ In questo senso *ex multis* M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit., 1121; M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 287; N. CIPRIANI- G. CAZZETTA, *Le clausole in "deroga" alla fideiussione*, in questa *Rivista*, 2018, I, 469; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2^a ed., Milano 2020, 53; U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, in *Banca Borsa, tit. cred.*, 2020, II, 696; M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 764.

⁵ Così S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 108 ss., il quale estende il discorso anche al caso *Berliner Kindl Brauerei* 23 marzo 2000, in causa C-208/98, riferito alla normativa sul credito al consumo per concludere che «non è quindi che *Tarcău* disattenda *Dietzinger* e *Berliner Kindl Brauerei* perché sono diverse, in realtà, le direttive formanti oggetto del rinvio pregiudiziale».

terzi⁶, quali quelli di concessione della garanzia possono essere⁷. Non è dunque questione di applicabilità o meno della disciplina specifica alla fideiussione, visto che in tutti e tre i casi riportati i giudici l'hanno finalmente riconosciuta. Il problema risiede piuttosto nella lettura dell'accessorietà che in *Dietzinger* è stata assunta ad argomento dirimente e nelle pronunce successive è stata considerata invece profilo non pertinente. E il fatto – pur richiamato dalla medesima dottrina⁸ – che a seguito del mutamento della normativa consumeristica di riferimento per i contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali, con il subentro della direttiva 2011/83/UE, la fideiussione ne risulterebbe oggi esclusa più che assumere una precisa rilevanza nel contesto giurisprudenziale descritto risulta semmai interessante come rilievo critico nei confronti delle scelte del legislatore.

2. Le motivazioni delle Corti italiane

Se i giudici del Lussemburgo sono essenziali nelle motivazioni non andando oltre quanto sopra riportato, nemmeno la Cassazione sembra essersi voluta dilungare troppo allorché ha aderito rispettivamente alla linea *Dietzinger* e alla diversa linea più recente. E ciò è vero al punto che si sarebbe portati a pensare che le oscillazioni del diritto europeo siano in grado di giustificare da sole la modifica dell'orientamento del giudice interno. Ma a ben vedere non è così.

⁶ Se il contratto di garanzia segue la struttura del contratto a favore di terzi, tendenzialmente il ruolo del promittente sarebbe ricoperto dal fideiussore, il debitore, ma anche un terzo estraneo, sarebbe lo stipulante e beneficiario sarebbe il creditore: sul punto cfr. M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 348 s.

⁷ Nel senso del testo già F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di 'consumatore' nei contratti* - nota a Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, in *Giust. civ.*, 2001, 2160; più di recente M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 282 s., che sottolinea come il ragionamento della Corte in *Dietzinger* si articoli lungo due passaggi di fondo, il primo dedicato all'affermazione della possibilità che la fideiussione ricada nel campo applicativo della direttiva 85/577/CEE e il secondo dedicato a stabilire quando il garante possa essere considerato consumatore. V. ora, in particolare, U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, cit., 693 s.

⁸ Cfr. S. PAGLIANTINI, *op. loc. ultt. citt.*

Nella recente pronuncia n. 742 del 16 gennaio 2020⁹, che verte intorno ad un caso di regolamento di competenza, la Suprema Corte riporta i passaggi di un precedente particolarmente significativo per il profilo qui trattato, Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, ove l'adesione alla linea *Dietzinger* veniva motivata con il fatto che il contratto principale e quello di garanzia che ad esso accede sono «obiettivamente unificati da un nesso di interdipendenza che, per volontà del legislatore stesso, è tale da determinare che ogni vicenda del contratto principale si comunica al contratto subordinato e non viceversa»: un collegamento «necessario, unilaterale e funzionale» legherebbe i due negozi in virtù del disposto degli artt. 1939, 1941 e 1945 del codice civile. Di seguito la più recente Cassazione afferma tuttavia di non poter ignorare «il forte rilievo che, per la ricostruzione del diritto interno, vengono a rivestire gli interventi della Corte di Giustizia Europea» e, nell'aderire per il caso deciso al nuovo orientamento dei giudici del Lussemburgo, tiene a specificare che l'accessorietà che connota la struttura disciplinare dell'obbligazione fideiussoria rimane tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore, non potendo incidere sulla qualificazione dell'attività professionale o meno dei contraenti.

Ad adiuvandum vengono anche espressamente richiamate le critiche che la dottrina aveva mosso in precedenza alla costruzione c.d. del professionista di riflesso in ragione degli esiti paradossali a cui essa

⁹ La sentenza è pubblicata in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 685 ss. con nota di U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, cit., 688 ss. ove si evidenzia come nel caso di specie si trattasse di «uno scenario rovesciato», ossia di un fideiussore che voleva far valere la propria qualità di professionista per contestare la scelta della banca di aver instaurato la causa dinanzi al giudice del luogo di sua residenza. L'A. sottolinea come la pronuncia *de qua* sia in realtà quella nella quale «il congedo dalla teoria [del professionista di rimbalzo] appare assumere una consapevolezza compiuta», richiamando l'attenzione sulla reale valenza della c.d. accessorietà fideiussoria, 698. V. anche la nota di M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit., 762 ss. in cui pure si rimarca come nel caso di specie «la Banca abbia insistito nel qualificare come consumatori entrambi i debitori, mentre questi ultimi abbiano strumentalmente invocato l'applicazione di clausole a sé stessi astrattamente sfavorevoli», e poi si osserva acutamente come alcune argomentazioni possano anche essere apprezzabili dal punto di vista della strategia difensiva, ma potrebbero divenire fuorvianti se assottigliate nel contesto di «un'interpretazione sistemica degli istituti rilevanti» e propone di valutare caso per caso in base al ruolo effettivamente ricoperto dal garante se questi meriti la tutela consumeristica, 763.

poteva condurre quando garante fosse la banca rispetto al debito contratto da un privato¹⁰.

Le altre pronunce della Cassazione che seguono l'orientamento più recente della Corte di Giustizia non si spendono in specifiche argomentazioni ulteriori, limitandosi a ribadire che il contratto di fideiussione è in sé una negoziazione prima ancora di essere un contratto accessorio al debito principale per concludere che l'applicabilità dello statuto del consumatore va modulata direttamente sulle qualità soggettive del fideiussore a prescindere dallo status delle parti del contratto a cui accede¹¹.

Tra i precedenti del nuovo orientamento si annovera anche una sporadica pronuncia risalente che riguardava un caso di regolamento di competenza relativo al foro territoriale, ove la Suprema Corte, sulla base del fatto che nella specie il contratto di fideiussione aveva natura trilatera in quanto sottoscritto dalla parte garantita, dalla parte garante, entrambe società, e dai beneficiari che erano invece soggetti privati, aveva ritenuto di valorizzare la posizione dei beneficiari per qualificare la clausola derogatoria della competenza come vessatoria nei loro confronti in applicazione della normativa consumeristica. La fattispecie è peculiare, tuttavia è significativo il fatto che in motivazione venga smentito testualmente il ruolo dell'accessorietà per la determinazione della disciplina del contratto di garanzia, escludendo che potesse essere dato rilievo alla natura societaria del debitore principale per valutare l'applicabilità delle regole di consumo alla fideiussione¹².

¹⁰ Evidenzia il paradosso della tesi del consumatore accessorio *ex multis* A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari, Regole*, Milano 2013, 61 nt. 12.

¹¹ Così Cass. 31 dicembre 2018, n. 32225, che segna la prima vera adesione al nuovo corso della Corte di Giustizia, smentendo la tesi per cui l'accessorietà della fideiussione implica rinvio al rapporto principale anche per la valutazione del profilo soggettivo del garante. Nello stesso senso, oltre alla ricordata Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, Cass. 19 luglio 2021, n. 20633; Cass. 8 maggio 2020, n. 8662 e Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666; Cass. 31 ottobre 2019, n. 28162; Cass. 26 marzo 2019, n. 8419, che nulla di più aggiungono in motivazione.

¹² Si tratta di Cass. 12 gennaio 2005 n. 449: il richiamo compare testualmente in motivazione di Cass. 25212/2011.

Va dato atto che esiste anche qualche sporadica sentenza di merito che ha preso le distanze dalla Suprema Corte nel tempo in cui seguiva la teoria c.d. del “professionista di rimbalzo”¹³.

Per una presa di posizione più esplicita in senso critico verso l'utilizzo del criterio *accessorium sequitur principale* si deve cercare tuttavia nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario Finanziario che, pur ondivaga nel suo complesso, contiene comunque decisioni significative in tal senso¹⁴. Si segnalano in particolare ABF Roma n. 4109/2013 ove il Collegio in tempi non sospetti affronta *apertis verbis* il nodo problematico rilevando come la dipendenza della garanzia dal rapporto principale operando sul piano oggettivo non sia in grado di determinare l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva del debitore principale, dovendosi piuttosto tenere in considerazione «le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere»¹⁵. Ancora più netta la motivazione di ABF, Coll. Coord., 8 giugno 2016, n. 5368 che arriva

¹³ In questo senso si segnala in particolare Trib. Palermo, 13 dicembre 2005 che valorizza il ruolo concretamente svolto dal fideiussore nel negozio: cfr. al riguardo M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 284 s.; M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit., 1123 s.

¹⁴ Fa ben rilevare l'andamento oscillante delle decisioni ABF sul punto, M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 286.

¹⁵ La decisione è reperibile al link: [Dec-20130726-4109.pdf](#) ([arbitrobancariofinanziario.it](#)). Di seguito il passaggio della motivazione nel quale il Collegio prende le distanze dall'orientamento allora dominante: «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 pertinenti) 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 un commento si veda A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore, a proposito di Abf Roma n. 4109/2013*, in [www.dirittobancario.it](#), Spunti dall'ABF, gennaio 2014, ove l'a. concorda sul criterio scelto dal Collegio, pur manifestando qualche perplessità in relazione al caso concreto «sulla definizione specifica del criterio di orientamento guida per l'iscrizione del fideiussore nella categoria dei professionisti o dei consumatori».

dopo il nuovo corso della giurisprudenza europea e vi si allinea ritenendolo «pienamente coerente con le finalità di tutela proprie della disciplina consumeristica. Finalità che verrebbero frustrate dall'applicazione di un automatismo secondo cui il garante di un professionista è per definizione a sua volta qualificato come non consumatore» e conclude affermando che «è in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito e il bisogno di tutela del garante non professionista»¹⁶.

Dal lato opposto le motivazioni delle pronunce che in massa avevano seguito in un primo tempo l'onda della *Dietzinger* non facevano che ripetere la stessa formula ricorrente secondo la quale l'accessorietà della fideiussione ne avrebbe impedito una considerazione autonoma al fine di valutare l'applicabilità ad essa della disciplina consumeristica. Il che aveva portato in tutti i casi i giudici a prescindere dalla qualità soggettiva del fideiussore per considerare invece determinante quella del debitore principale¹⁷.

Si sottolineava in quest'ottica che «il rapporto che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito ed il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria integra gli estremi del collegamento contrattuale; fenomeno che ricorre quando due o più contratti, pur mantenendo ciascuno una propria individualità ed una propria autonoma causa, mirano nel loro insieme alla realizzazione di un'operazione economica complessa ed unitaria». Nella specie ciò serviva anzitutto – un po' come si intravede nella *Dietzinger* – per attrarre con certezza la garanzia nell'ambito di applicazione della disciplina consumeristica, visto che nel caso si doveva fare riferimento

¹⁶ La decisione è reperibile al link: [59682ef644d1180235fa508a5ea36d92](https://www.arbitrobancariofinanziario.it) (arbitrobancariofinanziario.it). Si segnala tra l'altro che in motivazione viene utilizzato come argomento ulteriore il fatto che la tesi seguita ben si adatta anche alle garanzie autonome, ove il richiamo all'accessorietà sarebbe del tutto inutilizzabile oltre che improprio. Cfr. sul punto M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 288 s.

¹⁷ Nel senso che la qualità del debitore principale attrae anche quella del fideiussore in quanto titolare di un rapporto accessorio si sono espresse di recente, oltre alla pronuncia citata nel testo, anche Cass., 9 agosto 2016, n. 16827 e Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846: quest'ultima pronuncia tra l'altro estende la medesima logica anche al contratto autonomo di garanzia «essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita».

alla prima versione testuale dell'art. 1469 bis c.c., che in attuazione della direttiva 93/13/CEE ne aveva inspiegabilmente limitato il campo di azione ai contratti aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi. Comunque, la conclusione a cui era approdata la Cassazione convergeva sulla centralità della qualità del debitore principale per la determinazione della disciplina applicabile alla fideiussione¹⁸.

Come ulteriore specificazione si leggeva al massimo che «nella fideiussione le obbligazioni del debitore principale e del fideiussore pur essendo distinte, sono pur sempre collegate nel senso che l'adempimento dell'obbligazione del fideiussore, per l'identità del contenuto giuridico di tutte le prestazioni, estingue in via diretta ed immediata tutti i rapporti partecipativi della solidarietà»¹⁹.

In definitiva si deve riconoscere che nel contesto giurisprudenziale nazionale difettano pronunce che sviscerino davvero il problema del rapporto tra la garanzia e il debito di riferimento: non quelle che lo sviscerano aderendo alle ultime indicazioni della Corte di Giustizia, ma nemmeno quelle che in un primo tempo lo avevano enfatizzato poggiandovi la soluzione del caso deciso. Resta dunque un'insoddisfazione di fondo rispetto al profilo dell'accessorietà fideiussoria, prima affermata e poi parzialmente smentita, che impone al civilista una riflessione ulteriore.

Il dato più significativo rimane il richiamo agli articoli 1939, 1941 e 1945 del codice civile, contenuto nella motivazione della Cassazione 2011, opportunamente citata da Cass. n. 742/2020. I giudici sembrano così individuare uno spunto specifico lasciando intendere che oltre a ragioni di politica economica esistono anche elementi prettamente testuali sui quali la soluzione adottata vuole poggiare. Nel contesto della motivazione stesa la Corte non ha ritenuto di andare oltre la frase

¹⁸ Così in particolare Cass., 11 gennaio 2001, n. 314 e del tutto analogamente Cass., 13 maggio 2005, n. 10107. Sulla portata della motivazione di Cass. 314/2001 v. anche, nel senso del testo, U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, cit., 694 s.; M. C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., 283 s.

¹⁹ Il passaggio si trova in Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, per il resto del tutto in linea con le pronunce richiamate nella nota precedente, anche riguardo alle difficoltà interpretative create dalla prima versione dell'art. 1469 bis c.c., applicabile *ratione temporis*.

sopra riportata, ma l'input offerto può senz'altro essere colto per sviluppare il profilo evidenziato. Per superare la sensazione che quasi manchi una precisa ragione alla base del cambio di prospettiva della giurisprudenza è pertanto sulle scelte del legislatore del '42 che va condotta la riflessione al fine di verificare se il richiamo all'accessorietà nel contesto in esame sia pertinente o meno, al di là dell'uso che ne venga poi fatto per decidere il caso concreto.

3. La natura dell'accessorietà fideiussoria nella disciplina del codice civile.

Della natura dell'accessorietà fideiussoria si discute da sempre, tanto che si può dire che chiunque abbia scritto in materia abbia dedicato la propria attenzione inizialmente a questo aspetto, destinato per centralità a condizionare lo sviluppo di ogni discorso successivo. Certo le riflessioni condotte sino ai tempi più recenti si concentrano per lo più sul piano concettuale tenendo come parametro di riferimento quasi esclusivamente il codice civile e le regole generali ivi contenute. Non stupisce quindi che il profilo emerso nella giurisprudenza sinora esaminata risulti del tutto inedito rispetto al dibattito dottrinale classico. Il codice, infatti, nasce per scelta esplicita come la normativa privatistica di base applicabile senza distinzioni soggettive, al punto che il legislatore del '42 ha voluto superare persino la partizione che la maggior parte degli altri ordinamenti ancora conserva tra regole civili e regole di commercio. Non va dunque dimenticato che fino all'introduzione della normativa consumeristica esisteva in Italia un'unica disciplina dei rapporti tra privati, modulata non a caso secondo la logica della contaminazione dei concetti tradizionali con le dinamiche del mercato. Si dice che il libro IV del codice civile sia il frutto di una commercializzazione del diritto civile che ha determinato una profonda revisione dei parametri classici degli istituti ed un precoce svecchiamento del sistema segnando il passo e anticipando per molti aspetti le più recenti riforme straniere in materia di obbligazioni e contratti²⁰.

²⁰ Si veda al riguardo di F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di 'consumatore' nei contratti*, cit., 2153 s. ove è ben evidenziato come il diritto sia profondamente mutato nel passaggio dall'ideologia paleocapitalistica delle società borghesi dell'Ottocento, fondata sulla contrattazione *inter pares*, alle istanze solidaristiche della stagione

Venendo in particolare alla fideiussione se ne trova una regolamentazione unica negli artt. 1936 ss. c.c. senza che sia contemplata una eventuale rilevanza delle caratteristiche soggettive delle parti coinvolte al fine di modularne diversamente la disciplina. Nello specifico, se non vi è dubbio che la fideiussione sia considerata dal codice un rapporto nel quale la causa di garanzia stabilisce un legame di accessorietà con l'obbligazione principale che poggia sul profilo oggettivo, sull'identità del rapporto obbligatorio, nessun indice di legge sembra invece condurre a pensare che l'*eadem obligatio* debba naturalmente coinvolgere anche il profilo soggettivo di chi agisce come garante.

Si comprende allora che intendere *tout court* l'accessorietà come un dato globale e totalizzante in grado di connotare l'intera operazione di garanzia, come hanno fatto le Corti europea ed italiana in un primo tempo, e farne un dato di valenza trasversale appare un azzardo privo di uno specifico fondamento normativo.

Il codice civile italiano sembra fornire indicazioni piuttosto chiare di segno opposto.

Tra gli indici che valorizzano l'accessorietà della fideiussione rispetto all'obbligazione principale limitandone l'operatività al solo profilo oggettivo, determinante appare anzitutto il disposto dell'art. 1939 c.c. che sancisce l'invalidità della fideiussione nel caso di invalidità dell'obbligazione principale. Il legame oggettivo che unisce rapporto principale e garanzia è forte al punto che nell'opinione dominante non è ammessa per la fideiussione tipica la c.d. clausola di sopravvivenza con cui si pattuisce che la fideiussione resti valida in caso di invalidità dell'obbligazione principale²¹. Si ammette tuttavia testualmente che la garanzia possa essere prestata per un'obbligazione assunta da un'incapace cosicché se l'obbligazione principale venisse

dell'intervento pubblico, fino all'approdo al diritto diseguale della tarda modernità neocapitalistica.

²¹ Cfr. sul punto G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 1; v. anche G. BOZZI, *La fideiussione*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale, Diritto dei contratti* diretto da G. Alpa e M. Confortini, Torino, 2013, 201 ss. che sottolinea come nella più recente lettura si sia spostato il problema sull'obbligazione restitutoria che vincola comunque il garante nei confronti della banca. Per una rassegna delle opinioni in merito alla compatibilità della clausola di sopravvivenza con la fideiussione tipica G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 271 ss.

annullata per incapacità del debitore il fideiussore rimarrebbe comunque obbligato. La *ratio* della previsione è di evitare che il fideiussore si svincoli dalla garanzia beneficiando di una tutela che riguarda la persona del debitore principale, ma in questi termini si sancisce anche, nemmeno troppo indirettamente, che il profilo soggettivo dei due rapporti obbligatori rimane affatto distinto²².

In perfetta scia si colloca l'art. 1945 c.c. che segna il regime delle eccezioni, ammettendo l'opponibilità da parte del garante di tutte le eccezioni che potrebbe sollevare il debitore principale tranne l'incapacità, a cui la dottrina accomuna in via di integrazione ermeneutica anche tutte le eccezioni personali²³. In pratica le eccezioni che il garante può opporre riguardano l'essenza dell'obbligazione garantita, ma prescindono dallo stato delle parti che in essa sono vincolate²⁴.

Conferma della natura meramente oggettiva del legame di accessorietà *de quo* si rinviene anche nell'art. 1941 c.c. che regolando i limiti dell'obbligazione di garanzia li plasma sull'obbligazione principale, stabilendo inderogabilmente che la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore principale né può essere prestata a condizioni più onerose²⁵.

Nella medesima prospettiva l'art. 1942 c.c. segna l'estensione della fideiussione a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore

²² Cfr. sul punto G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 187 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 254 s. V. anche G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, in *Tratt. Bessone*, XI, I, Torino, 2007, 29.

²³ Così G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 306 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 354 s.; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 369.

²⁴ Esplicitamente in questo senso M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 368: «Il fideiussore ha un diritto proprio a far valere quelle eccezioni e pertanto non è pregiudicato dal comportamento che possa aver tenuto il debitore; non vale che l'art. 1945 lo ammette ad opporre le eccezioni che spettano al debitore, perché quivi si accenna ad una spettanza astratta, non ad una spettanza concreta».

²⁵ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 209; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 309; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 19 e 32 ove chiaramente è detto che «per fideiussione “eccedente” dovrà intendersi una forma di garanzia che preveda modalità di adempimento della relativa obbligazione implicanti un aggravamento della prestazione».

principale e alle spese successive, parametrando in questi termini l'obbligazione del fideiussore sull'obbligazione principale.

Anche nella disciplina dell'art. 1949 c.c. si possono rinvenire indicazioni di tenore analogo. La norma prevede come noto la surrogazione legale del fideiussore nei diritti che il creditore aveva verso il debitore, presentandosi come un normale caso di surrogazione ex art. 1203 n. 5 c.c.²⁶. In via interpretativa, tuttavia, si estende il fenomeno a tutte le garanzie personali e reali prestate da terzi per l'obbligazione principale anche se acquisite posteriormente alla fideiussione e si escludono le garanzie che non siano accessorie, specificando altresì che la surrogazione non opera se il rapporto coinvolga diritti intrasmissibili²⁷.

In definitiva, da uno sguardo d'insieme, si trae la conclusione che nella prospettiva del codice l'obbligazione principale sia presupposto e misura dell'obbligazione fideiussoria²⁸, ma senza che questo legame interferisca con il profilo soggettivo dei due vincoli.

Ciò non toglie che l'accessorietà sia connotante e marcata al punto che in generale le modificazioni dell'obbligazione principale si ripercuotono sull'obbligazione di garanzia²⁹ e che se si verifica l'adempimento da parte del debitore principale il contratto di fideiussione si debba considerare adempiuto³⁰. D'altra parte, la stessa solidarietà tra debitore principale e fideiussore prevista dall'art. 1944 c.c. è unanimemente considerata una solidarietà disuguale o a interesse unisoggettivo nel senso che solidale è l'obbligazione del fideiussore, non quella del debitore, perché si ritiene che anche l'obbligazione del

²⁶ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 414; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1995, 491.

²⁷ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 412; cfr. anche G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 419 ss.; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 52.

²⁸ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 3 ss. e 207 ss.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 248; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 54.

²⁹ Tranne le modifiche che aggravano l'obbligazione garantita (v. art. 1941) oltre ad espresse eccezioni: cfr. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 4 e 209; v. anche M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 358; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 31.

³⁰ V. per tutti M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 362; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 55.

garante risponda all'interesse del debitore principale in quanto accessoria³¹.

Per quanto estesa sia la portata dell'accessorietà *de qua* e per quanto i due rapporti siano legati a doppio filo, tuttavia, essa si limita al dato oggettivo non assumendo alcun rilievo determinante le qualità e lo stato delle parti coinvolte.

Non va dimenticato in ogni caso che, fuori dal fenomeno fideiussorio e in linea generale, il credito originario continua a conformare il rapporto anche nel caso in cui un'obbligazione muti il profilo soggettivo a seguito di cessione o di surrogazione reale: la diversa qualità del soggetto subentrante rispetto a quello originario – l'essere ad esempio l'uno consumatore e l'altro professionista o viceversa – non influisce sulla natura del credito stesso e sul conseguente regime delle eccezioni mutandoli, poiché la fonte dell'obbligazione era e resta il credito originario³². Cosicché il soggetto subentrante potrebbe avvantaggiarsi della tutela consumeristica solo se l'obbligo sia sorto *ad initio* in capo ad un consumatore e, viceversa, se l'obbligazione sia nata *b2b* il consumatore subentrante dovrebbe abdicare al proprio statuto soggettivo, in nome delle regole generali che presidiano la successione nel credito/debito. Diverso evidentemente sarebbe il caso in cui il consumatore novasse l'obbligazione originaria perché così procedendo

³¹ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 282; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 360; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 404; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 38 e 40 s. V. anche Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2008, n. 2655.

³² Lo fa notare al termine di un'analisi minuziosa S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 50 ss., in cui si nega in particolare per quello che qui interessa, la fondatezza della figura del c.d. consumatore di rimbalzo per descrivere il caso in cui un soggetto professionale si giova della tutela consumeristica in quanto subentri in un rapporto obbligatorio nato *b2c*. Nessuna anomalia, invero, bensì propriamente l'esito naturale della successione nel rapporto obbligatorio così come disciplinata dal codice civile e intesa dalla dottrina tradizionale (53 s., ove si legge che «se la cessione non altera la natura dell'obbligazione originaria, un siffatto dire postula l'esistenza di una norma speciale che non c'è»). L'autore ricorda infine come in giurisprudenza «Cass. 2019/1261, pur facendone un uso distorto nel caso canonico dell'assicurazione per conto altrui, rinnova l'assunto che è soltanto al *momento* della stipula che rileva la disparità di potere contrattuale di talché è da *tale momento*, ed in ragione della *qualità* delle parti che ne sono protagoniste, che discende lo svolgersi oppure no del diritto consumeristico».

si darebbe vita ad un nuovo rapporto indipendente da quello precedente ormai estinto.³³

4. *Indici di autonomia del negozio fideiussorio nella dimensione codicistica.*

Appurato che il legame di accessorietà che lega la garanzia al debito principale, per quanto forte, opera soltanto sul piano oggettivo, non meno significativo per l'analisi del problema qui in esame risulta il fatto che nello stesso codice civile compaiano specifici indici normativi che orientano verso una autonoma considerazione negoziale della fideiussione rispetto all'obbligazione alla quale accede.

In questo senso dispone anzitutto l'art. 1936 c.c. con il quale si apre la disciplina dell'istituto: si dice ivi che il fideiussore garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui, ma si specifica subito dopo che la fideiussione è efficace anche se il debitore non ne abbia conoscenza. Da ciò si deduce che la fideiussione lega garante e creditore senza che sia previsto un coinvolgimento del debitore principale, ed è dunque un rapporto negoziale in sé affatto distinto da quello che garantisce³⁴. Ciò è vero al punto che il garante non potrebbe liberarsi versando all'obbligato principale il denaro per adempiere³⁵.

La fideiussione non diviene rapporto plurilaterale nemmeno quando il garante sia incaricato della prestazione di garanzia dal debitore principale perché rimane negozio separato rispetto all'eventuale incarico³⁶. Non a caso si fa riferimento al solo rapporto fideiussore-

³³ Così S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 51.

³⁴ In questo senso G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 3 e 33; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 37, i quali convergono nell'affermare che il debitore non solo può essere all'oscuro della prestazione della garanzia ma addirittura esservi contrario. A riprova del fatto che l'obbligazione fideiussoria ha una propria consistenza si fa notare come la disciplina della fideiussione di secondo grado contenuta nell'art. 1948 c.c. sia esplicita nello stabilire che il fideiussore del fideiussore garantisce nei confronti del creditore l'obbligazione del fideiussore di primo grado e non l'obbligazione principale, G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 11 e 48.

³⁵ Così G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 6.

³⁶ Cfr. G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 13. In generale quando la garanzia fideiussoria è collegata ad un precedente rapporto obbligatorio che ne determina il venire in essere si parla di fattispecie prefideiussorie, G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 39 ss.

creditore anche per qualificare come onerosa o gratuita la prestazione di garanzia, a nulla rilevando la presenza di eventuali rapporti tra garante e debitore principale, che sarebbero al massimo da considerare come causa esterna del contratto di fideiussione³⁷.

D'altra parte, già il fatto in sé che la fideiussione sia tendenzialmente qualificata come un contratto con obbligazioni del solo proponente avvalorava la conclusione che l'obbligazione che assume il fideiussore riguardi propriamente solo la sua sfera giuridica³⁸.

In riferimento alla struttura, poi, al contratto di fideiussione viene riconosciuta unanimemente una propria causa concreta identificabile nell'interesse all'esatto adempimento della prestazione principale³⁹ e si evidenzia come la causa dell'obbligazione del fideiussore sia sempre di garanzia, mentre quella dell'obbligazione principale possa essere la più varia⁴⁰.

L'oggetto della fideiussione, a sua volta, è identificato nell'adempimento di un debito identico a quello del debitore principale, ma senza che vi sia perfetta coincidenza tra i contenuti delle due obbligazioni: di identità economica ma non giuridica si parla in dottrina⁴¹. Propriamente solo a seguito dell'inadempimento del debitore principale l'obbligazione (distinta) del fideiussore potrebbe assumere lo stesso oggetto⁴². L'obbligazione del fideiussore è anche sussidiaria rispetto a quella del debitore principale poiché il beneficio dell'ordine

³⁷ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 17 e 25 s.; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 15 ss.

³⁸ Cfr. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 102; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 22 s.

³⁹ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 4. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., 31 marzo 2021, n. 8874.

⁴⁰ G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 23 e 26 ss.; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 356; G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 16 s. In giurisprudenza v. in particolare in questo senso Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2008, n. 2655.

⁴¹ Cfr. G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, in cit., 25; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 10 s. e 247 ss.; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 355; G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 4 ss. e 10; L'oggetto dell'obbligazione principale deve essere fungibile perché possa essere adempiuta con uguale soddisfazione del creditore da parte del debitore principale o del garante. Si ammette comunque anche una fideiussione con oggetto diverso dall'obbligazione principale: parla in tal caso di supposizione convenzionale di identità tra cose diverse, FRAGALI, *op. cit.*, 357 s.

⁴² G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 415.

le viene riconosciuto come connaturale in base al disposto dell'art. 1944 c.c.⁴³.

Indici dell'autonomia del negozio fideiussorio si traggono a ben vedere anche dall'art. 1941 c.c. il cui secondo comma ammette che la garanzia possa limitarsi ad una parte soltanto dell'obbligazione principale, possa cioè essere prestata per un importo ridotto o comunque a condizioni meno onerose, ad esempio per un tempo inferiore⁴⁴.

Nella stessa logica si può collocare l'art. 1942 c.c. che, nel segnare i limiti della fideiussione estendendoli financo agli *ammenicula* del debito, ammette comunque patto contrario⁴⁵: si conferma in questi termini il fatto che alla fideiussione viene riconosciuta una propria dimensione negoziale, pur essendo legata in partenza all'obbligazione principale sulla quale si parametra.

Dal regime delle eccezioni delineato dall'art. 1945 c.c. si ricava poi in via interpretativa che il fideiussore non è legittimato ad agire in giudizio per tutelare gli interessi del debitore principale per ragioni che si fondano sull'obbligazione principale⁴⁶. Il regime delle eccezioni è anche modificabile negozialmente, ciò a suggello ulteriore dell'autonomia del negozio fideiussorio rispetto a quello principale⁴⁷.

Significativo nella prospettiva in esame appare ancora il fatto che *ex* art. 1952 c.c. il fideiussore possa ripetere la prestazione dal creditore a prescindere dai suoi rapporti di regresso nei confronti del debitore principale⁴⁸.

Testimoniano della distinta consistenza negoziale della garanzia rispetto al rapporto principale anche l'art. 1955 c.c., che regola la liberazione del fideiussore per fatto del creditore,⁴⁹ e l'art. 1956 c.c.,

⁴³ M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 363; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 405.

⁴⁴ BOZZI, *La fideiussione*, cit., 107 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 301; G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 26 e 33. Per la fideiussione con durata inferiore al debito garantito anche Cass., 30 dicembre 2014, n. 27531.

⁴⁵ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 330 ss.

⁴⁶ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 421.

⁴⁷ M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., 369; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 368s.

⁴⁸ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 478 s.

⁴⁹ G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 55 ss., il quale sottolinea come l'art. 1955 sia posto a tutela del diritto di surrogazione che compete al fideiussore in quanto tale, e specifica poi che il comportamento del creditore deve aver causato al garante un

che disciplina la liberazione del fideiussore per obbligazione futura, allorquando il creditore abbia fatto credito al terzo pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito⁵⁰. In entrambi i casi emerge invero come le sorti della garanzia possano essere segnate da vicende peculiari ed indipendenti dall'obbligazione di base⁵¹.

Da ultimo l'art. 1957 prevede che l'obbligazione di garanzia possa sopravvivere a quella principale, confermando così ancora una volta come sul piano negoziale la fideiussione abbia un proprio contenuto specifico: tra l'altro la disciplina dell'art. 1957 è considerata comunemente derogabile⁵².

Diversi aspetti del *modus operandi* della garanzia vengono ancora adottati a sostegno della distinta essenza dell'obbligazione fideiussoria rispetto al rapporto garantito. Senza pretesa di completezza si ammette, ad esempio, che l'obbligazione fideiussoria possa essere in sé condizionata o sottoposta a termine⁵³; inoltre, non è possibile opporre al fideiussore i patti modificativi dell'obbligazione principale intervenuti tra creditore e debitore⁵⁴; ancora, non è previsto il litisconsorzio necessario tra creditore, debitore principale e fideiussore⁵⁵.

Quanto evidenziato porta in definitiva a concludere che nella dimensione del codice civile la fideiussione ha una propria fisionomia

pregiudizio giuridico e non solo economico-materiale per divenire rilevante; v. anche G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 490 ss., il quale evidenzia come le cause speciali di estinzione della fideiussione siano tutte espressione del *favor fideiussoris* e conducano alla liberazione del garante in relazione ad una condotta negligente del creditore o comunque contraria all'interesse del fideiussore. Per la consistenza e le caratteristiche che il fatto del creditore deve avere al fine di assumere rilevanza ai sensi dell'art. 1955 v., tra le più recenti, Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175.

⁵⁰ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 502 ss. ove si evidenzia come la previsione dell'art. 1956, improntata al *favor fideiussoris*, sia volta a scongiurare un aggravamento dell'obbligazione di garanzia e una dilatazione del rischio connesso all'impegno assunto senza che il garante ne abbia consapevolezza.

⁵¹ Sottolinea come si parli di cause autonome di estinzione che incidono sul solo rapporto fideiussorio C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 495 ss.

⁵² G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 526 ss.

⁵³ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 49 s.

⁵⁴ G. GRIPPO, *Le garanzie personali*, cit., 28.

⁵⁵ In questo senso anche la giurisprudenza: tra le più recenti Cass. 17 novembre 2016, n. 23422. V. anche Cass. 26 luglio 2019, n. 20313.

negoziale, autonoma e definita, per quanto la causa stessa di garanzia a cui risponde presupponga un legame fisiologico con il debito da garantire.

5. *Normativa consumeristica e tutela del mercato.*

Alla luce dell'analisi sin qui svolta accessorietà oggettiva e autonoma struttura negoziale appaiono con ragionevole certezza i connotati portanti della disciplina codicistica della fideiussione: la garanzia nasce con precise caratteristiche peculiari rispetto al negozio principale, pur modulando il proprio contenuto su di esso.

Scorrendo il codice civile nessun dato ha confortato invece nell'attribuire una qualche rilevanza allo *status* dei soggetti coinvolti per adattare la disciplina applicabile. Emerge così con evidenza l'equivoco di fondo – a cui si è accennato in premessa – sul quale poggia il richiamo giurisprudenziale all'accessorietà come parametro per definire se ad una fattispecie sia applicabile o non la disciplina consumeristica. Nella motivazione della sentenza *Dietzinger*, a cui si è conformata in un primo tempo anche la nostra Suprema Corte, si diceva che se il rapporto principale fosse *b2b* al fideiussore sarebbe preclusa la tutela consumeristica anche nel caso rientrasse nella definizione di consumatore. Si spera ora di aver mostrato come un simile assunto sia in realtà frutto di un accostamento di elementi difformi che non trova alcun conforto nella base normativa.

Si consideri, tra l'altro, che nei rapporti bancari la prassi porta a derogare sotto diversi aspetti all'accessorietà oggettiva propria della fideiussione tipica, inserendo nei negozi di garanzia clausole *ad hoc* finalizzate a corroborare la posizione del creditore. Ciononostante, le Corti hanno fatto applicazione del medesimo criterio improprio anche per contratti autonomi di garanzia, rendendo ancora più paradossale il tutto⁵⁶.

Il fatto che, pur ferma la disciplina civilistica di riferimento, ad un soggetto possano essere accordati specifici diritti ulteriori – quale ad esempio il diritto di recesso – in dipendenza del suo stato di

⁵⁶ Cfr. sul punto F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano 2017, 424 ss. V. anche U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, cit., 698 ss.

consumatore è in effetti un problema tutto moderno che si palesa con il nascere del diritto dei consumatori e che non può trovare soluzione richiamandosi alla dimensione del codice civile, che è precedente⁵⁷.

La soluzione va trovata allora nel contesto del nuovo filone normativo che nasce con il preciso fine di garantire il corretto funzionamento del mercato attraverso l'imposizione di un apparato di norme finalizzate ad orientare i comportamenti dei suoi attori nei rapporti cosiddetti *b2c*, ossia quelli che contrappongono un soggetto avvezzo alle contrattazioni, il professionista, ad un soggetto meno esperto, il consumatore appunto.

Le regole così dettate⁵⁸ si presentano anzitutto quali strumenti conformativi della corretta organizzazione aziendale, imponendo alla parte professionale di adottare comportamenti consoni ad una dinamica di mercato ideale, nella quale chi si muove con maggiore disinvoltura dovrebbe evitare alla controparte di trovarsi in situazioni che non permettano un'adeguata ponderazione delle decisioni negoziali. Specularmente, la disciplina consumeristica appronta una serie di strumenti specifici a disposizione del contraente debole per ovviare alle conseguenze pregiudizievoli che si produrrebbero nella sua sfera negoziale nei casi in cui il professionista disattendesse gli obblighi a suo carico e recuperare così, *ex post*, il proprio ruolo di soggetto attivo del traffico giuridico.

Il diritto dei consumatori si presenta dunque come un complesso di norme nel quale la descritta ambivalenza trova ideale composizione in una direzione unitaria orientata al funzionamento ottimale del mercato. E, a differenza delle norme del codice civile, l'applicabilità di questa

⁵⁷ Osserva in proposito F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di 'consumatore' nei contratti*, cit., 2153, che «nell'epoca attuale delle tutele differenziate [...] all'astratta uguaglianza delle parti contraenti e alla figura monolitica del diritto privato classico (distinto soltanto in diritto civile e commerciale) si è avvicinata la frantumazione delle soggettività negozianti con una corrispondente articolazione delle tutele» e ciò al punto che «nessun contratto può essere oggi definito nella sua disciplina prescindendo dai ruoli assunti dai soggetti che gli danno vita. La polverizzazione della generale figura del contraente in una moltitudine di fisionomie diverse e giuridicamente valorizzate ha sancito l'inautonomia concettuale del contratto».

⁵⁸ Così A. A. DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020, par. 2 ss. e ID., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, 92 ss.

normativa di settore è dichiaratamente condizionata alla sussistenza di una disparità soggettiva tra i contraenti a motivo della differente forza negoziale della quale sono portatori: solo nei rapporti che contrappongono un professionista ad un consumatore si può ragionare di un intervento correttivo del legislatore nei termini appena descritti.

Va da sé che in quest'ottica il profilo strutturale oggettivo dei singoli negozi appaia come un dato neutro mentre acquisti un preciso rilievo determinante lo *status* dei contraenti al momento della conclusione dell'accordo. Ciò è vero al punto che in diversi passaggi del codice del consumo vigente, ma già prima nei decreti attuativi delle singole direttive europee, viene espressamente affermato che la normativa consumeristica non interferisce con la disciplina civilistica di base se non per gli aspetti specificamente regolati.

In definitiva la tutela consumeristica risponde ad un filtro soggettivo che è del tutto inedito nella disciplina del codice civile: qui sta l'*impasse* che la giurisprudenza *Dietzinger* e quella nazionale che vi si è adeguata non hanno colto e qui sta il pregio del nuovo corso della giurisprudenza europea ed interna che ha invece correttamente percepito il rapporto tra le due fonti normative⁵⁹.

L'affermazione secondo la quale un contratto concluso da un consumatore merita per ciò solo un occhio di riguardo da parte del legislatore con la conseguente applicazione della disciplina dedicata convince. Nel bilanciamento tra eventuali profili strutturali del contratto e la dimensione soggettiva, che vede le parti distanziate da un divario fisiologico di capacità negoziale, non può che prevalere questo secondo aspetto a meno di non voler snaturare la *ratio* della tutela consumeristica. Se si facesse leva sulla struttura del singolo negozio e si portasse il dato oggettivo a prevalere su quello soggettivo si finirebbe per sottrarre indebitamente alla tutela di legge molte fattispecie che invece lo meritano.

Nello specifico il codice del consumo sceglie di delimitare il proprio campo di applicazione attraverso le definizioni contenute nella sua parte introduttiva e in particolare nell'art. 3. È dunque sulle definizioni rispettivamente di professionista e di consumatore di cui alle lettere a) e c) dell'art. 3 d. lgs. n. 206/2005 che poggia il *discrimen* della

⁵⁹ In questo senso è particolarmente significativo lo spunto contenuto in Cass. n. 742/2020.

normativa applicabile, senza che vi siano indizi che possano portare a ragionare diversamente.

Il discorso si sposta a questo punto sul piano della valutazione della purezza o meno dello status di consumatore nel contraente che reclama tutela: il che tuttavia non è problema nuovo né tantomeno proprio del solo ambito delle garanzie, ma è profilo connaturale alle definizioni dell'art. 3 cod. cons. come, d'altra parte, ad ogni definizione che in quanto tale implica lo studio delle fattispecie *in limine* per decidere se possano ritenersi incluse oppure no.

Vale la pena ricordare che la Cassazione, in relazione allo specifico caso del fideiussore, ha statuito in diverse occasioni che scriminante va considerata l'entità della partecipazione al capitale sociale o la qualità di amministratore e in generale il ruolo che il fideiussore concretamente esercita nell'impresa di cui si fa garante, essendo evidentemente un coinvolgimento attivo preclusivo della sua qualificabilità come consumatore. Traspare comunque nelle motivazioni delle Corti ma soprattutto nelle voci dottrinali la necessità di evitare di costruire al riguardo automatismi, che andrebbero solo a detrimento della corretta valutazione del ruolo giocato dal garante nel singolo caso di specie⁶⁰.

Insomma tutto ruota intorno alle definizioni e alla loro portata concreta e in questo la fideiussione non ha nulla di diverso rispetto agli

⁶⁰ Sul punto tra le più recenti, Cass. 28 novembre 2020, n. 20643; Cass. 16 gennaio 2020, n. 742; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666; Cass. 26 marzo 2019, n. 8419; Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, ove la Suprema Corte fa uso dei criteri indicati nel testo per concludere ora per l'accordabilità al garante dello status di consumatore ora per il suo.

Sui criteri seguiti per la qualificazione del fideiussore come consumatore o professionista all'interno della definizione dell'art. 3 d. lgs. n. 206/2005, si vedano le osservazioni di A. A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit., 2, il quale suggerisce proprio di evitare di costruire criteri formali vincolanti e di «orientare il discorso intorno ad una valutazione complessiva, a livello concreto, del ruolo specifico che il garante viene a ricoprire nell'affare considerato: e fare cioè riferimento, in sostanza, al tipo di intervento – in sé considerato (=senza stampelle esterne) – che il fideiussore svolge rispetto all'operazione in concreto giudizio». La proposta si trova ripresa, tra l'altro, in ABF Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, reperibile al link [1233be1a83f3762565a33d5a005de72a](https://www.abf.it/decisions/1233be1a83f3762565a33d5a005de72a) (arbitrobancariofinanziario.it); si veda anche ABF Roma, 18 giugno 2021, n. 15021, reperibile al link [5695197f9c99145e3af736fa6a7a9f77](https://www.abf.it/decisions/5695197f9c99145e3af736fa6a7a9f77) (arbitrobancariofinanziario.it).

Recentemente analizza *funditus* la questione U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, cit., 701 ss.

altri contratti; l'accessorietà non gioca alcun ruolo né nella direzione di accordare né nella direzione di negare tutela al fideiussore⁶¹.

6. *Prospettive.*

Il fatto che l'operatività della tutela consumeristica sia collegabile alle definizioni soggettive delle parti del singolo rapporto negoziale appare in definitiva un dato inconfutabile che risponde ad una logica precisa. Ciò non toglie che possano esistere comunque dei casi nei quali l'applicazione piana di questo criterio lasci per certi versi insoddisfatti.

Si comincerà con il dire che in alcune materie è la normativa stessa ad escludere determinate fattispecie negoziali dal campo di applicazione di una specifica disciplina consumeristica: per la fideiussione ciò accade, ad esempio, nel contesto della nuova direttiva sui contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali. Si tratta

⁶¹ Nell'ottica descritta non appare problematico il fatto che il fideiussore non sia legittimato ad invocare una tutela che è propria del debitore principale e che il medesimo abbia deciso di non attivare, quale ad esempio una nullità di protezione (in fondo il caso è accostabile all'annullabilità del rapporto di base, in relazione alla quale la dottrina ritiene legittimato a far valere il vizio soltanto il debitore principale, non spettando al fideiussore che la relativa eccezione, così G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 191). Invero, se il debitore principale fosse a sua volta consumatore e decidesse di sanare una clausola nulla – senza intenti frodatori si intende – non si vede perché dovrebbe essere il fideiussore a poterne invocare *ex post* la vessatorietà. La conclusione discende piana dal disposto dell'art. 1945 c.c. e, se pure tale norma non è stata pensata considerando una possibile diversità di *status* tra debitore principale e garante (cfr. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., 193), l'esito a cui conduce non sembra far emergere profili di ingiustizia in quanto il garante conosce i confini del rapporto garantito quando si obbliga (In senso critico rispetto agli esiti a cui conduce la piana applicazione della regola dell'art. 1945 c.c., si segnala comunque PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 136 ss.). Anzi, immaginare che il garante possa opporre al creditore rispetto all'obbligazione garantita eccezioni ulteriori rispetto a quelle che spettano al debitore principale, come è già stato fatto notare, farebbe venir meno l'interesse del creditore ad una garanzia siffatta.

Con criteri analoghi sembra possa essere risolta anche la questione speculare del garante professionale rispetto ad un debito *b2c*: il fideiussore potrà esercitare le prerogative che gli spettano in relazione al distinto negozio di garanzia ma non potrà interferire con l'essenza del debito garantito (In relazione a quest'ultima ipotesi approda ad un esito analogo, sia pure sulla base di un ragionamento differente fondato sul disposto degli artt. 1941 e 1952, comma 2, c.c., S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 140 s.).

di scelte frutto di valutazioni politiche ed economiche, ma se la non accordabilità della tutela al fideiussore nel caso concreto non soddisfacesse, escluso a questo punto che si possa far leva sull'accessorietà, prima di caldeggiare un intervento del legislatore potrebbe soccorrere un'attività ermeneutica poggiante su parametri alternativi.

In questa prospettiva è stato proposto recentemente di fare ricorso al c.d. diritto comune seguendo le vie tracciate dalle Corti nazionali di altri Paesi dell'Unione per fondare sui sentieri interpretativi così delineati la concessione al garante di specifici rimedi. In particolare, si è ventilata una forma di nullità per contrarietà al buon costume delle fideiussioni c.d. rovinose prestate da familiari, alla stregua di quella riconosciuta dal BGH tedesco facendo ricorso alla sussidiarietà integrativa del § 138, comma 1, BGB⁶².

Con analoga finalità è stata altresì caldeggiata una rimodulazione degli strumenti messi a disposizione del consumatore in ossequio allo spirito e ai dettami della direttiva 2019/2161/UE che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Nello specifico un'estensione della tutela del fideiussore poggerebbe sul disposto del nuovo art. 11 *bis* così introdotto nella direttiva 2005/29/CE, che prevede che i rimedi contro le pratiche commerciali scorrette possano operare con riflessi diretti sul piano contrattuale. Si darebbe in questo modo fondamento, ad esempio, alla concessione al fideiussore consumatore di un particolare *ius poenitendi*, «un recesso per giusto motivo esercitabile *tutte* le volte in cui dovesse appurarsi una condotta del mutuante idonea a falsare una scelta consapevole del futuro fideiussore»⁶³.

⁶² In questo senso S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 120.

⁶³ Così S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 133, il quale espressamente propone «di farsi affascinare da quell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29 istituzionalizzante la *novitas* di un'interdipendenza rimediale tra pratica commerciale sleale e contratto». Per una migliore comprensione della proposta ermeneutica si riporta il testo dell'art. 11 *bis*, rubricato "Rimedi": «1. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se

Non si trascuri comunque che una certa insoddisfazione potrebbe emergere pure nella prospettiva opposta, quando ad un soggetto formalmente consumatore venisse accordata una tutela che in concreto sembrerebbe non meritare, pur rientrando nella definizione di cui all'art. 3 d. lgs. 206/2005. Anche in questo caso il problema potrebbe trovare soluzione su un piano collocato oltre quello prettamente definitorio.

Va detto che la dottrina è piuttosto prudente al riguardo e tende a non dare rilievo alla eventuale competenza del consumatore. Se infatti è innegabile che un consumatore "esperto" non meriterebbe a rigore la tutela dedicata perché in grado di negoziare alla pari con il professionista, si ritiene tuttavia che configurare il consumatore immeritevole quale figura mediana tra il consumatore e il professionista aprirebbe le porte ad un accertamento casistico che la *ratio legis* sembra non contemplare e anzi sembra escludere in linea di principio⁶⁴.

Sono difficoltà note che hanno sinora frenato nell'operare dei distinguo all'interno della categoria dei consumatori. Si rischierebbe, infatti, di rendere in tal modo «imprevedibile l'applicazione dello statuto consumeristico», generando disorganicità nella applicazione della disciplina dei consumatori, la quale invece vorrebbe essere disciplina del mercato e dunque evocabile su basi oggettive⁶⁵.

Ora, se è vero che smantellare l'unitarietà della definizione di consumatore potrebbe aggiungere difficoltà a quelle che già ci sono nell'interpretarne correttamente la portata, si può evidenziare tuttavia come nel tempo siano cambiati, per espressa indicazione del legislatore europeo, i connotati del soggetto tipo da prendere come figura di riferimento. Inizialmente il consumatore era il soggetto debole, fisiologicamente tale e senza possibilità di emanciparsi. Il progressivo affermarsi del diritto comunitario, di pari passo con l'incremento del numero e della portata degli interventi normativi, ha portato invece al maturare nel consumatore di una maggiore consapevolezza dei propri

del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

⁶⁴ Sulla tipologia di consumatore che l'interprete deve prendere come riferimento v. per tutti e osservazioni di A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., 53 ss.

⁶⁵ S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit, 91 s.

diritti e lo ha reso negli anni sempre più soggetto attivo del mercato, pur senza arrivare ad eliminare il divario negoziale che lo separa dal professionista. Non si tratta più del soggetto debole ed indifeso, ma di un protagonista delle contrattazioni tenuto ad una determinata diligenza. In ragione di ciò è pertanto il consumatore medio, quello normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, che ora il legislatore contempla come destinatario della disciplina tuzioristica⁶⁶.

Nulla vieta a questo punto che l'interpretazione del parametro soggettivo di riferimento possa subire ulteriori evoluzioni. Si tratta solo di evitare l'introduzione di distinguo forieri di inutili rischi.

Nell'ottica di non accordare protezione a soggetti che non ne abbiano concreta esigenza, in dottrina si propone anche di dare rilievo al mutamento delle circostanze oggettive nelle quali un servizio viene utilizzato, separando il piano dell'atto negoziale da quello del rapporto che ne segue. In questa direzione ci si potrebbe addirittura «spingere a pensare ad una qualità di consumatore il cui stare è *fluid*o, nel senso di condizionato, alla maniera dell'art. 1448, comma 3, c.c. al perdurare

⁶⁶ E non si tratta di un fenomeno recente. Si veda infatti già il Considerando n. 18 della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, che così recita: «la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali». Sul punto cfr. le osservazioni di G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2008, 1098 ss. il quale tra l'altro ricorda come di tenore analogo sia il considerando n. 15 del reg. CE n. 1924/2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari e sottolinea come il parametro del consumatore debole e vulnerabile fosse stato abbandonato già allora dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in diverse materie.

D'altra parte, anche le recenti direttive sui contenuti digitali, 2019/770/UE, e sulla vendita dei beni di consumo, 2019/771/UE, utilizzano come parametro di riferimento il consumatore medio e ciò che può ragionevolmente aspettarsi. In argomento v. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 205 ss.; AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del Consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino 2022.

dell'uso originario fino al momento in cui la domanda giudiziale viene ad essere proposta»⁶⁷.

Non si farebbe così questione di competenza del consumatore, ma verrebbe a giocare un ruolo determinante il mutare delle circostanze oggettive in cui questi eserciti il proprio diritto. «Ragionando in tal modo, d'altro canto, è come se dicessimo che abusa dello *status* chi rivendica una qualifica quando la condizione nella quale versa non mostra più lo stigma di una debolezza da tutelare: *ergo* processualmente qui è come se venissimo ad avere l'accertamento giudiziale della carenza di un *fatto costitutivo* involgente l'intera disciplina di protezione»⁶⁸.

Dare rilievo al mutamento del contesto situazionale configurando una qualità di consumatore rivalutabile è senz'altro una prospettiva originale, in grado tra l'altro di scongiurare i rischi sopra paventati in relazione all'individuazione di sottocategorie della nozione di consumatore. E non sfugge il fatto che una simile proposta ermeneutica sottende il disagio dell'interprete di dover applicare una disciplina statica alla realtà dinamica delle negoziazioni, disagio che va oltre la stretta materia qui oggetto d'indagine per investire l'intero diritto consumeristico. Si tratta dunque di una risposta diversa al problema di sempre, che tuttavia sembra aprire uno spazio di valutazione nuovo della dimensione del contraente consumatore, lasciando intravedere ulteriori linee evolutive.

Senza andare troppo lontano, basti riflettere sul fatto che il disagio appena descritto è accostabile, *mutatis mutandis*, a quello che si prova dovendo accordare tutela al consumatore che abusi del *favor legis* per raggiungere un fine non meritevole. Paradigmatica in questo senso potrebbe essere proprio la fattispecie che ha dato origine alla sentenza *Dietzinger*: in quella sede il fideiussore poteva essere considerato consumatore perché corrispondeva alla definizione, ma aveva sollevato la questione del recesso nel momento in cui la banca aveva fatto valere

⁶⁷ S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 94, il quale richiama nel senso esposto le riflessioni di BENEDETTI, *La rescissione*, in *Tratt. Bessone*, VIII, Torino 2007, 66.

⁶⁸ S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, cit., 95. A sostegno della propria affermazione, l'autore richiama alcuni casi di giurisprudenza europea, tra i quali emblematici appaiono *Schrems*, in causa C-498/16 e *A.B. c. Personal Exchange International Limited* in causa C-774/19, cfr. 85 ss. e 97 ss.

le garanzie. Cosa affatto legittima e anzi logica nella tutela consumeristica, ove il contraente debole si avvede dei problemi solo nel momento in cui questi divengano attuali, tuttavia, dalla narrazione dei fatti di causa sembra evincersi che il garante fosse da sempre a conoscenza del tenore del proprio impegno, quale figlio dei debitori principali, ed invocasse ad arte la tutela di legge. Sembra, cioè, che il comportamento del garante si ponesse nel caso specifico in aperta opposizione ai canoni di buona fede e che la valorizzazione di quest'ultimo profilo avrebbe permesso di escludere in concreto la tutela consumeristica, concedendo alla banca un'*exceptio doli* in ossequio alla più antica tradizione del *ius praetorium* ove tale strumento di difesa era stato in origine concepito, senza bisogno di cercare appoggio nell'accessorietà per arrivare al medesimo esito.

Non si vedono precisi ostacoli concettuali a ragionare in siffatto modo, il problema risiede piuttosto nella prova concreta dell'abuso che, nel particolare contesto del diritto dei consumatori, dovrebbe essere affatto rigorosa per evitare di arrivare a privare della tutela di legge soggetti a cui spetti in ragione della loro effettiva debolezza⁶⁹.

Tornano così di utilità specifica quelle riflessioni, svolte in dottrina una ventina di anni fa, finalizzate a delineare il fondamento normativo dell'*exceptio doli* in un sistema di diritto positivo come il nostro⁷⁰.

Allora si trattava di legittimare in linea di principio uno strumento il cui utilizzo poggiava ancora su criteri nebulosi e mutevoli, visto anche lo scarso rilievo che veniva attribuito alle clausole generali, pur

⁶⁹ Che il garante possa invocare tutela solo in base ad argomenti formalistici, pur avendo invece avuto un ruolo attivo nella negoziazione, è problema noto da tempo in dottrina: lo fa notare, proprio in relazione ad una fideiussione, DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, cit., 2160: «L'attenzione alla concreta operazione economica posta in essere coi vari contratti determina rilevanti effetti di disciplina. In generale, permette un più ponderato e consapevole esame di meritevolezza e liceità dei singoli modelli contrattuali attivati dalle parti. Inoltre, e per quanto più interessa, favorisce l'applicazione del principio della buona fede oggettiva in considerazione di circostanze che restano esterne ai contratti singolarmente considerati»; la stessa linea di ragionamento si trova ripresa recentemente da M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit., 763.

⁷⁰ A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur. Treccani*, 1997. Si veda in particolare 7, ove l'a. concorda nel leggere la riscoperta dell'*exceptio doli* come reazione all'ideologia illuministica e alla sua esaltazione della certezza del diritto in quanto codificato.

potendosi ritenere superato lo scetticismo che regnava al riguardo nella vigenza del codice del 1865 e nel periodo di prima applicazione di quello attuale⁷¹.

Oggi si può ritenere ormai consolidata l'apertura alle clausole generali⁷² e si registra una tendenziale convergenza nel ricondurre l'*exceptio doli* nell'alveo della buona fede. Si individua, poi, l'epicentro della buona fede nella regola di solidarietà espressa dall'art. 2 della Costituzione⁷³ e si pongono come riferimento specifico in materia gli artt. 1175 e 1375 c.c.⁷⁴. Non si può dire, tuttavia, che si sia raggiunto un consenso unanime su una precisa nozione di buona fede, né che si siano superate definitivamente le incertezze sul rapporto tra *exceptio doli* e agire malizioso⁷⁵, e nemmeno che si sia chiarita secondo linee dogmatiche rigorose la relazione tra *exceptio* e abuso del diritto⁷⁶.

Certo è che soprattutto la giurisprudenza fa negli ultimi tempi un utilizzo diffuso dello strumento collegandolo all'esercizio abusivo di un diritto, descritto come «un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito»⁷⁷.

Nei contratti di garanzia, in particolare, all'*exceptio doli* viene accordata, secondo un indirizzo consolidato, una precisa funzione a

⁷¹ V. sul punto l'ampia e completa ricostruzione di A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 10 ss.

⁷² Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, *passim*.

⁷³ Una solidarietà che pur rilevando anche nei rapporti omogenei è «prima di tutto una solidarietà tra diversi: come tale destinata ad assumere contorni specificamente differenti a seconda delle peculiari connotazioni di ciascuno dei soggetti concreti della fattispecie», A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 9.

⁷⁴ Che il richiamo a queste norme lasci comunque delle questioni aperte è mostrato chiaramente da A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 11 ss.

⁷⁵ Cfr. sul punto le osservazioni già a suo tempo fatte da A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 13 s.

⁷⁶ A rigore non si tratterebbe di nozioni sovrapponibili, in quanto «diversamente dall'abuso, l'*exceptio* richiede di necessità una vicenda (in senso lato) intersoggettiva. L'abuso non impinge in un conflitto tra regole, ma attiene alle modalità di effettiva applicazione di una regola preformata; né possiede, tra i suoi tratti identificativi, un'intrinseca connotazione di *naturalis aequitas*», così A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 5.

⁷⁷ Così Cass., 18 settembre 2009, n. 2016, che è considerata la pronuncia pioniera in termini di apertura alla rilevanza dell'abuso del diritto nel nostro sistema. Più recentemente, *ex multis*, Cass., 31 luglio 2015, n.16213; Cass., 29 maggio 2020, n.10324.

difesa del garante nel caso in cui il creditore agisca in violazione delle regole di correttezza che stanno a presidio della formazione e dell'esecuzione di ogni contratto⁷⁸. Che si possa immaginarne un utilizzo anche a parti invertite, ove ricorra il medesimo presupposto, non crea particolare difficoltà visto il mantra ricorrente in giurisprudenza. Più complessa resta tuttavia la valutazione del caso in cui il garante sia consumatore.

Come è stato osservato, si profila in queste fattispecie un contrasto «in punto di mezzi di attuazione della solidarietà costituzionale», nel senso che le regole consumeristiche sono espressione della medesima solidarietà che informa l'operatività dell'*exceptio doli*⁷⁹. È tutta qui la difficoltà di adattare il bilanciamento tra *naturalis aequitas* e *ius strictum* alla logica peculiare di queste previsioni di legge speciale.

Oggi tuttavia, come si diceva, è ormai matura la consapevolezza che il *focus* della normativa consumeristica risieda nel corretto funzionamento del mercato e che i mezzi particolari che essa concede al contraente debole rimangano finalizzati a tale obiettivo di fondo.

Dovendosi allora conformare in questa direzione il comportamento di tutti gli attori del traffico giuridico, viene naturale pensare che l'*exceptio doli*, se opportunamente modulata, possa trovare terreno anche a presidio dell'agire corretto del consumatore. Solo una visione parziale, che leggesse questo diritto speciale come un complesso di regole volte unicamente a proteggere il contraente debole, porterebbe ad escludere a priori la sindacabilità in termini di buona fede oggettiva del comportamento di quest'ultimo.

Certo, il consumatore della prima ora era talmente avulso dalle logiche del mercato da non essere nemmeno considerato in grado di violare la *naturalis aequitas*. Il consumatore medio preso a parametro nelle direttive più recenti, invece, non appare più scevro di tale sospetto e pertanto una preclusione assoluta del controllo di buona fede del suo comportamento risulta meno giustificabile.

Allo stato attuale si riscontra comunque una marcata ritrosia a concedere spazio a valutazioni del genere, ritenendosi ancora il consumatore meritevole di tutela in quanto tale in una logica che ne

⁷⁸ Cfr. Cass., 11 dicembre 2018, n. 31956; Cass. 22 novembre 2019, n. 30509; Cass., 16 novembre 2020, n. 25860.

⁷⁹ A. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, cit., 16.

sottende la buona fede. Non si tratterebbe tuttavia di sovvertire radicalmente il ragionamento, ma piuttosto di trasformare questa presunzione di correttezza *iuris et de iure* in una presunzione *iuris tantum* o in una verità interinale, pur concedendo rilevanza come prova contraria esclusivamente ad elementi dotati di una specifica valenza determinante per non ingenerare un'inutile caccia alle streghe.

Si può chiudere allora ventilando l'idea che in prospettiva l'applicabilità della disciplina di protezione, pur modulata sulla base delle definizioni dell'art. 3 del codice del consumo, possa anche divenire paralizzabile tramite un'*exceptio doli* concessa al professionista di fronte ad un agire abusivo del consumatore, quale soggetto dotato in teoria, ma non nella fattispecie concreta, di minore forza negoziale. *Ad maiora!*