

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), ULEN THOMAS (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CACLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

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

Fideiussore persona fisica e attribuzione dello status di consumatore

Tribunale di Milano, Sez. VI, 29 novembre 2018

SOMMARIO*: 1. *Il fatto e le questioni* – 2. La teoria del c.d. “*professionista di riflesso o di rimbalzo*” – 3. L’innovativo orientamento assunto dalla Corte di Giustizia – 4. La questione dello status del garante nell’ambito di un contratto autonomo di garanzia – 5. Conclusioni

1. Il fatto e le questioni

Le attrici proponevano opposizione al decreto ingiuntivo n. 530/2018 emesso nei loro confronti in qualità di fideiussori di una società di capitali, chiedendo, atteso il loro status di consumatrici, che fosse accertata l’incompetenza territoriale del Tribunale di Milano adito in favore del Tribunale di Cremona, foro di loro residenza, e per l’effetto, di revocare il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Milano limitatamente alla ingiunzione di pagamento pronunciata nei loro confronti.

A sostegno della loro richiesta le opposenti lamentavano che la parte creditrice avesse prestato credito alla debitrice principale nonostante fosse a conoscenza della precarietà delle sue condizioni patrimoniali, senza, tra l’altro, informare preventivamente i fideiussori di tale circostanza e senza ottenere la loro autorizzazione. Evidenziavano, altresì, la mancanza di qualsivoglia collegamento fra il loro status di fideiussori e quello della debitrice principale, avendo esse garantito le obbligazioni della predetta società di capitali non certamente per procacciarsi un vantaggio di natura economica collegato all’attività di impresa, ma solo in virtù di un legame affettivo e di solidarietà familiare intercorrente con la società garantita, a prescindere da qualsivoglia rapporto di matrice professionale e chiedevano, dunque, la liberazione dalla obbligazione fideiussoria assunta ai sensi dell’art. 1956 c.c.

* I paragrafi 1,2,3 sono stati redatti da Vincenza Cinzia Meccola, i paragrafi 4 e 5 da Carmela Robustella.

Si costituiva parte opposta contestando l'eccezione di incompetenza ex adverso formulata e ritenendo invece valida la deroga convenzionale prevista in ambito fideiussorio in favore del Tribunale di Milano adito.

Il Tribunale di Milano concludeva dichiarando la propria incompetenza per essere competente il Tribunale di Cremona e revocava, altresì, il decreto ingiuntivo opposto.

2. La teoria del c.d. "professionista di riflesso o di rimbalzo"

L'ordinanza in commento affronta la questione relativa alla individuazione della qualifica in termini di *status* del fideiussore persona fisica risolvendola in base al criterio funzionale esistente fra detto soggetto fideiussore e l'attività del debitore principale garantito. Il quesito verte su come debba essere inquadrato giuridicamente il garante/fideiussore "persona fisica" che presti garanzia ad un "professionista" - nella fattispecie, una società - benché estraneo agli scopi professionali perseguiti da quest'ultimo. Ci si chiede, in altri termini, se esso debba essere qualificato come "professionista" ovvero "consumatore" con conseguente possibilità di ricorrere all'apparato rimediabile tipico della disciplina consumeristica, e nel caso di specie all'applicazione della nullità di protezione *ex art. 36 Cod. cons.*

La sentenza che ci occupa è connotata da un carattere di novità rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario orientato alla teoria del "*professionista di riflesso o di rimbalzo*",¹ secondo il quale

¹ La giurisprudenza italiana di legittimità è orientata in senso conforme alla tesi del professionista "di rimbalzo" o "di riflesso", ribadendo che «la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore». Cfr., fra le altre, Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2149, con nota di F. DI MARZIO, *Intorno alla questione di consumatore*, in cui chiaramente si asserisce che «[...] la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. In tal senso è decisivo il carattere di accessorietà della fideiussione, in virtù del quale il contratto che costituisce l'obbligazione fideiussoria è collegato con il contratto costitutivo dell'obbligazione principale e proprio in virtù di tale collegamento rientra nell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva». Nello stesso senso, Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Mass. Foro It.*, 2005; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107 in *Mass. Foro It.*, 2005; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, 1175; in *Dir. prat. soc.*, 2006, 72 ss., con commento di P. LONGHINI, "*Factoring*" e fideiussione rilasciata da socio della

il fideiussore, stante la natura accessoria dell'obbligazione fideiussoria, assume la veste, *per relationem*, di professionista in ragione della posizione che viene a rivestire il debitore principale nel rapporto garantito. Partendo da tale prospettiva, il contratto principale attrarrà il contratto accessorio, ovvero la fideiussione, sia sotto il profilo oggettivo, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito e quello costitutivo dell'obbligazione fideiussoria, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che lo *status* del debitore principale "influenza e condiziona" quella del fideiussore in ordine alla qualifica di consumatore.

La mancanza di autonomia costituisce, infatti, l'elemento che notoriamente distingue il negozio fideiussorio, assoggettato al regime

società cedente: profili di tutela; in *I Contratti.*, 2007, 225, con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Diritto e Giustizia.*, 2011, 506, con nota di S. BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in cui si attesta che in presenza di un contratto di fideiussione è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita; Cass., 7 gennaio 2013, n. 180, in *www.dirittoprivatoinrete.it*, la quale, ribadendo il carattere dell'accessorietà del contratto di fideiussione, osserva come tale prerogativa, trasferita sul piano processuale, costituisce uno dei criteri che derogano le regole generali in tema di competenza per territorio nei rapporti obbligatori, favorendo in tale ipotesi la soluzione del *simultaneus processus* (art. 31 c.p.c.) Più di recente, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, in *www.dirittobancario.it*. Tutte le pronunce sono concordi nel negare che una persona fisica che garantisca personalmente il debito di un soggetto professionista possa assurgere al ruolo di consumatore. Anche parte della giurisprudenza di merito si attesta sull'orientamento accolto dalla Suprema Corte: cfr. Trib. Spoleto, 2 novembre 2015; Trib. Milano, 12 giugno 2012, n. 7188; in *Banche dati giuridiche*; Trib. Padova, 9 gennaio 2012, n. 47, in *www.dirittobancario.it*. e in *Notariato*, 2013, 691, con nota di M. RINALDO, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*; Trib. Bologna, 12 giugno 2014, n. 20870 in *www.ilcaso.it*, il quale osserva che "con riferimento al garante ha affermato che: "la parte utilizzatrice è operatore commerciale, e non può avvalersi della più pertinente tutela apprestata per il consumatore; anche la fideiussione, d'altro canto, avendo natura accessoria al contratto commerciale, deve essere qualificata come un contratto ad uso del commercio, stipulato per finalità estranee alla sfera della vita privata del garante, e non beneficia della tutela del codice del consumo". In senso critico, G. DE CRISTOFARO, *Discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, V. ROPPO e A. M. BENEDETTI (diretto da), Milano, 2014, 46, il quale correttamente osserva che il problema va impostato in termini diversificati in relazione alle discipline diverse a cui si ricorre.

legale tipico, dal contratto autonomo di garanzia, e in genere dalle garanzie a prima richiesta, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1322 cc, comma 2², e che si caratterizzano per la legittimità dell'escussione della garanzia, senza la preventiva valutazione della validità e vigenza del rapporto principale.

Ne consegue che l'accessorietà costituisce non solo uno degli elementi tipici del contratto fideiussorio, ma anche il carattere distintivo di questo negozio rispetto alle altre forme di garanzie personali atipiche del credito fondate sulla tendenziale totale autonomia ed indipendenza del rapporto di garanzia con quello principale. La teoria non arriva ad escludere la ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione degli artt. 33 e ss del Cod. cons., ma opera in modo indiretto, moderando la rilevanza del contratto di fideiussione ed attraendo la tutela del fideiussore in quella del debitore principale, quasi fosse costui l'unico soggetto coinvolto nell'operazione negoziale complessiva³.

Inoltre, l'obbligazione fideiussoria deriva la propria validità ed efficacia dall'obbligazione principale, ex art. 1939 c.c., e non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose di quelle del contratto, estendendosi altresì a tutti gli accessori del debito garantito.

In senso contrario alla teoria del “professionista di rimbalzo”, oltre a qualche isolato precedente della giurisprudenza di merito⁴, si è

² Cass., Sez. Un., 18 febbraio, n. 3947, in *Notariato*, 2010, 4.

³ In tal senso M. SESTA, *I contratti bancari, Commentario al Capo XIV BIS C.C.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 108, il quale legittima l'applicabilità della disciplina dei contratti del consumatore alla fideiussione grazie al collegamento negoziale tra i due contratti, in forza del quale la fideiussione soddisferebbe i requisiti della sinallagmaticità e della cessione di beni o prestazione di servizi; conseguentemente, egli sostiene che sia un dato di coerenza con la precedente affermazione ritenere che la qualifica soggettiva del fideiussore resti assorbita da quella del debitore principale. Ne emergerebbe che il principio di attrazione delle qualifiche soggettive trovi la sua origine e razionale giustificazione nella riflessione relativa alla ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione della disciplina di tutela e non a questioni relative al presupposto soggettivo.

⁴ Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corriere di merito*, 2006, 317. La pronuncia *de qua* rileva che «lo status di consumatore [...] tuttavia, va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia rilasciata in favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo indiretto né direttamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito». Più recentemente, in termini analoghi, Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in *www.ilcaso.it*.

espressa anche la dottrina maggioritaria⁵, la quale ha evidenziato come l'indagine non debba avere ad oggetto l'individuazione dello *status* del debitore principale bensì, in armonia con la disciplina di protezione del consumatore, la matrice degli interessi che in concreto spingono il fideiussore a prestare una garanzia personale. Da tale osservazione emerge, pertanto, che, qualora non sussista un collegamento tra la posizione del garante e l'attività economica esercitata dal debitore principale (si pensi alla fideiussione prestata dal coniuge o da un parente dell'imprenditore), l'attribuzione al primo della qualifica di consumatore sarebbe allora ammissibile e legittima.

3. *L'innovativo orientamento assunto dalla Corte di Giustizia*

La Corte di Giustizia⁶, rivedendo il suo precedente orientamento⁷, ha affermato da ultimo che è «in capo alle parti del contratto di garanzia o

⁵ Cfr. E. SIMONETTO *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, 109-117; M. GRANIERI *Natura accessoria della fideiussione*, in *Danno e resp.*, 1998, 773; E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori dai locali commerciali*, in *I Contratti*, 1999, 742; TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorieta della fideiussione*, in *I Contratti*, 1999, 738, 136 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, 103 ss., critico nei confronti dell'applicazione restrittiva delle norme a tutela del consumatore; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, 104 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 534-537; A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, in www.dirittobancario.it; L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *I Contratti*, 2015, 195 ss.; P. SIRENA-D. FARACE, *I contratti del consumatore*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO -E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2016, 267 ss.; V. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 173.

⁶ Corte Giust. UE, ordinanza 19 novembre 2015, in curia.europa.eu; analogamente L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 291 così l'ABF di Milano (Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in www.arbitrobancariofinanziario.it, 27), in riferimento a due fideiussioni *omnibus* rilasciate da un socio di s.r.l., impronta la qualificazione soggettiva del garante su un'attenta analisi della posizione di questi rispetto all'operazione compiuta dal debitore principale, approdando all'attribuzione della veste giuridica di consumatore sulla scorta di indici univoci e concordanti.

⁷ Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, C-45/96, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, II, 129 ss., con note di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e*

di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito». La Corte ammonisce, tuttavia, che l'attribuzione della qualità di consumatore non è conseguenza diretta dell'assenza della qualifica di imprenditore, dovendosi altresì integrare il requisito negativo dell'assenza di qualsiasi collegamento di natura funzionale tra gli interessi del fideiussore e quelli del garantito.

In una successiva pronuncia, la Corte di Giustizia⁸ ha stabilito che la nozione di consumatore, ai sensi dell'art. 2, lettera b) della direttiva 93/13, ha carattere oggettivo⁹ - essendo irrilevante qualsiasi indagine circa l'intento soggettivo del contraente, alla luce del principio generale di irrilevanza dei motivi in ambito contrattuale - sicché la ricorrenza o meno dello *status* di consumatore deve essere valutato conformemente ad un criterio funzionale volto a stabilire se il rapporto contrattuale in oggetto rientri o meno nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. Tale conclusione è in linea con il concetto di consumatore delineato dalla dottrina la quale attribuisce allo *status* di consumatore carattere occasionale e contingente, cui non corrisponde una individuazione di carattere naturalistico né una individuazione di carattere socio economico del contraente debole¹⁰.

Alcuni Collegi ABF hanno recepito le indicazioni della dottrina maggioritaria. Sebbene anche in questa sede non siano mancate

accessorietà della fideiussione, la quale, di fronte al caso del figlio fideiussore chiamato a garantire l'esposizione debitoria dei genitori imprenditori verso una banca, ha escluso la possibilità di riconoscere al garante la qualità di consumatore. Analogamente anche Corte Giust. CE, 23 marzo 2000, C-208/98, in *Foro It.*, 2000, IV, c. 201.

⁸ Corte Giust. UE, ordinanza del 14 settembre 2016, in *curia.europa.eu*. Questa importante ordinanza della Corte di Giustizia Europea è stata recentemente richiamata anche da Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225, in *www.itagiure.giustizia.it*, che richiama l'impostazione della giurisprudenza europea in merito al carattere oggettivo della nozione di «consumatore», che deve « essere determinata alla luce di un criterio funzionale consistente nel valutare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito di 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».

⁹ M. FRATTINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2017, 527. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685.

¹⁰ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 13.

soluzioni aderenti all'orientamento del «professionista di rimbalzo»¹¹, alcune decisioni si sono discostate da questo impianto, sottolineando come, ove la qualifica soggettiva del debitore garantito dovesse ritenersi l'unico criterio per decidere dello *status* di consumatore o professionista assunto dal garante, potrebbe giungersi al paradosso di considerare consumatore - qualora il debitore principale rivesta tale *status* - anche il fideiussore professionale (come nel caso della banca o dell'assicurazione che garantisca il pagamento di canoni di locazione)¹². La soluzione adottata dalla pronuncia in commento appare la più coerente e logica e, all'uopo occorre operare una puntualizzazione: il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria è indubbiamente un elemento inconfutabile, che si evince dalla stessa natura giuridica della funzione svolta dal contratto *de quo*. È noto che la fideiussione consta anche di una causa derivata, giustificata dal rapporto sottostante che il fideiussore garantisce obbligandosi personalmente, e rafforzando, pertanto, le pretese creditorie del contraente-creditore. Il collegamento negoziale appena delineato non legittima un totale assorbimento della fideiussione nel contratto principale, atteso che, se si procedesse in questa direzione, verrebbe inevitabilmente svilita la *ratio* stessa del contratto di fideiussione, il

¹¹ ABF, Napoli, 16 marzo 2016, n. 2386; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n.2698; ABF Roma, 26 luglio 2013, n.4109, tutte consultabili in www.arbitrobancariofinanziario.it

¹² ABF Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in dirittobancario.it; nello stesso senso, ABF Roma, 7 aprile 2010, n. 205, *ivi*; ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 323, in www.arbitrobancariofinanziario.it; ABF Roma, 28 febbraio 2013, n. 1136, *ivi*; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698, *ivi*, ABF, Roma, 9 marzo 2017, n. 2422, *ivi*. Sulla stessa linea una recente decisione ABF, Collegio di Coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in www.arbitrobancariofinanziario.it, stabilisce che, nel caso in cui una persona fisica, nel rivestire il ruolo di socio, abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta all'organo giudicante determinare se questi abbia operato nell'ambito di un'attività professionale o sulla scorta di collegamenti funzionali con la società, tra i quali il rivestire il ruolo di amministratore o la detenzione di partecipazioni rilevanti, o, se di contro, egli abbia agito per fini di natura privata (Nella specie, il socio di cooperativa edilizia, privo di partecipazioni rilevanti e incarichi gestori, nel sottoscrivere la garanzia fideiussoria - volta a agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione di immobili -, è risultato essere mosso non già da un esclusivo *favor societatis*, quanto, piuttosto, da un interesse mutualistico a divenire proprietario di un immobile. Ciò ha favorito la qualificazione del socio garante quale consumatore).

quale sarebbe deprivato di qualsivoglia autonomia. Una prima peculiarità del collegamento negoziale che si realizza mediante il contratto di fideiussione è la diversità soggettiva delle parti che operano nei singoli contratti. Infatti, il debitore principale è terzo rispetto al contratto di fideiussione ed il fideiussore è terzo rispetto al contratto principale e, benché la fideiussione non sia valida se non lo è l'obbligazione sottostante ed il fideiussore possa far valere tutte le eccezioni fondate sul rapporto principale, il debitore principale non può far valere, a sua volta le eccezioni fondate sul rapporto di fideiussione e gli obblighi posti a carico del debitore principale non sono certamente vanificati dall'invalidità del contratto di fideiussione.¹³

Il fideiussore, allorquando garantisca l'obbligazione altrui, sebbene coinvolto in un'operazione economica più ampia, pone in essere un'operazione giuridica unitaria ed autonoma rispetto al rapporto garantito. La circostanza che la fideiussione sia "accessoria" rispetto all'obbligazione garantita non implica una identità fra l'obbligazione principale e quella garantita, nè si può legittimare un totale assorbimento del negozio accessorio in quello principale¹⁴.

¹³ Inoltre, mentre la funzione del contratto di fideiussione non può essere assolta in mancanza di un rapporto sottostante da garantire, il rapporto sottostante si presta ancora a soddisfare gli interessi con esso perseguiti dalle parti anche al venir meno della garanzia. Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 482 il quale chiarisce come «in tal caso i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione.». Particolarmente rilevante in merito la sentenza Cass., 5 febbraio 2008, n. 2655, in *Resp. civ. prev.* 2008, 9, 1911, nella quale si esclude che la qualifica tributaristica del debito principale possa comunicarsi al debito fideiussorio poiché: «[...] l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva, data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia, ma anche oggettiva in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo», alla luce della quale diviene difficile ritenere coerente che addirittura le qualifiche soggettive del debitore principale possano attrarre quelle del fideiussore.

¹³ Si veda G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Roma- Napoli, 1980, 95 ss.

¹⁴ I contratti misti rientrano nei contratti atipici in senso lato, ai sensi dell'art. 1322 comma 2 e, come i contratti innominati, hanno una sola causa unitaria. Tuttavia mentre nell'ipotesi dei contratti atipici l'unica causa è originale, nei contratti misti pur essendo unica la causa, questa è la risultante della fusione di due o più contratti nominati. A differenza del contratto misto che è figura unitaria caratterizzata da un'unica causa, i contratti collegati sono due o più contratti completamente autonomi

Alla luce di quanto appena esposto emerge che occorre operare un distinguo fra unità logica dei due negozi, che deriva dall'accessorietà della fideiussione rispetto al negozio principale, e "disunità" reale, che riguarda l'indipendenza oggettiva e soggettiva delle due obbligazioni¹⁵. Si pensi, a tal proposito, alla causa della fideiussione che è uniforme e si sostanzia nella garanzia del credito, mentre l'obbligazione garantita può avere qualsiasi causa idonea alla sussistenza del negozio giuridico. Anche in relazione alla tutela del contraente debole bisogna, pertanto, ribadire l'autonoma considerazione che spetta al contratto fideiussorio.

4. *La questione dello status del garante nell'ambito di un contratto autonomo di garanzia*

La teoria del "professionista di rimbalzo", proprio perché basata sul carattere accessorio del contratto di fideiussione rispetto al credito garantito, non dovrebbe poter trovare applicazione nelle ipotesi in cui venga stipulato un contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), che si caratterizza, in modo chiaro ed inequivocabile, per l'autonomia dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione

tra di loro, sia quanto alla causa, sia quanto alla struttura, ma connessi tra di loro in quanto preordinati al raggiungimento di un unico interesse. I contratti collegati sono quindi caratterizzati da una pluralità di negozi, e quindi da una pluralità di cause, e da una connessione funzionale tra gli stessi, ossia unificati da un nesso di interdipendenza e finalizzati alla realizzazione di un unico scopo finale consistente nella realizzazione dell'operazione economica complessiva. Si veda G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, cit., 95 ss., che ritiene l'autonomia della fideiussione enunciata nello stesso art. 1936 c.c. mediante l'espressione «personalmente», con la quale si esprimerebbe il collegamento diretto, vale a dire senza interferenza strutturale con il rapporto principale, tra fideiussore e creditore di modo che «in seguito all'assunzione dell'obbligazione, il fideiussore deve la propria prestazione, sulla base di un titolo autonomo rispetto a quello che giustifica la prestazione del debitore c.d. principale e, adempiendola, dà attuazione ad un obbligo proprio e non altrui». Cfr., inoltre, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 104, 248, il quale precisa che, sul piano del rapporto, l'obbligazione del fideiussore e quella del debitore principale, pur avendo il medesimo oggetto, si differenziano sotto il profilo causale: la prima avrebbe causa di garanzia, la seconda la trarrebbe dal rapporto contrattuale principale. In altre parole, esse sarebbero due obbligazioni, benché identiche, diverse.

¹⁵ In tal senso L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *I contratti*, 2015, 3, 195.

garantita¹⁶. Se, infatti, come si è detto, in conseguenza dell'accessorietà che connota il tipo fideiussorio, è la qualifica del debitore principale ad attrarre inevitabilmente quella del fideiussore, cosicché, anche se il rapporto di garanzia è stipulato tra un professionista e un consumatore a quest'ultimo non potrà applicarsi la disciplina consumeristica se il debitore del rapporto di base, nel cui interesse è prestata la garanzia, è un professionista, nelle garanzie cd. autonome questa *vis attrattiva* del rapporto di base rispetto al rapporto di garanzia dovrebbe essere esclusa, poiché il tratto qualificante di queste garanzie è rappresentato proprio dalla carenza del requisito dell'accessorietà.

Come è noto, infatti, tra gli strumenti di tutela del credito attualmente in uso nella prassi dei rapporti commerciali, le garanzie autonome¹⁷ sono quelle che meglio consentono di assicurare la soddisfazione incondizionata dell'interesse economico del creditore-beneficiario, poiché vincolano all'adempimento il garante anche se l'obbligazione principale sia estinta o, addirittura, non sia mai sorta.

¹⁶ Sull'applicabilità della teoria del professionista di rimbalzo anche alle garanzie reali del credito e, in particolare, al nuovo modello di pegno non possessorio, istituito con l'art. 1 del d.l. n. 59/2016 — c.d. Decreto Banche — poi convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, v. L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazione dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 445 ss.

¹⁷ Nell'ordinamento italiano si è soliti denominare questa particolare forma di garanzia anche con la locuzione “contratto autonomo di garanzia” o “garanzia automatica” o “a prima richiesta”. Il rilascio di tali garanzie da parte del garante si pone come momento esecutivo di una complessa operazione economica che si realizza attraverso una serie di autonome pattuizioni intercorrenti tra almeno tre soggetti: ordinante, garante e beneficiario. L'ordinante si obbliga nei confronti del creditore, in conseguenza della conclusione del contratto posto a fondamento del rapporto di base, sia ad eseguire le obbligazioni da esso derivanti sia a procurargli una garanzia autonoma che copra tutti i rischi dell'inadempimento; il debitore-ordinante, conseguentemente, conferirà mandato al garante di prestare una garanzia al creditore-beneficiario che sia autonoma rispetto alle vicende che interessano il rapporto principale e il garante assumerà, pertanto, l'impegno di pagare un determinato importo al creditore-beneficiario allo scopo di garantire la prestazione dovutagli dal debitore principale, rispetto alla quale, però, egli rimane estraneo. Nella pratica del commercio internazionale, inoltre, è piuttosto frequente che l'operazione si presenti più articolata per la presenza di un contro garante. V., in argomento, S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, 15 ss.

Trattandosi, infatti, di garanzie personali atipiche¹⁸, in quanto connotate dall'autonomia rispetto all'obbligazione principale, il garante¹⁹ assume l'impegno di pagare, a semplice richiesta del beneficiario, una determinata somma di denaro allo scopo di garantire la prestazione a quest'ultimo dovuta da un terzo²⁰, rinunciando a far

¹⁸ Sull'argomento esiste un'ampia letteratura e, pertanto, in via solamente indicativa, cfr. per tutti G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in A.A.VV., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 1052 ss; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 169 ss; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 1 ss.; S. MACCARONE, *Il contratto autonomo di garanzia*, III, in *Dizionari di diritto privato*, N. IRTI (a cura di), Milano, 1981; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 171 ss.; ID., voce «Garanzia (contratto autonomo di)», in *Novissimo Dig.*, Appendice, III, Torino, 1982, 918 ss; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; ID., *Le garanzie bancarie <<a prima domanda>>*, in A.A.VV., *Le garanzie contrattuali*, U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), Milano, 1994, 209; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990; ID., *Le garanzie atipiche*, Vol. I, *Garanzie personali*, Milano, 1999.

¹⁹ La dottrina, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., 1067, non ha mancato di rilevare che la qualità soggettiva del garante assume un ruolo determinante nella funzione cauzionale assolta dalla garanzia che, pertanto, potrebbe essere prestata solo da un soggetto dotato di sicura solvibilità. Sul punto anche M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1994, 176, la quale rileva che “nulla vieta (...) che tali garanzie, oltre che dalle banche, vengano rilasciate da altri soggetti, quali ad esempio compagnie di assicurazioni, società finanziarie, e simili. Nella prassi tuttavia le garanzie bancarie risultano le più diffuse; ciò è probabilmente dovuto alla solidità patrimoniale tradizionalmente e universalmente riconosciuta agli istituti di credito e al fatto che i costi delle garanzie emesse da banche normalmente risultano più contenuti”.

²⁰ La prassi ci mostra varie tipologie di garanzie autonome le quali assumono specifiche peculiarità a seconda dello scopo a cui sono dirette. Le forme maggiormente in uso sono: la “garanzia dell’offerta” (*bid bond*), la “garanzia di buona esecuzione” (*performance bond*) e la “garanzia contro anticipo” (*repayment guarantee* ovvero *advance payment bond*). La garanzia di mantenimento dell’offerta normalmente si rilascia nella fase antecedente la stipulazione del contratto di base, in genere un contratto d’appalto, e mira a tutelare il committente dal rischio che il vincitore della gara si rifiuti di stipulare il contratto alle condizioni indicate nel bando. In tal caso il garante si obbliga a pagare al beneficiario, a semplice richiesta di quest’ultimo, una somma predeterminata che, in genere, non supera il 10% del valore dell’opera commissionata. La garanzia di buona esecuzione, invece, mira a tutelare il beneficiario contro il rischio d’inadempimento, totale o parziale, o di ritardo nell’adempimento del contratto di base. Il garante, in tal caso, si obbligherà nei

valere qualsivoglia eccezione relativa al sottostante rapporto obbligatorio garantito.

Si delinea, pertanto, in maniera evidente l'allontanamento delle garanzie in parola, tuttora prive di una specifica regolamentazione legislativa nel nostro ordinamento²¹, dall'archetipo legale della fideiussione: ed infatti, mentre nelle garanzie di tipo fideiussorio tra

confronti del beneficiario a versargli una somma determinata nel momento in cui lamenterà l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione dedotta in contratto. Infine, la "garanzia contro anticipo", che trova generalmente applicazione nei contratti di appalto, copre il rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi già corrisposti (nell'ipotesi in cui questi si sia reso inadempiente). Per una panoramica delle diverse tipologie di garanzie esistenti v. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in AA.VV., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, U. DRAETTA - C. VACCÀ (a cura di), cit., 242.

²¹ L'ammissibilità di tale figura negoziale, sorta alla fine dell'800 nell'ordinamento tedesco, ha incontrato forti resistenze nell'ordinamento italiano, nel quale l'autonomia della garanzia autonoma ha dovuto misurarsi con la previsione contenuta nell'art. 1325, n.2, c.c., espressione del principio di causalità. Infatti, poiché nel contratto autonomo di garanzia il garante è tenuto ad eseguire la propria prestazione anche in caso di invalidità o di altri vizi del rapporto principale, ci si è chiesti se ciò non desse luogo alla previsione di un negozio astratto. Al riguardo G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantiervetrag*, cit., 1064 ss, supera l'obiezione rilevando che per rendere causali questi contratti basta la dichiarazione in essi dello scopo di garanzia mentre la giustificazione ed il fondamento della prestazione vanno ricercati al di fuori del negozio stesso. La giurisprudenza, invece, dopo un iniziale tentativo di ricondurre il contratto autonomo di garanzia nell'alveo della modello fideiussorio e riscontata la difficoltà di incasellare in maniera sistematica un modello contrattuale sorto per soddisfare le esigenze del commercio internazionale, retto essenzialmente dalla *lex mercatoria*, ne statuisce l'ammissibilità in quanto contratto diretto a perseguire interessi ritenuti meritevoli di tutela. È opinione diffusa, infatti, che le garanzie autonome favoriscano lo sviluppo dei traffici giuridici, rendendo possibili importanti operazioni che, in assenza di adeguate garanzie, sarebbero difficili da realizzare. In tal senso, v. per tutte Cass., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Foro It.*, 1988, I, 103 ss., con note di M. VIALE, *Sfogliando la margherita: << Garantiervetrag >> e fideiussione <<omnibus >> in Cassazione*, e di A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il <<big sleep >> delle sezioni unite*. Può, quindi, affermarsi che l'introduzione della garanzia autonoma nel nostro sistema di diritto positivo rappresenti una conferma di quella teoria comparatistica secondo la quale il diritto circola in rapporto all'efficienza delle soluzioni che propone. Sul punto si veda U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An essay in Comparative Law and Economics*, in *Internal Review of Law and Economics.*, 1994, 14 ss.

l'obbligazione principale e quella fideiussoria esiste un vincolo di accessorietà tanto sotto l'aspetto strutturale, per cui l'invalidità dell'obbligazione principale rende invalida anche la fideiussione, quanto sotto l'aspetto funzionale, poiché il fideiussore si obbliga ad eseguire nei confronti del creditore la stessa prestazione a cui è tenuto il debitore principale; nelle garanzie autonome, invece, il tratto qualificante è rappresentato proprio dalla carenza del requisito dell'accessorietà che consente, dunque, di "sganciare" l'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale, rendendo la prima completamente insensibile alle vicende che ineriscono al rapporto di base.

In forza di tale autonomia il garante si obbliga, dunque, incondizionatamente verso il beneficiario non tanto a garantirgli l'adempimento dell'obbligazione gravante sul debitore principale, il cui contenuto ben può consistere in una prestazione diversa (il più delle volte anche disomogenea²²) rispetto a quella necessariamente pecuniaria a cui è obbligato il garante, quanto piuttosto a ristorarlo del danno derivante dall'inadempimento del debitore principale²³

²² La prestazione a cui si obbliga il garante ha sempre ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, che andrà ad indennizzare il beneficiario nell'ipotesi di mancata soddisfazione del risultato economico sotteso all'obbligazione garantita rimasta inadempita; viceversa, la prestazione a cui si obbliga il debitore principale, nella maggior parte dei casi, non ha carattere pecuniario e può consistere nella consegna di cose determinate o in un fare (ad esempio stipulare un contratto, fornire delle merci, rilasciare un immobile). In tali ipotesi, quindi, il garante non esegue una prestazione omogenea a quella dovuta dal debitore principale, così come accade, invece, nella fideiussione, specie quando non sia previsto il beneficio di preventiva escussione (*ex art. 1944, 2° comma, c.c.*): in tal caso, infatti, il fideiussore si obbliga ad eseguire la prestazione come se fosse egli stesso il debitore. L'obbligo assunto dal garante in una garanzia autonoma, invece, mira ad un riequilibrio degli interessi in gioco, assicurando al beneficiario l'equivalente di ciò che il debitore principale avrebbe dovuto eseguire.

²³ La garanzia autonoma, quindi, risponde ad esigenze diverse da quelle proprie della fideiussione, poiché è diretta a garantire non già l'adempimento di un'obbligazione altrui, quanto piuttosto il danno derivante dall'inadempimento del debitore principale. Cfr. in tal senso, *ex multis*: M. VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, in *Nuova giur. comm.*, 1990, II, 180; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 179 e ss.; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 79 e ss.; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 127; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 939.

espletando, così, una funzione eminentemente indennitaria, estranea a quella che propriamente connota il tipo fideiussorio²⁴.

Il garante, in virtù della accennata rinuncia pattizia alla possibilità di opporre le eccezioni rifluenti dal rapporto di base, non potrà sottrarsi dall'eseguire il pagamento in favore del beneficiario, giacché, ha assunto nei suoi confronti l'obbligazione di pagare un debito proprio, non già altrui²⁵.

In questa prospettiva, pertanto, non può che condividersi l'opinione di chi²⁶ attribuisce alla garanzia autonoma una funzione eminentemente indennitaria, considerato che, attraverso la stessa, si mira a lasciare indenne il beneficiario dai rischi derivanti dalla mancata o non corretta esecuzione dell'obbligazione principale. Al beneficiario della garanzia, in altri termini, si assicura una tutela assimilabile a quella derivante dalla costituzione in suo favore di un deposito cauzionale²⁷, in quanto la prestazione a cui si obbliga il garante altro non rappresenta che un mero equivalente economico²⁸ dell'obbligazione principale rimasta inadempita.

Alla luce di queste considerazioni, in questa sede solo oleograficamente delineate, si ritiene che la tesi estremamente formalistica del “professionista di riflesso” non possa trovare applicazione nelle garanzie autonome, poiché l'insensibilità del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito che le caratterizza consentirebbe l'applicabilità al rapporto di garanzia della disciplina del codice del consumo, ogniqualevolta il garante sia qualificabile come consumatore, indipendentemente dal fatto che il rapporto principale

²⁴ Y. POULLET, *Les garanties contractuelles dans le commerce International*, in *Droit et prat. comm. interne.*, 1979, 404.

²⁵ Sul punto v. S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, cit., 10.

²⁶ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 180 e ss.; S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, 20.

²⁷ In tal senso v. F. BENATTI, voce *Garanzia (contratto autonomo di)*, cit., 919. Ma v. anche VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., 183, la quale sottolinea come, a differenza delle cauzioni in denaro, la garanzia autonoma presenta l'indubbio vantaggio di evitare lunghe e costose immobilizzazioni di ricchezza. In giurisprudenza, per tutte, Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

²⁸ Vedi, in tal senso, i rilievi di F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 560 ss.

intercorra tra due professionisti. In altri termini, laddove la garanzia sia qualificata come autonoma, la natura del rapporto garantito non esplicherà alcuna influenza sul rapporto di garanzia, il quale sarà pertanto oggetto di una qualificazione sua propria. Dal che consegue che, se la garanzia è prestata da un soggetto che agisce per scopi estranei a una attività professionale, sia pure per garantire un professionista, questi potrà assumere la qualifica di consumatore, con relativa applicazione delle tutele previste. Questa soluzione, sostenuta da una parte della dottrina, ha trovato una timida apertura anche in giurisprudenza²⁹ la quale, pur continuando a sostenere con convinzione che la qualifica professionale del soggetto garantito si riflette anche sulla figura del fideiussore, nonostante questi agisca per scopi estranei all'attività professionale, ha ritenuto ammissibile un'indagine di tipo diverso, ove la garanzia sia qualificabile come autonoma.

Il carattere autonomo della garanzia, dunque, esclude che la natura del rapporto garantito possa riverberarsi sul rapporto di garanzia, il quale sarà, pertanto, oggetto di una qualificazione giuridica a sé stante. Ne discende l'importanza del compito dell'interprete, il quale è chiamato ad effettuare un'analisi approfondita della concreta fattispecie di garanzia, al fine di verificare se si tratti di fideiussione ovvero di garanzia autonoma, risultando, nel secondo caso, sicuramente più agevole optare per la soluzione favorevole al garante-consumatore³⁰. A tal fine, in considerazione del fatto che l'espressione "a prima richiesta" riveste un valore solo "segnalatico" della possibile autonomia della garanzia,³¹ dovendosi escludere che tale clausola abbia, da sola, la capacità di rendere la garanzia pienamente autonoma dal contratto base, sarà compito dell'interprete verificare che ricorrano gli altri indici

²⁹ Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, cit., ma vedi, in senso contrario, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, cit.

³⁰ S. IACHELLI, *La qualità di consumatore nel contratto di fideiussione*, in www.camminodiritto.it, 7, 2018

³¹ In tal senso Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 273; la quale evidenzia come occorre fare riferimento non solo alla clausola "a prima richiesta" bensì alla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze vanno individuate sul piano dell'autonomia e non sul quello della causa, dal momento che la clausola di pagamento può riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorialità sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia. Cfr. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

segnalatici che rendano palese l'intenzione delle parti di determinare un netto distacco della garanzia dal rapporto principale³². Perché siffatta autonomia possa essere inequivocabilmente individuata, dovranno ricorrere ulteriori espressioni quali “senza contestazione/o senza sollevare eccezioni di sorta” ovvero espressioni quali “in base all'insindacabile giudizio del beneficiario”, cui spesso viene anteposto l'avverbio “incondizionatamente”³³.

Deve, tuttavia, segnalarsi una recente pronuncia della Cassazione³⁴ nella quale si è sostenuto che la teoria del professionista “di riflesso” o “di rimbalzo” possa essere estesa anche al contratto autonomo di garanzia, “essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale

³² In proposito, la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare che la presenza, nell'ambito delle garanzie personali, della sola clausola “a prima richiesta” non possa costituire una prova inconfutabile dell'autonomia della garanzia, potendo avere, tale clausola, al più valore segnalatico. Sul punto v. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., 172; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, cit., 43; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., 40. Tali rilievi hanno trovato accoglimento nelle pronunce della giurisprudenza, in cui si evidenzia che, “ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia in luogo di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego delle espressioni “a semplice richiesta” o “a prima richiesta” del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia.”. Sono quindi necessari una pluralità di indizi come, ad esempio, affiancare alla previsione della garanzia a prima richiesta quella in cui si precisa che non è possibile sollevare eccezioni oppure quella in cui si puntualizza che il pagamento dovrà avvenire in base all'insindacabile giudizio del beneficiario o che il pagamento dovrà avvenire incondizionatamente. Questo insieme di previsioni viene ritenuto idoneo a distaccare il rapporto di garanzia dall'obbligazione principale e, dunque, a renderlo autonomo. Cfr., in tal senso, Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1140, con nota di I. PAGANI, *Distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione*; Cass., 3 marzo 2009, n. 2356; Cass., 17 gennaio 2008, n. 903; Cass., 9 novembre 2006, n. 23900, in *Contratti*, 2007, con nota di M. MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Rep. Foro It.*, 2005; Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *I Contratti*, 2004, 10, 915, con nota di M. PECORARO; Cass., 4 luglio, 2003, n. 10574, in *I Contratti*, 2004, 3, 271; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 245; Cass., 19 luglio, 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002; II, 654; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, I, 1271.

³³ S. MONTICELLI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Comm. cod. civ.*, E. GABRIELLI (diretto da), *Dei singoli contratti, leggi collegate*, V, Torino, 2011, 180.

³⁴ Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, cit.

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 bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore”.

Le argomentazioni del Supremo Collegio non convincono e non si ritiene possano essere condivise. Come è stato condivisibilmente affermato³⁵ proprio laddove la garanzia personale prestata dal consumatore, sia pure rilasciata nell'interesse di un imprenditore per un debito connesso all'attività di impresa, sia qualificabile come autonoma “bisognerà escludere ogni *vis attrattiva* del rapporto di base rispetto al rapporto di garanzia e ritenere conseguentemente applicabili a quest'ultimo, segnatamente in favore del garante-consumatore, i meccanismi di tutela previsti dal Codice del consumo *ex art. 33*”. L'insensibilità del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito, infatti, consente all'interprete la possibilità di valutare l'applicabilità o meno della disciplina del codice del consumo avendo riguardo *esclusivamente* alla qualifica soggettiva rivestita dal garante al momento del rilascio della garanzia, a nulla rilevando qualunque considerazione circa l'inserimento funzionale della garanzia nell'attività d'impresa garantita. Il carattere autonomo delle garanzie in parola, infatti, impedisce, come si è detto, qualsiasi collegamento col rapporto garantito, tanto è vero che nei procedimenti di escussione il garante è tenuto al pagamento sulla base della semplice richiesta del beneficiario, senza avere la possibilità di sindacare il merito della pretesa creditoria.

Nell'ipotesi in cui venga prestata una garanzia personale autonoma riferita ad un contratto di finanziamento alle imprese, dovrà, pertanto, escludersi, per espressa volontà delle parti, ogni interdipendenza fra i due contratti. Ne consegue che al rapporto di garanzia dovrà applicarsi la disciplina di protezione del Codice del consumo allorquando il

³⁵ In tal senso, S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 136.

garante sia qualificabile come consumatore, sebbene il rapporto principale sia stato stipulato fra due imprenditori (banca-finanziaria ed il sovvenuto)³⁶.

5. Conclusioni

Le considerazioni della dottrina preferibile riguardo alla posizione del garante in relazione al suo *status* soggettivo tanto nel caso di contratto autonomo di garanzia che di fideiussione finiscono per avvicinarsi, sino quasi a coincidere. A norma dell'art. 3 del codice del consumo lo scopo per il quale la persona agisce e che fa da spartiacque tra la figura del consumatore e quella del professionista è riferito all'attività svolta dalla persona stessa e non certo all'attività di un terzo, sia esso pure il debitore garantito. Dunque, sia che si tratti di un fideiussore o di un garante "atipico", il criterio per l'attribuzione della qualifica di consumatore non cambia ed è quello della riferibilità o meno della garanzia all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale del garante, a nulla rilevando quella del garantito. In tal senso, la sentenza del Tribunale di Milano in commento, discostandosi dal principio di conio giurisprudenziale del professionista di riflesso, applica la disciplina del consumatore alla fideiussione prestata a favore di un professionista da una persona fisica che agisce per fini estranei alla propria (o altrui) attività professionale, essendosi integrata la situazione meritevole di protezione tipizzata dall'art. 3, lett. a) del cod. cons. Così statuendo, il tribunale territoriale, pur condividendo l'indubbio asservimento funzionale del rapporto accessorio rispetto a quello principale, finisce per ammettere che il nesso di interdipendenza tra i due negozi non può essere tale da determinare che ogni vicenda del contratto principale si comunichi al contratto subordinato: il collegamento funzionale tra il negozio principale e fideiussorio opera, infatti, solo sul piano oggettivo, mentre sul piano soggettivo non sembra ipotizzabile alcun automatismo tra la qualifica del debitore principale e quella del suo garante. Tale automatismo, peraltro, condurrebbe a risultati applicativi inaccettabili, come nel caso in cui il negozio principale sia posto in essere da un consumatore e la fideiussione a garanzia dell'inadempimento sia

³⁶ S. MONTICELLI, *op. cit.*, 137.

rilasciata dalla banca, alla quale dovrebbe, per assurdo, applicarsi la disciplina consumeristica del debitore principale³⁷. Si ritiene, infatti, che lo *status* soggettivo di una parte non possa essere mutuato, né trasmesso da un soggetto ad un altro, anche se questi soggetti risultano parti di contratti funzionalmente collegati tra loro, poiché la qualifica di consumatore o professionista deve essere appurata avendo riguardo esclusivamente allo scopo per il quale il fideiussore abbia garantito le obbligazioni dell'impresa e al ruolo che egli viene a svolgere nell'economia complessiva dell'affare. Nel caso in esame, il fine (non professionale) per il quale le oppoventi si erano risolte a stipulare con la banca una garanzia fideiussoria in favore dell'impresa è stato quello di consentire al congiunto di ottenere un finanziamento e, dunque, al momento del rilascio della garanzia hanno agito per fini estranei all'attività professionale del debitore principale, ricorrendo, pertanto, i presupposti per l'applicazione della tutela consumeristica.

Può concludersi, dunque, che la sentenza in commento, connotata, come segnalato al principio di queste brevi annotazioni, da un chiaro elemento di novità rispetto all'orientamento prevalente, merita senz'altro di essere apprezzata positivamente.

³⁷ Pur consapevoli che, in tali circostanze, l'applicabilità della disciplina di protezione al rapporto di fideiussione è esclusa dalla qualifica di professionista della banca garante, la dottrina, provocatoriamente, non ha mancato di sottolineare le conseguenze aberranti cui può condurre la tesi dell'automatismo fra la qualifica del debitore principale e quella del garante. Cfr. A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit., 2; ID., *Trasparenza dei prodotti bancari*, Milano, 2013, 61, nt. 12.