



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo  
Graduate School**

**Dottorato di ricerca in Diritto, Mercato e Persona**

**Ciclo XXIX**

**Anno di discussione 2017**

**Titolo**

## **Complessità dei mercati e pluralità degli statuti fideiussori**

**Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01**

**Tesi di Dottorato di Lavinia Vizzoni, matricola 956053**

**Coordinatore del Dottorato**

**Prof.ssa Carmelita Camardi**

**Tutore del Dottorando**

**Prof.ssa Carmelita Camardi**

**COMPLESSITÀ DEI MERCATI  
E PLURALITÀ DEGLI STATUTI FIDEIUSSORI**

**- INDICE SOMMARIO -**

<b>Introduzione</b>	p. 8
 <b>CAPITOLO I - La fideiussione: problemi nuovi per un istituto antico</b>  <b>SEZIONE I - Dalle legislazioni passate alla disciplina attuale della garanzia fideiussoria</b>	
1. Le origini della garanzia nelle legislazioni antiche. Cenni	p. 10
2. <i>Sponsio, fidepromissio e fideiussio</i> nel diritto romano	p. 11
3. Dal diritto intermedio alle codificazioni moderne	p. 15
4. La fideiussione oggi. Inquadramento della garanzia personale	p. 16
5. La formazione del vincolo	p. 18
6. La forma e la prova del contratto	p. 22
7. La causa della fideiussione	p. 23
7.1 La fideiussione fra titolo gratuito e oneroso	p. 24
7.2 Fideiussione e donazione: profili distintivi	p. 26
8. Il contenuto e i limiti dell'obbligazione fideiussoria	p. 28
9. Il caso peculiare della c.d. <i>fideiussio indemnitas</i>	p. 30

10. La fideiussione per obbligazioni future e condizionali	p. 32
11. La solidarietà fideiussoria	p. 34
12. Il beneficio di escussione	p. 36
13. La surrogazione del fideiussore	p. 39
14. Il regresso del fideiussore	p. 40
15. Il rilievo del fideiussore	p. 43
16. L'estinzione della fideiussione: le cause tipizzate degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c.	p. 44

**SEZIONE II - Due specifiche problematiche: la garanzia *omnibus* e l'accessorietà fideiussoria**

1. La fideiussione <i>omnibus</i> : inquadramento della figura	p. 48
2. Funzione economica e qualificazione giuridica	p. 50
3. I profili problematici	p. 52
4. La riforma del 1992	p. 54
5. Determinabilità dell'oggetto e contrasto alle condotte abusive	p. 55
6. Fideiussione <i>omnibus</i> e buona fede	p. 57
7. Fideiussione <i>omnibus</i> fra buona fede e ordine pubblico nella giurisprudenza costituzionale tedesca	p. 61

8. L'accessorietà, "dogma" della garanzia fideiussoria: introduzione p. 63
9. Le manifestazioni normative dell'accessorietà: artt. 1939, 1941, 1942 c.c. p. 64
10. La clausola di sopravvivenza: validità della pattuizione e tipicità della fattispecie p. 67
11. Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: i confini dal punto di vista dell'accessorietà p. 70
12. I limiti dell'accessorietà: erosione del "dogma" p. 73

## **CAPITOLO II - Dalla fideiussione al fideiussore. Garante e consumatore: verso una possibile convergenza**

1. L'immobilismo della disciplina fideiussoria. Premessa p. 75
2. L'esigenza di differenziare le qualifiche soggettive del garante p. 76
3. Introduzione: la nascita del consumatore p. 77
4. Dalla sociologia al diritto. La forza giuridica dirompente del "consumatore" e il necessario ripensamento delle categorie dogmatiche p. 79
5. Il consumatore: l'approdo alla definizione normativa p. 86
- 5.1 I tentativi di estensione della categoria p. 88
6. Evoluzioni successive del consumatore: dall'approccio paternalistico al frazionamento della categoria p. 92
7. Dal consumatore al fideiussore. L'ambito applicativo dell'art. 1469 *bis* c.c. p. 96

8.	Il fideiussore-consumatore al vaglio della Cassazione	p. 98
9.	Critiche alla soluzione accolta: emersione del garante “privato” e possibile considerazione del fideiussore quale consumatore	p. 100
10.	La diversa soluzione per le garanzie autonome. Cenni	p. 105
11.	Un’isolata soluzione alternativa nella giurisprudenza di merito	p. 106
12.	Le decisioni di segno positivo dell’ABF	p. 108
13.	Fideiussione e credito al consumo nella giurisprudenza della CgUe	p. 110
14.	La proposta di Direttiva europea sul credito ai consumatori del 2002	p. 113
15.	La fideiussione nei progetti europei: dal Progetto Drobniig al <i>Draft Common Frame of Reference</i>	p. 115
16.	La recente apertura della CgUe	p. 116
16.1	La pronuncia della CgUe nell’ottica del principio di effettività	p. 123
17	Gli ulteriori, più recenti, sviluppi giurisprudenziali	p. 127

### **CAPITOLO III - Fideiussione e relazioni familiari**

1.	Introduzione	p. 130
2.	L’ <i>affectio familiaris</i> e l’assunzione di garanzie a condizioni gravose	p. 132
3.	Le “fideiussioni rovinose” nell’ordinamento tedesco: premessa	p. 136

3.1	Le soluzioni precedenti al 1993	p. 137
3.2	L'approdo alla sentenza del 1993	p. 142
3.3	I contenuti della sentenza del 1993	p. 142
3.4	Dall' <i>Inhaltskontrolle</i> alla <i>Drittwirkung</i>	p. 147
3.5	La <i>Drittwirkung</i> negli ordinamenti tedesco e italiano	p. 151
3.6	Le evoluzioni successive alla sentenza del 1993 e l'influenza della CgUe	p. 157
3.7	Le garanzie familiari al centro della riflessione di Teubner	p. 160
4.	Le soluzioni adottate dalle Corti inglesi. Cenni	p. 163
5.	Il ritorno all'ordinamento italiano e il riferimento al contesto europeo	p. 165
5.1	Segue. Gli ulteriori sviluppi nel diritto bancario	p. 168
6.	Garanzie rovinose e pratiche commerciali scorrette: una possibile suggestione	p. 170
7.	Fideiussione e rapporti patrimoniali fra i coniugi	p. 172

## **CAPITOLO IV - Fideiussione e rapporti economici in crisi**

### **SEZIONE I - Fideiussione, società occulta e fallimento**

1.	Introduzione	p. 175
----	--------------	--------

2. La sussistenza di una società occulta fra i coniugi: dall'*affectio familiaris* all'*affectio societatis* p. 176
3. Il *distinguo* fra le varie ipotesi applicative p. 177
4. Il contesto normativo di riferimento: l'art. 147 della legge fallimentare p. 179
5. Il 4° c., art. 147 l. fall: la prova dell'esistenza del vincolo sociale p. 181
6. L'orientamento giurisprudenziale prevalente p. 182
- 6.1. L'ultima pronuncia della Cassazione in materia p. 184
7. Una questione incidentale: il valore della fideiussione nel contesto della configurazione di una società occulta p. 186
8. Una chiosa parziale: l'estensione del fallimento fra tutela del garante e tutela dei creditori p. 188

## **SEZIONE II - Fideiussione e sovraindebitamento del debitore garantito**

1. Premessa p. 190
2. Il contesto normativo precedente alla l. n. 3 del 2012 p. 190
3. Sovraindebitamento, credito al consumo e crisi economica p. 192
4. L'approdo alla l. n. 3 del 2012 e i relativi contenuti p. 196
5. Disciplina del sovraindebitamento e impatto sugli istituti del diritto privato. Cenni p. 199
6. Sovraindebitamento e garanzia fideiussoria. L'esdebitazione del debitore principale: quale p. 202

sorte per il fideiussore?

7. La prospettiva dell'esdebitazione del garante p. 204
  8. Un'angolatura ulteriore: l'esdebitazione del garante stesso. La risposta negativa della giurisprudenza di merito p. 206
  9. L'apertura della Cassazione p. 208
- Conclusioni** p. 211
- Bibliografia** p. 214



## Introduzione

Il presente studio propone un'analisi che ha ad oggetto la disciplina della garanzia personale per eccellenza, ossia la fideiussione, con l'obiettivo di "decostruire" l'istituto, in ottica non esclusivamente demolitoria, bensì di ricostruzione sistematica in un contesto normativo e problematico più ampio di quello delineato dal codice civile.

Ed infatti, la garanzia fideiussoria, connotata da una disciplina codicistica assai statica, si presta ad essere oggetto di un'indagine di tipo scompositivo, finalizzata a vagliare l'atteggiarsi di essa all'interno di una pluralità di situazioni economiche più o meno articolate.

Da questo punto di vista, la complessità delle operazioni economiche in cui la fideiussione si trova coinvolta pone sempre più all'attenzione del giurista nuove istanze.

In generale, nell'economia di mercato del III millennio, è evidente il fermento che investe il mondo delle garanzie del credito: senza voler accostare garanzie personali e reali, fenomeni ben distinti sul piano funzionale e normativo, merita almeno un cenno la linea evolutiva per cui queste ultime, tradizionalmente connotate da una stretta inerenzia con il bene, stanno radicalmente mutando, dirigendosi sempre più verso l'allentamento di questo vincolo. Mentre le garanzie personali si atteggiano a frammenti di operazioni che non sempre possono automaticamente essere ricomprese nella tradizionale, semplificante, dimensione dell'accessorietà.

Sulla scorta di tale convincimento, si tenterà una riconsiderazione del fenomeno fideiussorio, con l'obiettivo di raggiungere una maggiore "flessibilizzazione" della disciplina dell'istituto.

Tale flessibilizzazione, o meglio "ricontestualizzazione" della disciplina fideiussoria nel mutato contesto sociale ed economico, sarà svolta innanzitutto attraverso uno spostamento dell'angolatura di osservazione e della prospettiva di indagine, che ipotizza il passaggio "dalla fideiussione al fideiussore", dal piano "oggettivo" a quello "soggettivo" della disciplina della garanzia.

A fronte di una formulazione codicistica che ignora il contraente "fideiussore" (neppure menzionato, se non con l'unica eccezione di cui all'art. 1936 c.c.), è parso possibile interrogarsi proprio sull'opportunità, e prima ancora sulla possibilità, di differenziare le qualifiche soggettive del garante, per verificare se il fideiussore che si trovi in una peculiare situazione sul piano economico-contrattuale possa essere

destinatario di specifiche normative, aventi prevalente funzione di tutela, ma capaci al contempo di realizzare una maggiore coerenza sul piano dell'analisi economica del diritto; o comunque, se il fideiussore possa trovare rimedi per uscire da situazione di particolare difficoltà o svantaggio attraverso le soluzioni indicate primariamente dalla giurisprudenza.

L'indagine mirerà dunque ad assumere un andamento circolare: dopo una ricognizione della disciplina vigente - che sarà condotta seguendo un'impostazione riflessiva di tipo tradizionale, esaminando cioè la fattispecie fideiussoria nella dimensione strettamente civilistica, ricostruendo il "tipo" attraverso l'analisi degli elementi essenziali del contratto, non senza riservare una particolare attenzione ai profili più problematici, ai fini che qui interessano, della garanzia stessa, ossia la fideiussione *omnibus* e la regola di accessorietà - si passerà al piano "decostruttivo" dell'analisi, per riflettere sulla rilevanza del profilo soggettivo del fideiussore.

Ciò implicherà il porsi l'ulteriore interrogativo circa la configurabilità di una pluralità di "statuti fideiussori", differenziati a seconda dello specifico contesto giuridico-economico di riferimento.

L'obiettivo finale, in chiave nuovamente di "costruzione", sarà la proposta di configurazione di una disciplina fideiussoria, in un certo senso, rinnovata in base allo specifico "statuto fideiussorio" considerato, che consenta di prestare adeguata attenzione agli interessi coinvolti nella vicenda complessiva.

Una particolare considerazione verrà rivolta alle indicazioni provenienti dal contesto europeo, nonché, tramite l'adozione del metodo comparatistico, alle soluzioni percorse in altri ordinamenti, soprattutto quello tedesco.

## **CAPITOLO I - La fideiussione: problemi nuovi per un istituto antico**

### **SEZIONE I - Dalle legislazioni passate alla disciplina attuale della garanzia fideiussoria**

#### **1. Le origini della garanzia nelle legislazioni antiche. Cenni**

La fideiussione, garanzia personale del credito per eccellenza, vanta origini molto antiche.

Anche solo una breve disamina del percorso storico che ha inerito la garanzia consente fin da subito di apprezzare l'interesse manifestato al riguardo da culture risalenti nel tempo. D'altronde, l'esigenza di rafforzare il credito, e dunque di implementare la possibilità di adempimento in favore del creditore, grazie all'affiancamento di una garanzia, pur variamente configurata - talvolta in maniera davvero peculiare, soprattutto nei regimi primitivi - è da sempre avvertita nella cultura sociale e giuridica.

Ciò pone immediatamente in evidenza la centralità della fideiussione, con tutte le sue implicazioni e particolarità. In effetti, la garanzia fideiussoria - istituto giuridico già oggetto di considerazione nelle civiltà più antiche - è giunta sino alle legislazioni moderne e contemporanee attraversando molteplici vicende, talora travagliate, che la rendono analizzabile in un'ottica evolutiva, valorizzata, nondimeno, dalla formulazione di interrogativi e dalla previsione di possibili sviluppi ulteriori.

È proprio questa la prospettiva che si tenterà di adottare nel ricostruire l'attuale disciplina della fideiussione, soprattutto evidenziando in chiave critica le profonde problematiche - talvolta ancora irrisolte, e relative soprattutto alla tutela dei soggetti coinvolti - sollevate da una vicenda estremamente complessa, quale quella fideiussoria.

Già in civiltà antiche<sup>1</sup>, si possono dunque rinvenire istituti affini alla fideiussione: precedentemente all'avvento del diritto romano, è noto che la fideiussione fosse in uso presso gli Ebrei e gli Indiani, anche se non è stato possibile rinvenire le norme che governavano l'istituto.

---

<sup>1</sup> Come segnalato a titolo di curiosità da F. Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 2, nota 4, le origini della fideiussione si potrebbero far risalire addirittura ai poemi omerici, dove sembrano rinvenirsi tracce della garanzia, poiché Nettuno figurerebbe come fideiussore di Vulcano.

Sono invece disponibili fonti che consentono di tracciare, seppure ancora al di fuori di una sistematica compiuta, la disciplina in materia fideiussoria nel diritto dell'antica Grecia, ove l'istituto presentava peculiarità assai divergenti rispetto ai profili che lo hanno tradizionalmente connotato dal diritto romano in poi<sup>2</sup>.

Pare, in effetti, che nel diritto greco primitivo la fideiussione non avesse carattere accessorio, ma fosse piuttosto un elemento essenziale ai fini del perfezionamento stesso del contratto da cui sorgeva il credito: era il fideiussore ad intervenire direttamente per dare vita al vincolo fra le parti del rapporto oggi detto "principale".

Mancava, dunque, quella che è ormai da secoli consolidata come l'essenza stessa della fideiussione, ossia, il suo essere una "garanzia" del credito, in senso proprio.

In realtà, sebbene con ogni probabilità tale soluzione "estrema" trovasse applicazione solo in talune località, è comunque assodato che nel diritto greco antico la fideiussione, pur senza perdere necessariamente la natura di garanzia, presentasse caratteri di marcata indipendenza rispetto al contratto principale.

Inoltre, la responsabilità del fideiussore nei confronti del creditore era addirittura aggravata rispetto a quella del debitore, poiché non era previsto il beneficio di escussione, ed il garante era a sua volta esposto - per i debiti per cui era possibile sottoporre il debitore all'arresto personale - al rischio di applicazione di tale misura coercitiva. Per la conclusione del contratto di fideiussione non era invece necessario il rispetto di alcuna formalità e, soprattutto per i contratti di compravendita, spesso la stipulazione della garanzia era prevista come obbligatoria.

## **2. *Sponsio, fidepromissio e fideiussio* nel diritto romano**

Nonostante la fideiussione fosse già oggetto di interesse, e talvolta anche di normazione, in culture anteriori, tuttavia fu solo il diritto romano a dotare l'istituto di una sistematica compiuta.

L'evoluzione della fideiussione nel diritto romano passa attraverso le tre figure della *sponsio*, della *fidepromissio* ed, infine, della *fideiussio*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto, v. l'analisi storica di V. Campogrande, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 4 ss.

<sup>3</sup> Sull'evoluzione della fideiussione dal diritto romano ad oggi, con particolare riguardo al profilo dell'accessorietà della garanzia, v. V. Mannino, *Fideiussione e accessorietà*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 907 ss. Sulla fideiussione nel diritto, prima romano, poi comune, cfr. anche A. Calderale, F. Mastropaolo, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, t. II, Torino, 2006, p. 333 ss.

L'esigenza sottesa ai vari istituti susseguirsi nel tempo era sempre quella, avvertita da parte del creditore, di incrementare le possibilità di adempimento, grazie all'intervento di un soggetto ulteriore rispetto al debitore, così da non dover contare esclusivamente sull'impegno assunto da quest'ultimo.

La *sponsio* presentava già i caratteri della garanzia accessoria che accedeva ad una *stipulatio*, o *obligatio*, ossia il contratto verbale, concluso mediante il ricorso a formule solenni, con lo scambio di domanda e risposta, in virtù del quale un soggetto (*promissor*) si impegnava a compiere una qualsivoglia prestazione in favore di un altro (*stipulator*).

Il garante (*sponsor*), che interveniva nella *stipulatio*, assumeva l'impegno di effettuare in favore del creditore la stessa prestazione oggetto dell'obbligazione principale, non potendo vincolarsi *in durio rem causam*, cioè assumere un'obbligazione più gravosa di quella garantita.

In particolare, lo scambio di domanda e risposta che consentiva il perfezionamento della garanzia avveniva con la pronuncia della formula "*Idem dari spondes?*", da parte del creditore, al quale il garante rispondeva affermando "*Spondeo*".

Nella *sponsio*, debitore principale e fideiussore erano legati da un ineludibile vincolo di solidarietà<sup>4</sup>, così che il creditore poteva rivolgersi indifferentemente all'uno o all'altro.

Come già la *sponsio*, anche la *fidepromissio* si collocava nell'ambito della *stipulatio*, pur concludendosi con la pronuncia di una diversa formula solenne, ossia "*Idem fide promittis?*" da parte del creditore, e "*Fide promitto*", da parte del garante<sup>5</sup>.

A differenza della *sponsio*, la *fidepromissio* era un istituto accessibile anche agli stranieri, oltre che ai *cives*, e pertanto riconducibile al sistema dei rapporti giuridici del c.d. *ius gentium*.

Nella concezione primitiva di garanzia personale, che si rinviene nelle due figure di *sponsio* e *fidepromissio*, l'obbligazione principale e quella di garanzia - pur essendo coeve, e quindi sorgendo nello stesso momento, e pur mirando al medesimo obiettivo, ossia l'adempimento in favore del creditore - mantenevano comunque reciproca autonomia, così che il loro corso non era identico: in particolare, mentre alla morte del debitore principale l'obbligazione si trasmetteva all'erede, analogo meccanismo non si compiva in

---

<sup>4</sup> V. F. Macario, *op. cit.* 2009, p. 6.

<sup>5</sup> Cfr. Gai. 3, 119.

caso di morte del garante, evento che aveva come unico effetto quello di estinguere la garanzia.

I rapporti tra *sponsor* o *fidepromissor* e debitore, nonché fra più *sponsores* o più *fidepromissores* vennero regolati da talune leggi che si preoccuparono significativamente di limitare il già dilagante fenomeno dell'assunzione del debito altrui.

In particolare, si ricordano una *lex Apuleia* della fine del III secolo a.C. che concesse, a quello che tra i vari *sponsores* o *fidepromissores* avesse pagato, un'azione contro gli altri - sul presupposto della nascita di una sorta di *societas* - per ottenere il rimborso della propria quota; ed una *lex Cornelia* dell'anno 81 a.C., che vietò a chiunque di garantire nello stesso anno lo stesso debitore per una somma di denaro superiore ad un certo ammontare.

Infine, un'altra legge, la *lex Furia de sponsu*, avente data incerta, ma comunque sicuramente successiva alla suddetta *lex Apuleia*, impose, per le obbligazioni derivanti da *sponsio* o da *fidepromissio*, la durata massima di due anni e stabilì che, ove i soggetti obbligati in garanzia fossero più di uno, il creditore potesse agire *pro quota* contro ciascuno di essi, mentre il garante che avesse pagato più della quota di sua spettanza potesse agire nei confronti del creditore<sup>6</sup>.

La figura della *fideiussio*<sup>7</sup>, dalla quale, come è evidente, l'attuale garanzia deriva il suo stesso nome, comparve più tardi della *sponsio* e della *fidepromissio*, alle quali si venne ad aggiungere intorno al I secolo a.C.: la nascita dell'istituto rispose essenzialmente all'esigenza di predisporre una garanzia del credito circondata da maggiori cautele in favore del garante.

Per quanto attiene ai punti di contatto con le due precedenti forme di garanzia, la *fideiussio* presentava a sua volta la struttura negoziale propria della *stipulatio* verbale, caratterizzata dallo scambio delle seguenti espressioni: “*Idem fide tua esse iubes?*” da parte del creditore, a cui il fideiussore rispondeva “*Iubeo*”.

A differenza di *sponsio* e *fideiussio*, la nuova garanzia presentava però un ambito di applicazione decisamente più esteso, potendo accedere a qualunque obbligazione contrattuale, e non più solo a quelle contratte verbalmente.

Peraltro, fu proprio la *fideiussio* a manifestare per prima i caratteri di quella che sarebbe poi diventata uno dei connotati fondamentali della garanzia, ossia l'accessorietà;

---

<sup>6</sup> Sul punto v. M. Talamanca, *Fideiussione (storia)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 326 ss.

<sup>7</sup> Cfr. la dettagliata analisi di V. Mannino, *op. cit.*, p. 907 ss.

tale profilo, pur non implicando una perfetta identità di causa fra obbligazione principale ed obbligazione di garanzia, e mantenendo fermo il divieto per il garante, già previsto in *sponsio* e *fideiussio*, di obbligarsi *in duriores causas*, legava sostanzialmente le sorti della garanzia a quelle del debito principale. Ecco perché venne per la prima volta previsto che l'obbligo di garanzia non si estinguesse con la morte del garante, ma si trasmettesse agli eredi.

In epoca classica, il creditore poteva rivolgersi, indifferentemente, al debitore principale o al fideiussore; se il fideiussore pagava, non aveva però diritto di rivalsa verso eventuali altri cofideiussori, né aveva un'apposita azione contro il garantito, ma doveva agire con l'*actio mandati* o con l'*actio negotiorum gestorum*.

Fu solo l'imperatore Adriano (117-138 d.C.) a stabilire che in caso di più fideiussori, l'obbligazione dovesse essere divisa tra loro: al singolo garante fu così attribuito un *beneficium divisionis*<sup>8</sup>, che poteva esser fatto valere in via di *exceptio*, contro il creditore che avesse a lui richiesto il pagamento dell'intero. Se poi pagava, il fideiussore godeva del *beneficium cedendarum actionum*, per effetto del quale il creditore cedeva al garante la propria azione contro il debitore principale, realizzando così un'ipotesi di surrogazione.

In epoca postclassica e giustiniana la fideiussione si era ormai diffusa al punto di inglobare e soppiantare gli ormai desueti istituti della *sponsio* e della *fidepromissio*; analoga tendenza assorbente della *fideiussio* si manifestò poi nei confronti dell'ormai residuale *mandatum pecuniae credendae*. Sempre nello stesso periodo, si registrò anche una propensione sempre più accentuata verso la stipulazione della garanzia in forma non più verbale, ma scritta.

Inoltre, l'evoluzione della fideiussione si andò definitivamente orientando verso il carattere sussidiario dell'obbligazione del fideiussore, a cui si giunse formalmente con la previsione, accordata dall'Imperatore Giustiniano, del *beneficium excussionis* (o *ordinis*)<sup>9</sup>, che attribuiva al garante la facoltà di pretendere che il creditore dirigesse la sua pretesa prima contro il debitore principale e, solo se questi era insolvente, contro di lui.

In realtà, pare che il beneficio di escussione del garante fosse già stato concesso attraverso un'antica norma, rimasta però inapplicata: di ciò dà conto lo stesso Giustiniano nella sua Nov. 4, che riaffermò definitivamente il *beneficium*.

---

<sup>8</sup> di cui a D.46.1.10.1. Il *beneficium divisionis*, applicato largamente dalla giurisprudenza del periodo classico, trovò poi conferma legislativa definitiva nella Nov. 99 di Giustiniano.

<sup>9</sup> Su cui v. M. G. Zoz, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità per debito altrui*, Trieste, 2011, p. 13 ss.

Secondo la novella giustiniana, i garanti potevano usufruire del beneficio concesso dall'Imperatore a condizione che il debitore principale fosse presente, ossia reperibile, che questi fosse solvibile, e che il fideiussore stesso riconoscesse l'esistenza del debito, come avveniva già per il *beneficium divisionis*.

Tale configurazione fece sì che l'obbligazione assunta dal fideiussore venisse a collocarsi in posizione non perfettamente simmetrica rispetto all'obbligazione principale, ponendo così le basi perché l'istituto fideiussorio assumesse già all'epoca le odierne sembianze di negozio sussidiario.

### 3. Dal diritto intermedio alle codificazioni moderne

Il diritto barbarico<sup>10</sup> conosceva, oltre alla fideiussione volontaria, ed in epoca più antica rispetto ad essa, una fideiussione necessaria, che si configurava come interna al nucleo familiare, nel senso che la famiglia rispondeva delle obbligazioni dei propri componenti, comprese quelle da delitto. Analoga fideiussione necessaria si ritrova poi nel diritto feudale, in cui il vassallo rispondeva delle obbligazioni del proprio signore.

Nell'alto Medioevo la fideiussione trovò diffusione all'interno di peculiari istituti in uso presso i Longobardi, fra cui la c.d. *wadiatio*, consistente nella consegna al creditore della *wadia*, un oggetto simbolico, da parte del debitore, che assumeva l'obbligo di riscattarla entro tre giorni tramite il reperimento di un fideiussore.

La fideiussione, all'interno del fenomeno della *wadiatio*, presentava caratteri particolari: pur essendo una garanzia personale, non si trasmetteva agli eredi del fideiussore; inoltre rendeva il garante, in sostanza, un "secondo" debitore principale, così che il creditore poteva rivolgersi indifferentemente al debitore ovvero al garante, senza che quest'ultimo godesse del beneficio di escussione, come previsto invece nel diritto giustiniano, o potesse opporre eccezioni di sorta.

Fu poi la scuola di Bologna<sup>11</sup> a riportare l'interesse soprattutto sulle fonti giustiniane: i risultati dell'elaborazione dei glossatori vennero così accolti nelle codificazioni dei principali Stati europei a partire dalla fine del secolo XVIII, fra cui il *Code Napoléon* (artt. 2011-2043), e, conseguentemente, il codice civile italiano del 1865 (artt. 1898-1931).

---

<sup>10</sup> Cfr. V. Campogrande, *op. cit.*, p. 15 ss.

<sup>11</sup> V. Mannino, *op. cit.*, p. 929 ss.



Nella codificazione napoleonica, in particolare, si avvertono anche le influenze delle riflessioni settecentesche di Pothier<sup>12</sup>, che ponevano in luce l'essenzialità del carattere accessorio della garanzia fideiussoria, al quale si riconosceva una duplice funzione: da un lato quella di circoscrivere l'impegno del garante, e, dall'altro, quella di distinguere la fideiussione da altri negozi obbligatori privi di tale aspetto.

In sostanza, negli attuali sistemi giuridici di derivazione romano-germanica, l'istituto della fideiussione, nonostante talune peculiarità che lo caratterizzarono nel diritto dell'età intermedia, continua a derivare i suoi aspetti caratterizzanti dal diritto romano, ed in particolare dal modello giustiniano.

#### **4. La fideiussione oggi. Inquadramento della garanzia personale**

Con precipuo riguardo all'ordinamento italiano, ferma restando la suddetta origine romanistica della disciplina fideiussoria, è opportuno premettere subito che non risultano modifiche di particolare rilievo fra la disciplina contenuta agli artt. 1898-1931 del codice civile del 1865 e quella attualmente in vigore<sup>13</sup>.

La disciplina vigente della fideiussione è contenuta nel libro IV, titolo III, quindi nel settore relativo ai singoli contratti.

La norma di apertura, nonostante la rubrica "nozione", non offre in realtà una definizione della garanzia<sup>14</sup>, incentrandosi piuttosto sulla figura del fideiussore, indicato come il soggetto che assume, nei confronti del creditore, l'obbligazione personale di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui. Tramite l'inquadramento della figura del garante, viene così delineato anche il contenuto tipico dell'obbligazione fideiussoria, di cui tuttavia non viene individuato, né disciplinato, il momento costitutivo.

La formula normativa utilizzata dall' art. 1936 c.c., 1° c. consente immediatamente di esprimere talune osservazioni.

In primo luogo, l'enfasi posta sull'"obbligarsi" del garante, unitamente alla collocazione sistematica della disciplina, consente di affermare che il momento fondativo della fideiussione ben può consistere in un atto di volontà del garante: in

---

<sup>12</sup> Come evidenziato ancora da V. Mannino, *op. cit.*, p. 933.

<sup>13</sup> Laddove si riscontreranno profili di differenziazione fra le due discipline, meritevoli di nota, questi verranno adeguatamente segnalati.

<sup>14</sup> Sulla nozione di garanzia in generale, e sulle ripartizioni interne alla categoria, cfr. T. Febbrajo, *Garanzia*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2016, p. 1 ss.

effetti, il contratto è indubbiamente la fonte principe del rapporto fideiussorio, nonostante la sussistenza di ipotesi di fideiussione con fonte diversa dal contratto.

Vi sono dunque situazioni, per quanto piuttosto rare, in cui fonte dell'obbligazione fideiussoria è una legge speciale: in questi casi la garanzia sorge *ipso iure*, al verificarsi di fatto della situazione rientrante nella fattispecie legale, a carico dello Stato od altri enti pubblici e a tutela di crediti ritenuti di interesse generale<sup>15</sup>.

Se tali fattispecie non suscitano particolari interrogativi, maggiormente problematica risulta invece la possibilità di inquadrare nella fideiussione certi obblighi di garanzia imposti dalla legge a carico dei privati, quali l'obbligo *ex art. 38 c.c.* del rappresentante dell'associazione non riconosciuta di rispondere personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte in nome e per conto dell'associazione.

Parimenti, non è da escludere che l'obbligo fideiussorio possa derivare da atto unilaterale - dichiarazione unilaterale o testamento - anziché da contratto<sup>16</sup>. Infine, in taluni casi viene ritenuta sussistente una fideiussione di fonte giudiziale, ove è il giudice a poter imporre la prestazione di una garanzia fideiussoria<sup>17</sup>.

L'accento posto dall'art. 1936 c.c. sul carattere personale dell'obbligazione fideiussoria corrobora inoltre la già consolidata impostazione secondo la quale essa configura a tutti gli effetti un'obbligazione in senso tecnico<sup>18</sup>, dal cui inadempimento discende, pertanto, una responsabilità per fatto proprio. Il fideiussore è tenuto ad adempiere ad un'obbligazione propria, dotata di causa autonoma<sup>19</sup>, benché avente oggetto identico a quella principale, e parimenti diretta a soddisfare l'interesse del creditore. Ciò differenzia significativamente la posizione del fideiussore da quella del terzo datore di garanzia reale: il secondo è infatti assoggettato ad una responsabilità per debito non proprio, ma altrui; non assume la veste di debitore, ma destina soltanto un proprio bene al soddisfacimento di un credito.

A carico del fideiussore si configura non una mera responsabilità limitata alla fase "patologica" di esecuzione del credito, bensì una vera e propria obbligazione, che rileva già nella fase "fisiologica" dell'adempimento, nel senso che il creditore può pretendere l'adempimento dal garante, soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio principale, il

---

<sup>15</sup> Cfr. A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, Milano, 1998, p. 55 ss.

<sup>16</sup> F. Macario, *op. cit.*, p. 86

<sup>17</sup> F. Macario, *op. cit.*, p. 101

<sup>18</sup> A. Giusti, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>19</sup> Sulla causa della fideiussione v. *infra*, cap. I, sez. I, par. 7 .

cui patrimonio si affianca a quello del debitore, rafforzando così la possibilità del creditore di conseguire il soddisfacimento del proprio credito.

Peraltro, ad ulteriore conferma del carattere “personale” della garanzia, il fideiussore, al pari del debitore principale, risponde dell’adempimento con tutto il suo patrimonio, in conformità al principio generale di cui all’art. 2740 c.c.<sup>20</sup>.

Dal punto di vista della struttura del contratto di fideiussione, la formulazione dell’art. 1936 c.c. è cristallina nell’individuare il destinatario dell’obbligo assunto personalmente dal fideiussore, ossia il creditore. È del tutto pacifico che venga quindi a delinearsi un rapporto contrattuale bilaterale, che intercorre esclusivamente fra creditore (beneficiario della prestazione) e garante. Ciononostante, è innegabile la sostanziale trilateralità della vicenda sottesa, in quanto la fideiussione, per la sua stessa natura di “garanzia” inerisce ad un’obbligazione ulteriore, c.d. principale.

Si individuano, quindi, due rapporti obbligatori distinti - quello principale e quello fideiussorio - funzionalmente interconnessi e con oggetto identico: la posizione creditoria è rivestita in entrambi dallo stesso soggetto, mentre la posizione debitoria è ricoperta nel primo dal debitore principale e nel secondo dal garante.

## 5. La formazione del vincolo

Stante la suddetta “trilateralità sostanziale” della vicenda fideiussoria, ci si potrebbe interrogare sulla necessità di coinvolgere, ai fini del perfezionamento della fideiussione, oltre ai due soggetti espressamente indicati come parti contrattuali (fideiussore e creditore), anche il debitore principale<sup>21</sup>.

In realtà, a sciogliere l’interrogativo in senso negativo interviene immediatamente il 2° c. dell’art. 1936 c.c., secondo il quale la fideiussione è efficace anche nell’ipotesi - in verità piuttosto improbabile - in cui il debitore non fosse stato neppure a conoscenza del rapporto contrattuale intercorso tra il suo creditore e il terzo che pur presta garanzia nel suo interesse.

---

<sup>20</sup> Peraltro, secondo un’autorevole opinione, l’accordo delle parti inteso a porre una limitazione quantitativa della responsabilità del fideiussore, nel senso che costui possa essere chiamato a rispondere soltanto con una parte determinata del proprio patrimonio, sarebbe da ritenersi nullo. Così V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, p. 390 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. la riflessione di F. Macario, *op. cit.*, p. 123 ss.

Il debitore risulta giuridicamente estraneo al negozio costitutivo della garanzia, come confermato da giurisprudenza ormai consolidata<sup>22</sup>, anche nell'ipotesi in cui abbia assunto contrattualmente l'obbligo di prestare garanzia.

Diversi sono i risvolti normativi in cui si concretizza, peraltro, l'estraneità giuridica del debitore al rapporto fideiussorio.

In primo luogo, la fideiussione è considerata ipotesi paradigmatica della fattispecie contemplata all'art. 1333 c.c.<sup>23</sup>, quanto meno qualora l'obbligo di garanzia sia assunto a titolo gratuito, come non di rado in effetti avviene.

Come è noto, mentre la normativa di cui agli artt. 1326 e ss. c.c., in materia di conclusione del contratto, si applica ai contratti bilaterali o plurilaterali connotati da sinallagmaticità, per i contratti con obbligazioni a carico del solo proponente l'art. 1333 c.c. stabilisce che la proposta è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata, sempre che nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi quest'ultima non la rifiuti. La struttura del negozio in questione non implica comunque, di per sé, che l'atto venga compiuto per spirito di liberalità<sup>24</sup>.

Se la fattispecie dei contratti con obbligazioni a carico del solo proponente in esame rientri nell'ambito contrattuale, o se configuri invece un'ipotesi di atto unilaterale è stato un aspetto assai discusso; a tal proposito, si è talvolta fatto ricorso all'espressione "contratto unilaterale"<sup>25</sup> per evocare la peculiare struttura del negozio in questione.

Il punto di snodo è dato dal momento di perfezionamento del negozio: se si concludesse per l'unilateralità dell'atto ne conseguirebbe il perfezionamento quando esso perviene a conoscenza dell'oblato, cosicché il mancato rifiuto dei questi funzionerebbe al più come mero evento condizionale. Inoltre, stante la struttura unilaterale della fattispecie, la non intenzionalità della condotta del destinatario non potrebbe essere valutata, poiché essa non varrebbe comunque ad impedire il perfezionamento della fattispecie<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> In tal senso, fra le altre, Cass., 27.06.1992, n. 8064, in *Giur. it.*, 1993, c. 1296 ss.

<sup>23</sup> Sul contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, v. esemplarmente R. Sacco, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, n. 2, p.710 ss., e sul perfezionamento della fideiussione in base allo schema *ex art. 1333 c.c.* cfr. fra le altre, Cass. 13.06.2006, n. 13625, in *Giust. civ. mass.*

<sup>24</sup> Sul punto, v. *infra*, cap. I, sez. I, par. 7.2.

<sup>25</sup> Così Cass. 29.03.1990, n. 2581, in *Giust. civ. mass.* In dottrina, espressione analoga è utilizzata da R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, p. 63, per il quale "la fattispecie di cui all'art.1333, 2° comma è un contratto con unica dichiarazione".

<sup>26</sup> Questa sembra essere l'opinione di A. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993, p. 221, che infatti accosta la fattispecie di cui all'art. 1333, 2°c. a quella di cui all'art. 1327 c.c.

Tuttavia, l'opinione decisamente preponderante<sup>27</sup> è orientata nella direzione opposta, propensa a desumere dalla necessità del consenso del beneficiario - sia pure espresso in forma silente - la conclusione che i negozi di cui all'art. 1333 c.c., pur essendo in un certo senso "unilaterali" nella modalità di formazione, restano comunque bilaterali (e dunque contrattuali) nella struttura. D'altronde, la collocazione sistematica della disciplina in materia rappresenta un chiaro indice in tal senso.

Come sopra accennato, la fonte principale della garanzia fideiussoria è proprio un contratto: un contratto, quindi, con obbligazioni a carico del solo proponente (fideiussore) rispetto a cui troverà applicazione la peculiare disciplina prevista in materia di formazione del consenso.

La qualificazione contrattuale della fattispecie comporta che la mancanza di rifiuto del beneficiario sia apprezzabile alla stregua di una vera e propria manifestazione, seppur tacita, di volontà; da ciò consegue l'applicabilità della disciplina in materia di vizi del volere e di incapacità<sup>28</sup>.

In particolare, essendo sufficiente un coinvolgimento "semplificato" dell'oblato (creditore) ai fini del perfezionamento del negozio, questi - ai fini dell'annullamento del contratto di fideiussione venutosi a perfezionare stante il suo stesso silenzio - non potrà che dimostrare la menomazione della sua autonomia, e dunque la non intenzionalità del mancato rifiuto della proposta rivoltagli dal garante, anche appellandosi a vizi della volontà<sup>29</sup> ovvero alla presenza di stati di incapacità<sup>30</sup>. Soprattutto, non è escluso che il creditore oblato possa eccepire l'errore sulla qualità personale del fideiussore, onde chiedere l'annullamento del contratto di fideiussione.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il silenzio dell'oblato soggiaccia alla disciplina dei vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c.<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Così G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 71 ss. e F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu - Messineo - Mengoni, Milano, 1998, p.70 ss.

<sup>28</sup> Sulla rilevanza delle incapacità e dei vizi della volontà, cfr. M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 399 ss.

<sup>29</sup> Ancora sul rilievo dei vizi del consenso nella conclusione del contratto di fideiussione, cfr. G. Bozzi (a cura di), *La fideiussione*, Torino, 2013, p. 92 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, è stato precisato che la valutazione relativa ai requisiti di essenzialità e riconoscibilità dell'errore, quale vizio di annullabilità del contratto opera anche "con riguardo a contratti con obbligazioni del solo proponente, come la fideiussione gratuitamente prestata, nei quali vi sia un controinteressato alla dichiarazione". Così Cass. 01.10.1993, n. 9777, in *Foro it.*, 1994, n.1, c. 429 ss., e in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1536 ss.

<sup>31</sup> Così Cass. 15.04.1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, n. 1, p. 2133 ss., con nota di E. Scoditti, *Rinnovazione tacita del contratto di mediazione e successione di leggi nel tempo*.

Peraltro, dall'inquadramento della fideiussione quale contratto con obbligazioni a carico del solo proponente discende che il relativo contenuto contrattuale si identificherà integralmente con la proposta del garante e con l'accettazione del creditore, senza che possano assumere alcun rilievo, se presenti, eventuali accordi intercorsi fra fideiussore e debitore.

Un secondo profilo in cui si manifesta l'estraneità del debitore principale al rapporto fideiussorio consiste nel fatto che il debitore stesso non potrebbe neppure rendere inefficace la fideiussione con un eventuale divieto, né impedire l'adempimento del fideiussore manifestando la sua opposizione<sup>32</sup>.

L'estraneità giuridica non esclude comunque che il debitore partecipi in punto di fatto alla concessione della garanzia, oppure che il debitore si accordi con il fideiussore ai fini del rilascio della garanzia: in tale caso troverà sì applicazione la figura del contratto a favore di terzo, di cui agli artt. 1411 e ss. c.c.<sup>33</sup>, senza che però, di nuovo, gli accordi intercorsi fra debitore e garante assumano rilievo ai fini dell'individuazione del contenuto della fideiussione, e, soprattutto, senza che essi siano in alcun modo opponibili al creditore<sup>34</sup>.

In effetti, nella prassi non è infrequente che sia proprio il debitore principale ad adoperarsi affinché la fideiussione venga rilasciata in favore del creditore, magari ottenendo anche la promessa, rivoltagli dal futuro garante, di prestare fideiussione nel suo interesse<sup>35</sup>; tanto più in considerazione del fatto che non di rado la fideiussione è vera e propria *condicio sine qua non* per l'erogazione del credito<sup>36</sup>. L'art. 1936 comma 2° c.c. si dimostra quindi disposizione con scarso significato pratico, seppure con risvolti giuridici significativi.

---

<sup>32</sup> F. Macario, *op. cit.*, p. 125 ss.

<sup>33</sup> Come osservato, ancora, da F. Macario, *op. cit.*, p. 129 ss.

<sup>34</sup> Sulle intese fra debitore principale e fideiussore v. L. Ruggeri, S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Tratt. di dir. civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, vol. III, n. 19, Napoli, 2005, p. 8 ss.

<sup>35</sup> Si configurerebbe, in tal caso, un'ipotesi di contratto preliminare di fideiussione: si tratta di una figura del tutto anomala, la cui presenza non può comunque consentire al contraente non inadempiente, cioè il debitore-promissario, di ricorrere alla tutela tipica del contratto preliminare, di cui all'art. 2932 c.c. In effetti, la relativa sentenza sarebbe resa in un giudizio del quale il creditore non è parte, di modo che essa avrebbe lo stesso valore non certo di un contratto di fideiussione stipulato fra creditore e garante, bensì di una semplice proposta di fideiussione, comunque soggetta alla possibilità di rifiuto del destinatario *ex art.* 1333 c.c. La pattuizione preliminare fra debitore principale e fideiussore non può dunque incidere sul futuro rapporto fideiussorio, di cui il debitore non è parte. Non è caso, la qualificazione in termini di contratto preliminare di fideiussione risulterebbe decisamente preferibile ove la promessa del garante fosse rivolta al creditore, quale controparte del definitivo, ossia il vero e proprio futuro contratto di fideiussione: si tratta però, invero, di una situazione scarsamente ricorrente. Per una ricognizione della figura, v. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>36</sup> V. la riflessione sulla causa della fideiussione, *infra*, cap. I, par. 7 ss.

## 6. La forma e la prova del contratto

È unanimemente esclusa la necessità che il contratto di fideiussione presenti la forma scritta ai fini della sua valida conclusione.

In effetti, l'art. 1937 c.c. non istituisce un particolare regime formale per la conclusione della fideiussione, che pertanto deve essere considerata negozio a forma libera; tuttavia, tale norma, disponendo che la volontà di prestare garanzia sia espressa, vale ad escludere la possibilità di desumerne interpretativamente il perfezionamento *per facta concludentia*.

Ciò nega, conseguentemente, l'operatività, in materia, del principio dell'apparenza del diritto a tutela dei terzi di buona fede<sup>37</sup>, ma non esclude, comunque, la varietà delle modalità espressive a cui il garante può ricorrere nell'assumere la garanzia.

Peraltro, è stato da tempo sancito che il principio secondo il quale la volontà deve essere espressa in maniera inequivocabile riguarda anche le speciali condizioni e le limitazioni della fideiussione, le quali devono trovare esplicitazione analoga alla garanzia stessa<sup>38</sup>, pena il non rientrare nella pattuizione fideiussoria.

D'altronde, non contrasta con il principio della manifestazione espressa l'orientamento, oggi unanime, che ritiene ammissibile ricavare siffatta volontà esplicita di prestare fideiussione anche da elementi presuntivi, purché incentrati su dati inequivoci, indubbiamente rappresentativi di tale volere<sup>39</sup>.

In sostanza, si tratta di conciliare la libertà di forma del negozio fideiussorio, non richiedente forma scritta ai fini della validità né a nessun altro fine, con il limite insito nell'art. 1937 c.c., il quale - nel prescrivere che la volontà di assumere la garanzia debba essere espressa - evidentemente impone che il mezzo di prova adoperato per dimostrare l'esistenza della fideiussione, qualunque esso sia, consenta all'interprete di ricostruire un volere del garante, chiaro ed inequivoco, in tal senso.

Non a caso, la giurisprudenza è ormai unanime nel reputare esperibile qualunque mezzo di prova ai fini di dimostrare la sussistenza della garanzia, compresa la prova

---

<sup>37</sup> Così Cass. 8.05.1981, n. 3027, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 281 ss., secondo cui il principio dell'apparenza del diritto, finalizzato alla tutela dei terzi in buona fede, incontra un limite invalicabile nella particolare natura del preteso rapporto apparente, in questo caso fideiussorio, a fondamento del quale tale principio non può essere invocato. Rispetto ad un negozio fideiussorio, infatti, sul principio dell'apparenza del diritto prevale il diverso principio, incompatibile con il primo, per cui la volontà di prestare fideiussione, anche se non assistita da forme solenni, deve essere espressamente dichiarata e risultare, quindi, senza alcuna incertezza o ambiguità.

<sup>38</sup> In tale direzione, Cass. 3.09.1982, n. 4811, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 419 ss. e Cass. 9.05.1988, n. 3400, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, p. 434 ss.

<sup>39</sup> Così, Cass. 15.02.1982, n. 408, in *Foro it.*, Rep. 1982, Voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 408.

testimoniale<sup>40</sup> o il giuramento, purché suffragati da elementi di particolare certezza e significato<sup>41</sup>.

## 7. La causa della fideiussione

Quale sia la causa<sup>42</sup> del contratto di fideiussione - un aspetto senz'altro meritevole di autonomo approfondimento, la cui indagine risulta strettamente funzionale alla tesi che qui si intende sostenere - si ricava, *prima facie*, dalla norma di apertura, art. 1936 cc., che si rivela definizione incompleta, perché soggettivamente incentrata sul solo garante, ma ugualmente ricca di profili significativi.

Essa consiste proprio nella garanzia dell'adempimento di un'obbligazione altrui, e dunque nel rafforzamento dell'aspettativa creditoria di non veder frustrato il proprio interesse all'adempimento tramite l'aggiunta, al rapporto principale, di un altro rapporto obbligatorio.

Siffatto elemento causale è ritenuto di per sé necessario e sufficiente a integrare il presupposto giustificativo dell'obbligo assunto dal garante<sup>43</sup>. Peraltro, è stato evidenziato<sup>44</sup> come la tipicità del modello contrattuale sia sintomatica di una particolare "meritevolezza" della causa di garanzia, che si rivela certamente utile ed apprezzabile soprattutto nell'ottica dell'implementazione delle attività economiche, verso la quale l'ordinamento manifesta un certo favore.

Quella di garanzia è una causa fissa, costante, della fideiussione, quale che sia la causa dell'obbligazione principale: in effetti fra i due negozi si ravvisa sicuramente una divaricazione dal punto di vista causale, altrimenti non potrebbe neppure essere concepibile, come pure ben può avvenire, che uno dei due abbia titolo oneroso mentre l'altro titolo gratuito.

Inoltre, il fatto che all'interno dello schema causale della fideiussione non assuma rilevanza il rischio contrattuale - poiché non vi è alcun elemento che metta in dubbio il

---

<sup>40</sup> Salvo, in questo caso, il limite, ormai anacronistico, relativo al valore dell'oggetto del contratto, di cui al 1° c., art. 2721 c.c., rispetto a cui la giurisprudenza ha fatto ampio ricorso alla deroga di cui al 2° c. dello stesso articolo. Non manca, tuttavia, un indirizzo giurisprudenziale, essenzialmente di merito, che tende a negare la prova testimoniale a dimostrazione di fideiussioni bancarie, in particolare se di importi elevati e soprattutto in considerazione della nutrita presenza di clausole contrattuali "devianti" rispetto al modello codicistico. Così, Trib. Milano, 18.01.1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 455 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, Cass. 09.09.1998, in *Giust. Civ., Massimario*, 1998, p. 1874 ss.

<sup>42</sup> Sulla causa della fideiussione, cfr. A. Giusti, *op. cit.*, p. 100 ss., e la ricostruzione storica di F. Macario, *op. cit.*, p. 144 ss.

<sup>43</sup> Come significativamente osservato da F. Macario, *op. cit.*, p. 148.

<sup>44</sup> A. Giusti, *op. cit.*, p. 102.



conseguimento del vantaggio economico prefigurato dalle parti - consente di escludere la fideiussione dal novero dei contratti aleatori. Il rischio assunto dal garante rientra nell'ambito della normale alea contrattuale<sup>45</sup>.

Si può ulteriormente osservare come la funzione di garanzia, e dunque di rafforzamento del credito, venga a concretizzarsi già al momento della stipulazione del contratto fideiussorio, del quale pertanto è da escludere la qualificazione quale contratto di durata, preferendo decisamente quella di contratto istantaneo<sup>46</sup>, sebbene ad esecuzione differita, con tutte le conseguenze normative che da ciò discendono.

Nonostante i molteplici risvolti della causa di garanzia, si può ritenere che essa non sia da sola sufficiente a spiegare compiutamente il fenomeno fideiussorio nella sua complessità, soprattutto se questo si inserisce all'interno di dinamiche economiche articolate.

In tale direzione, non si può non considerare come i soggetti finanziatori per eccellenza, ossia le banche, abbiano da sempre avvertito l'esigenza di reperire strumenti negoziali che le garantissero nella loro attività creditizia. Proprio in tale ottica è stata concepita la problematica fideiussione c.d. *omnibus*, che più avanti verrà affrontata specificamente. Al contempo, anche i privati sono costantemente alla ricerca di finanziamenti che consentano loro lo svolgimento di attività economiche di varia natura.

Nel punto di incontro tra le due istanze, delle banche da un lato, e dei privati, soprattutto imprenditori, dall'altro, ben si individua lo scopo ulteriore, definibile di finanziamento, che si affianca alla causa di garanzia in senso stretto.

In effetti, è innegabile che le fideiussione bancarie, ed in particolare, quelle *omnibus*, siano divenute ormai elemento determinante, nella prassi, ai fini della concessione del finanziamento da parte dell'istituto di credito<sup>47</sup>.

### **7.1 La fideiussione fra titolo gratuito e oneroso**

In dottrina è posta in rilievo la normale gratuità della fideiussione<sup>48</sup>, tale che non sussiste, quindi, alcuna controprestazione a carico del creditore, bensì gli unici effetti, di carattere obbligatorio, ricadono sul fideiussore<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto, v. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 72 ss.

<sup>46</sup> Esemplarmente, sul punto, G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 148 ss.

<sup>47</sup> È quanto osservato da F. Macario, *op. cit.*, p. 150. Sul punto, v. anche M. Lobbano, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 16-17.

<sup>48</sup> G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, p. 29 ss.

In effetti, la concessione del credito, a cui è solitamente finalizzata la prestazione di garanzia, va a beneficio esclusivo del debitore, mentre il fideiussore, che sopporta il peso derivante dalla garanzia dell'obbligazione altrui, non ne ricava alcuna utilità.

Al contrario, un corrispettivo ben può essere pattuito nel rapporto interno fra debitore garantito e fideiussore; esso non rivestirà però alcun rilievo ai fini della qualificazione del titolo della fideiussione, rilevando invece, a tal fine, solo il rapporto fra garante e creditore.

La normale gratuità della garanzia trova due momenti di emersione sul piano normativo, corrispondenti ad altrettanti rimedi spettanti al fideiussore che abbia adempiuto, nei confronti del debitore principale, ossia la surrogazione nei diritti del creditore soddisfatto (art. 1949 c.c.), e il regresso (art. 1950 c.c.), finalizzato alla reintegrazione patrimoniale del garante, attraverso il rimborso della somma, nonché degli accessori, corrisposti al creditore in adempimento dell'obbligazione di garanzia.

È stato inoltre osservato<sup>50</sup> come un siffatto riequilibrio economico dell'assetto degli interessi in gioco costituisca uno degli elementi intrinsecamente caratterizzanti la fideiussione, tale altresì da distinguerla dalle figure di assunzione del debito altrui: nella fideiussione, l'obbligo di garanzia, almeno nell'impianto legislativo, sarebbe infatti destinato ad essere delimitato sul piano temporale, mentre sia l'inadempimento del debitore principale, sia l'infruttuoso esperimento del regresso ne rappresenterebbero circostanze patologiche.

Non si può comunque escludere che il creditore paghi un corrispettivo per la garanzia prestata; la fideiussione assumerà allora la natura di contratto a prestazioni corrispettive.

La gratuità non è dunque un carattere necessario della garanzia, che, da questo punto di vista, si configura come negozio neutro. La fideiussione può essere indifferentemente configurata come gratuita ovvero onerosa - a seconda della volontà delle parti - senza che ciò incida sulla sua causa, che rimane in ogni caso causa di garanzia.

Ove la fideiussione sia prestata a titolo oneroso, si dovrà ritenere che alla causa tipica di garanzia si aggiunga l'ulteriore causa consistente nello scambio: il corrispettivo dovuto dal creditore al fideiussore remunera l'impegno assunto con la garanzia di

---

<sup>49</sup> È stato altresì osservato come la mancanza di corrispettivo contribuisca a differenziare la fideiussione dall'assicurazione del credito. Così A. Ravazzoni, voce *Fideiussione*, in *Noviss. Dig. it.*, 1961, p. 276 ss.

<sup>50</sup> G. Bozzi, *op. cit.*, p. 16

un'obbligazione altrui e pone altresì il garante al riparo dal rischio di infruttuosità del regresso nei confronti del debitore principale.

L'onerosità, e dunque la bilateralità del contratto di fideiussione, inciderà allora necessariamente sulla modalità di conclusione, rendendo imprescindibile la bilateralità anche delle manifestazioni di volontà *ex art. 1326 c.c.* e non potendo più trovare applicazione la procedura semplificata di cui all'*art. 1333 c.c.*

## **7.2 Fideiussione e donazione: profili distintivi**

Si è detto che la fideiussione può essere indifferentemente a titolo gratuito ovvero oneroso. La fideiussione gratuita resta comunque l'ipotesi più diffusa; la gratuità della garanzia non implica però che si tratti di un atto di liberalità.

In effetti, come è noto, gratuità e liberalità sono due piani da tenere ben distinti: se gli atti liberali sono senz'altro negozi a titolo gratuito, non ogni atto a titolo gratuito è anche liberale. Posto che l'elemento comune di tutti gli atti gratuiti è rappresentato dall'assenza di corrispettivo, secondo l'opinione maggioritaria, accolta anche dalla giurisprudenza<sup>51</sup>, il criterio di distinzione tra gratuità e liberalità andrebbe ricercato nella natura degli interessi perseguiti: patrimoniali nella prima, non patrimoniali nella seconda.

Lo spirito di liberalità, che da molti è elevato a causa stessa della donazione - prototipo dell'atto liberale - consiste nell'intento di effettuare un'attribuzione patrimoniale, con correlativo depauperamento del patrimonio del disponente, cui non corrisponde alcun interesse economico.

Nell'atto di liberalità si individua pertanto la presenza di due elementi: il primo aspetto, oggettivo e materiale, consiste nel sacrificio di una parte, non correlato ad alcun vantaggio, ma corrispondente al vantaggio dell'altra parte, che vede incrementato il proprio patrimonio; il secondo, soggettivo e psicologico, è proprio lo spirito di liberalità, o c.d. *animus donandi*, ossia l'intento di disporre di propri beni a beneficio di altri, di arricchire un altro soggetto, essendo mossi da interessi di natura non patrimoniale, ma altruistica.

Ora, non si può non considerare come la figura codicistica di un fideiussore-amico - che rilascia garanzia in ottica di totale disinteresse economico, addirittura all'insaputa

---

<sup>51</sup> Si tratta di giurisprudenza ormai consolidata. In tal senso, *ex multis* Cass. 5.12.1998, n.12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317 ss.

del debitore (2° c., art. 1936 c.c.), soltanto in vista di un'eventuale surrogazione e della possibilità di agire in regresso - sia quanto mai superata<sup>52</sup>.

Semmai, una simile situazione - in cui il garante risulta del tutto disinteressato, ed agisce al solo in virtù di un legame di *affectio* con il debitore principale - si presenta ove il fideiussore sia un prossimo congiunto del debitore stesso<sup>53</sup>; ipotesi che pone problemi di altro tipo, relativi alla rilevanza della qualifica soggettiva del fideiussore nonché al rischio di allocazione inefficiente delle risorse economiche.

In realtà, è certamente più frequente, come dimostra la realtà dei traffici economici, la situazione in cui il fideiussore è in qualche modo coinvolto nell'attività imprenditoriale esercitata dal debitore principale, se non addirittura un intermediario professionale, che presta garanzia sulla base di un accordo con il debitore; all'operazione economica realizzata sottostà perciò un diretto "interesse" patrimoniale del garante. Anche la proposta inviata dal fideiussore al creditore *ex art.* 1333 c.c. sarà, dunque, a sua volta mossa da siffatto interesse patrimoniale del promittente-fideiussore.

La gratuità che connota normalmente la prestazione di garanzia fideiussoria si configura quindi come "interessata", tale da escludere con certezza la riconducibilità del negozio fideiussorio all'ambito delle liberalità.

Peraltro, la dottrina<sup>54</sup> ritiene che neppure l'eventuale rinuncia del garante al suo diritto di regresso verso il debitore, configurabile quale *pactum de non petendo*, debba essere considerata di per sé sintomatica di un *animus donandi* del garante tale da consentire la riconduzione della garanzia allo schema negoziale della liberalità: in primo luogo poiché tale rinuncia è esterna al contratto di fideiussione, non riguardando il creditore, e soprattutto in quanto essa ben può svelare, in netta controtendenza rispetto alla liberalità, che il fideiussore è animato piuttosto da una comunanza di interesse con il debitore principale, sottostante alla prestazione della garanzia.

Al contrario, tale rinuncia, se unita alla prestazione "sistematica e reiterata" di fideiussioni da parte di un garante che non ne consegua vantaggio - mentre il debitore contestualmente non sopporta alcun sacrificio - potrebbe consentire la riconduzione della vicenda nell'alveo della c.d. donazione indiretta.

---

<sup>52</sup> È quanto opportunamente osservato da G. Bozzi, *op. cit.*, p. 19.

<sup>53</sup> In materia, cfr. l'analisi in chiave comparatistica di S. Catanossi, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, in *Quaderni di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*, Perugia, 2007. Sulle fideiussioni rilasciate dal coniuge o familiare del debitore garantito, e le relative problematiche, v. inoltre *infra*, cap. III.

<sup>54</sup> G. Bozzi, *op. cit.* p. 35 ss.

Come è noto, la fattispecie della donazione non esaurisce la categoria delle liberalità *inter vivos*, potendo ravvisarsi una causa di liberalità anche in atti definiti “donazioni indirette” o “liberalità atipiche”<sup>55</sup>, in cui il donante realizza l’effetto della donazione attraverso un negozio, o anche una combinazione di negozi, diversi da quello tipico. Per il compimento di tali atti non sarà pertanto necessaria la forma dell’atto pubblico.

Tuttavia, in tali fattispecie, ad essere configurata come donazione indiretta sarà la mera rinuncia del fideiussore al regresso, che produce effetti solo nel rapporto interno fra debitore e garante, senza che ciò incida sulla classificazione del negozio fideiussorio.

È comunque vero che la giurisprudenza<sup>56</sup> non ha escluso in assoluto - proprio sul presupposto per cui la donazione è esaustiva del novero delle liberalità *inter vivos* - che la fideiussione stessa possa essere sorretta da spirito di liberalità, ove non si ravvisi alcun interesse patrimoniale del fideiussore all’interno della vicenda realizzata.

## **8. Il contenuto e i limiti dell’obbligazione fideiussoria**

Dopo aver analizzato la causa della fideiussione, che inevitabilmente conduce alla disamina anche dei profili inerenti al titolo gratuito ovvero oneroso della stessa, e nell’intento di seguire, nell’esposizione, l’elenco dei requisiti del contratto, non si può non prendere in considerazione l’oggetto della garanzia.

In materia, la regola di fondo è sancita dall’art. 1941 c.c. - norma espressiva del principio di accessorieta della garanzia fideiussoria, di cui poi si dirà in dettaglio - secondo il quale la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose. La maggiore o minore onerosità che viene in considerazione riguarda la prestazione del fideiussore, quale precipuo oggetto del suo obbligo di garanzia.

Ne deriva che il fideiussore ben può affiancare la garanzia personale con il rilascio anche di un pegno o di un’ipoteca: si concretizza così una situazione che non rende più gravosa la prestazione fideiussoria, e dunque non ricade nel divieto di cui all’ art. 1941,

---

<sup>55</sup> Cfr. L. Bigliuzzi Geri et al, *Diritto civile*, vol. 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 356.

<sup>56</sup> Così, Cass. 14.09.1976, in *Riv. dir. comm.*, 1978, n. 2, p. 220 ss., con nota di G. Ferri, relativa proprio alla fideiussione. Tale pronuncia ha ritenuto che la fideiussione prestata da una società controllante in favore della controllata configuri un atto gratuito ma non liberale, sussistendo anche in tale ipotesi un precipuo interesse patrimoniale del garante.

1°c., né nella conseguente sanzione di nullità parziale di cui al 2° comma della stessa norma<sup>57</sup>.

In base all'art. 1941 c.c. l'obbligazione fideiussoria dovrà quindi avere un contenuto tendenzialmente identico a quello dell'obbligazione garantita, ricomprendendo l'intero debito, nonché i relativi accessori, salvo patto contrario, ex art. 1942 c.c.

Il principio della tendenziale coincidenza di oggetto delle due obbligazioni ha una portata piuttosto ampia, ricomprendendo anche tutte le modalità di esecuzione della prestazione, compresi ad esempio i profili attinenti al luogo e al tempo dell'adempimento.

Esso, letto *a contrariis*, va a beneficio del garante, il cui impegno ben potrà dunque essere meno gravoso, quantitativamente e qualitativamente, di quello assunto dal debitore principale. È cioè possibile una fideiussione c.d. *in levio rem causam*.

Tuttavia, poiché la previsione di una responsabilità fideiussoria più “mite” integra una deroga al principio generale di accessorietà della garanzia, è opinione consolidata che essa debba trovare esplicitazione, nei confronti del creditore, con estrema univocità e chiarezza; mancando la relativa prova, si dovrà concludere per la coincidenza tra le due prestazioni, principale e di garanzia<sup>58</sup>. Parimenti, ogni modifica in senso favorevole al garante che intervenga nel corso del rapporto principale, si propagherà automaticamente anche al rapporto fideiussorio<sup>59</sup>.

Per quanto attiene in particolare alla natura della prestazione dedotta nell'obbligazione fideiussoria, in vigenza del c.c. del 1865<sup>60</sup> si tendeva a ritenere che solo l'obbligazione pecuniaria potesse essere garantita da fideiussione, stante l'assoluta necessità di coincidenza fra la prestazione del debitore garantito e quella del fideiussore<sup>61</sup>. La pattuizione di una garanzia personale accessoria ad un'obbligazione principale diversa da un'obbligazione pecuniaria, si riteneva comunque ammissibile, ma non riconducibile allo schema tipico della fideiussione.

---

<sup>57</sup> Così A. Ravazzoni, *op. cit.*, p. 280 ss., e, in giurisprudenza, Cass. 23.04.1999, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2000, n. 2, p. 534 ss., con nota di P. Beltrami, *Sul concorso di garanzie reali e personali prestate dallo stesso soggetto*.

<sup>58</sup> In tale direzione già Cass. 14.02.1964, n. 330, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, p. 185 ss.

<sup>59</sup> A. Giusti, *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>60</sup> V. in proposito l'analisi storica di A. Giusti, *op. cit.*, p. 25 ss.

<sup>61</sup> Tale conclusione si ricavava anche da una lettura rigorosa del dato letterale, in particolare dal riferimento, contenuto in varie norme relative alla garanzia fideiussoria, al “pagamento”.

Oggi, al contrario, è definitivamente acquisito che non sussistono ostacoli in tal senso. Pertanto, si deve consentire che l'obbligo del fideiussore abbia ad oggetto prestazioni di qualunque natura<sup>62</sup>: a corollario di siffatta impostazione, si pone la constatazione per cui l'impossibilità per il garante di eseguire la prestazione dedotta nell'obbligazione principale converte l'obbligo di fare nell'obbligo di corrispondere l'equivalente pecuniario<sup>63</sup>.

Le obbligazioni garantite con fideiussione possono dunque essere indifferentemente obbligazioni di dare (come avviene nella grande maggioranza delle ipotesi, trattandosi prevalentemente di obbligazioni pecuniarie) o di fare, anche infungibili, purché suscettibili di valutazione monetaria, o addirittura derivanti da atto illecito, come da molti ritenuto<sup>64</sup> ed anche ammesso dalla giurisprudenza<sup>65</sup>.

D'altronde, la fideiussione per fatti illeciti altro non è che è una fideiussione per obbligazione futura (art. 1938 c.c.), con la quale si garantisce l'adempimento di obbligazioni risarcitorie che potrebbero nascere dal fatto illecito altrui.

Al contrario, la dottrina qualifica come illecita la fideiussione in cui il garante si impegna ad adempiere tutte le obbligazioni risarcitorie derivanti da attività illecite specifiche esercitate dal debitore principale nei confronti di un soggetto individuato<sup>66</sup>.

### **9. Il caso peculiare della c.d. *fideiussio indemnitis***

In considerazione del fatto che, come si è detto, si ritiene tendenzialmente che la prestazione dedotta nell'obbligazione risarcitoria possa essere di qualunque natura, merita un autonomo approfondimento la c.d. *fideiussio indemnitis*<sup>67</sup>, figura assai diffusa nella prassi degli appalti, in genere stipulata tramite polizza fideiussoria, e finalizzata soprattutto a rispondere all'esigenza di garantire lo svolgimento di una prestazione diversa, ma equivalente e indennitaria, rispetto a quella principale, ossia la prestazione lavorativa infungibile dell'appaltatore.

---

<sup>62</sup> Così Cass. 9.05.1985, n. 2891, in *Giur. it.*, 1986, c. 599 ss.

<sup>63</sup> Così F. Macario, *op. cit.*, p. 158.

<sup>64</sup> Cfr. M. Fragali, *Fidejussione (diritto privato)* in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 98 ss., che ritiene perfettamente ammissibile la fideiussione sia per obbligazioni infungibili, sia per obbligazioni da fatto illecito.

<sup>65</sup> In tal senso Cass. 27.06.1967, n. 1590, in *Giur. it.*, 1967, c. 1205 ss., in cui si precisa altresì che - anche laddove il fideiussore del danneggiante assuma l'obbligo di garanzia successivamente al verificarsi del danno - l'obbligo fideiussorio è di per sé lecito.

<sup>66</sup> Così F. Macario, *op. cit.*, p.160, che considera una fideiussione così configurata nulla per illiceità della causa.

<sup>67</sup> F. Gambino, *Fideiussione, Fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57 ss.

Tale schema negoziale ha assunto una notevole importanza, anche perché idoneo a sostituire le cauzioni dovute alla Pubblica Amministrazione, per lo svolgimento di talune operazioni<sup>68</sup>.

Nella figura in esame, il garante, non di rado un istituto di credito o assicurativo, assume nei confronti del creditore beneficiario l'obbligo di tenerlo indenne, mediante pagamento di un determinato importo, dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento della prestazione a lui dovuta dal debitore principale.

La peculiarità della figura sta proprio nell'infungibilità, e dunque insostituibilità, dell'obbligazione principale (in genere obbligazione di fare), la quale fa sì che in caso di inadempimento da parte del debitore principale, il creditore potrà pretendere dal garante solo una prestazione (necessariamente) diversa, consistente nel pagamento di una somma di denaro, a titolo di indennizzo o di risarcimento del danno.

Vari sono stati i tentativi di ricostruzione dogmatica dell'istituto della *fideiussio indemnitas*, della quale è incerta la stessa riconduzione allo schema fideiussorio, e dunque la tipicità.

In effetti, se si ritiene che la fideiussione sia deputata a garantire l'intera posizione contrattuale del debitore principale, comprese le conseguenze pregiudizievoli della sua condotta inadempiente, la *fideiussio indemnitas* diventa semplice convenzione limitativa dell'efficacia della garanzia<sup>69</sup>, senza che ciò infici la riconduzione all'alveo fideiussorio; d'altra parte è evidente la funzione non satisfattoria, ma indennitaria della garanzia, dovendo il garante non eseguire la prestazione mancata, ma soltanto a indennizzare il creditore insoddisfatto: così ragionando, la *fideiussio indemnitas* dovrebbe essere considerata garanzia atipica<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> F. Macario, *op. cit.*, p. 504 ss.

<sup>69</sup> Si tratta di una posizione ormai risalente, sostenuta da Cass. 17.06.1957, n. 2299, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 367 ss.

<sup>70</sup> Decisamente a favore dell'atipicità della figura Cass. S. U. 18.02.2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2010, 6, p. 1365 ss., con nota di A. Lamorgese, *Garantievertrag secondo le Sezioni Unite*. Si tratta di una pronuncia relativa, in particolare, ad una polizza fideiussoria, di cui le Sezioni Unite ravvisano precipue differenze, sotto il profilo genetico, rispetto allo schema fideiussorio: in primo luogo perché la polizza fideiussoria è negozio necessariamente oneroso, mentre la fideiussione ben può essere a titolo gratuito, poi perché la polizza può anche essere stipulata non tra il fideiussore e il creditore, ma dall'appaltatore (debitore principale) su richiesta ed in favore del committente-beneficiario (creditore principale); inoltre perché la polizza, a differenza della fideiussione, è strutturata sul contratto a favore di terzo.



In tale ultima ottica, viene in gioco lo schema negoziale dell'assicurazione<sup>71</sup>, anche se difficilmente l'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore principale è qualificabile come "sinistro" ai sensi dell'art. 1882 c.c.

Il pagamento da parte dell'assicuratore è infatti subordinato all'inadempimento del debitore principale, non assimilabile al fatto che fonda il rischio assicurativo: se *ex* art. 1900 c.c. "l'assicuratore non è obbligato per sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario", al contrario, nella *fideiussio indemnitis* il garante è tenuto al pagamento anche nel caso di inadempimento volontario del debitore principale.

La *fideiussio indemnitis* si potrebbe allora considerare contratto misto<sup>72</sup>, che presenta elementi propri sia della fideiussione che del contratto di assicurazione. Quest'ultima avrebbe però sulla causa della figura in esame una incidenza molto minore rispetto all'incidenza che, invece, su di essa avrebbe la fideiussione. Pertanto, la disciplina della *fideiussio indemnitis*, in aderenza alla teoria interpretativa maggioritaria, quella della prevalenza<sup>73</sup>, sarebbe in sostanza la stessa della fideiussione.

## 10. La fideiussione per obbligazioni future e condizionali

Il codice civile del 1942 - pur non pronunciandosi sul contenuto della prestazione fideiussoria - consente espressamente, all'art. 1938, che la fideiussione sia prestata a garanzia di un'obbligazione condizionale o futura.

Con tale previsione trova composizione una questione molto dibattuta in vigenza del c.c. del 1865, nel quale non vi era analogo previsione. Soprattutto in merito alla possibilità di congegnare una fideiussione per debiti futuri, quindi non ancora sussistenti al momento della costituzione della garanzia stessa, la dottrina dell'epoca<sup>74</sup>, nel silenzio legislativo, aveva inizialmente fornito risposte contrastanti, per poi tendenzialmente orientarsi verso l'opinione favorevole, accolta anche in giurisprudenza<sup>75</sup>.

La situazione in esame è quella in cui il fideiussore ed il debitore principale, o meglio, il debitore principale futuro o condizionato, pattuiscono la garanzia in un

---

<sup>71</sup> Sulla natura assicurativa della polizza fideiussoria, tesi sostenuta soprattutto in passato, v. G. Stolfi, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale*, in *Assicurazioni*, 1958, p. 98 ss.

<sup>72</sup> Così M. Lipari, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, II, 1986, p. 144 ss., e, in giurisprudenza, Cass. 17.05.2001, n. 6757, in *Urb. e appalti*, 2001, p. 862 ss.

<sup>73</sup> C. M. Bianca, *Diritto Civile*, V, Milano, 2000, p. 480 ss.

<sup>74</sup> V. Campogrande, *op. cit.*, p. 300 ss.

<sup>75</sup> In tale direzione, Cass., 1.06.1936, n. 1187, in *Giur. it.*, 1936, c. 642 ss.

momento in cui il debito garantito non esiste ancora (perché esso non ancora venuto ad esistenza o perché è ancora pendente la condizione), ma valutano che esso diventerà attuale.

La fattispecie fideiussoria così congegnata è già perfezionata ed efficace *ex nunc*; se invece il debito garantito non venisse ad esistenza, la garanzia non entrerà mai in vigore.

Alla fideiussione per obbligazioni condizionali, specialmente ove si tratti di obbligazioni sottoposte a condizione sospensiva, troverà applicazione la disciplina generale in materia di diritti ed obblighi delle parti in pendenza della condizione<sup>76</sup>. La fattispecie si ritiene perfezionata ed immediatamente efficace, indipendentemente dal carattere condizionale dell'obbligazione garantita<sup>77</sup>, anche se non mancano opinioni in senso contrario, che subordinano l'efficacia della garanzia all'avveramento della condizione<sup>78</sup>.

Nella fideiussione per un'obbligazione futura<sup>79</sup>, cioè non ancora sorta, si rinviene una certa simmetria con la fattispecie di cui all'art. 1348 c.c.; ciononostante i due fenomeni vanno tenuti distinti, in considerazione del fatto che, mentre il bene futuro *ex art. 1348* costituisce l'oggetto del contratto, l'obbligazione futura *ex art. 1938* non si identifica con l'oggetto del contratto di fideiussione, bensì rappresenta solo il presupposto per la nascita dell'obbligazione fideiussoria.

In tale fattispecie dovrà essere necessariamente indicato l'importo massimo garantito dal fideiussore, come oggi esplicitato dall'inciso finale dell'art. 1938 c.c.

Per "obbligazione futura" deve intendersi non solo quella che scaturirà da un negozio già in essere fra (futuro) creditore e (futuro) debitore principale, ma anche quella che deriverà da un rapporto di base non ancora formato, purché, in questo secondo caso, sussista già quel minimo di determinatezza che consentirà in futuro di individuare il contesto obbligatorio di riferimento, a cui accederà la fideiussione<sup>80</sup>.

Proprio la questione della determinatezza, o determinabilità, dell'oggetto della garanzia per obbligazioni future è stata al centro di un ampio ed acceso dibattito, che ha

---

<sup>76</sup> Così F. Macario, *op. cit.*, p. 161, che esclude anche che il fideiussore per un'obbligazione condizionale possa revocare il consenso prestato, salvo che la revoca rientri in una specifica ipotesi di *ius poenitendi*.

<sup>77</sup> F. Macario, *op. cit.*, p.161, e Cass. 14.10.1966, n. 2453, in *Foro. it.*, 1967, I, n. 2148 ss.

<sup>78</sup> A. Giusti, *op. cit.*, p. 159 e Cass. 17.02.1968, n. 570, in *Foro it.*, Rep. 1968, voce *Fideiussione*, nn. 41 ss.

<sup>79</sup> M. Foschini, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. Dir. comm.*, 1957, I, p. 450 ss.

<sup>80</sup> M. Fragali, *op. cit.*, p.193.

riguardato negli scorsi decenni la figura paradigmatica della fideiussione bancaria c.d. *omnibus*<sup>81</sup>.

### 11. La solidarietà fideiussoria

Un vero e proprio caposaldo della disciplina codicistica fideiussoria - ulteriore all'accessorietà, tema cui sarà dedicata una trattazione specifica - è costituito dalla solidarietà<sup>82</sup>.

In verità, come è stato osservato, a differenza dell'accessorietà - vero presupposto ineludibile della garanzia - la solidarietà rappresenterebbe il risultato di un'opzione legislativa, peraltro contrapposta rispetto a quella accolta dal codice previgente<sup>83</sup>.

Al riguardo, l'art. 1944 c.c. dispone al 1° c. che il garante "è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito". Tale richiamo alla solidarietà non comporta tuttavia la ricezione, per intero, della disciplina delle obbligazioni solidali<sup>84</sup>, stanti i connotati atipici della solidarietà fideiussoria.

In particolare, bisogna considerare che il rapporto che lega i coobbligati non si configura come paritario - cioè non si individuano più debitori principali, tenuti ciascuno per l'intero - poiché accanto al debitore principale, quello che ha assunto il debito col creditore, vi è un garante la cui obbligazione è accessoria rispetto a quella principale.

Peraltro, per quanto attiene inoltre alle eccezioni opponibili dal fideiussore al creditore che richieda l'adempimento, l'accessorietà agisce in via "anomala" sulla solidarietà nel senso che amplia le possibilità di difesa del fideiussore, il quale potrà infatti opporre al creditore tutte le eccezioni derivanti dal rapporto principale (art. 1945), comprese quelle a carattere personale, rispetto alle quali l'art. 1297 c.c. esclude invece la legittimazione del condebitore solidale<sup>85</sup>.

Altro aspetto che vale a connotare la solidarietà fideiussoria come *sui generis*, è poi la diversità degli interessi dei coobbligati<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. II, par. 1 ss.

<sup>82</sup> Sulla solidarietà fideiussoria v. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 281 ss.

<sup>83</sup> Sul punto, v. la ricostruzione di F. Macario, *op. cit.*, p. 224 ss.

<sup>84</sup> In materia cfr. U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Tratt. dir. priv.* vol. XXIV, Milano 1991, p. 179 ss.

<sup>85</sup> È quanto osservato da G. Bozzi, *op. cit.*, p. 287.

<sup>86</sup> Cfr. M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 355.

In proposito, si segnala autorevole dottrina<sup>87</sup> che osserva come sia possibile operare, nell'ambito delle obbligazioni solidali stesse, una distinzione fondata sulla comunanza o meno dell'interesse dei coobbligati, così da individuare, da un lato, le obbligazioni soggettivamente complesse - connotate non soltanto da una pluralità sul versante soggettivo (la presenza di più debitori o più creditori) e dall'unicità della prestazione dovuta (*eadem res debita*), ma anche dalla unitarietà dell'origine del rapporto (*eadem causa obligandi*) - e, dall'altro lato, quelle obbligazioni che, pur qualificate dal vincolo solidale, non sono però a loro volta caratterizzate dalla comunanza degli interessi tra i componenti del lato passivo o attivo del rapporto obbligatorio.

La fideiussione viene evidentemente a collocarsi in quest'ultima categoria, in quanto il vincolo è assunto non già nel comune interesse dei coobbligati solidali (debitore principale e garante), bensì nell'interesse esclusivo di uno degli stessi (il debitore principale): in effetti, la stessa regola di accessorietà della garanzia fideiussoria trova la sua ragion d'essere anche alla luce della divaricazione degli interessi ascrivibili ai soggetti obbligati.

Ulteriore profilo di divergenza rispetto alla solidarietà in senso proprio è anche la diversità di fonti da cui scaturiscono le due obbligazioni legate dal vincolo solidale, quella principale e quella del garante: la stessa prestazione è cioè dovuta dai due coobbligati in ragione di titoli diversi.

D'altronde, nonostante il carattere di accessorietà, i due rapporti - principale e di garanzia - oltre alla diversità del titolo, presentano propri tratti distintivi, tali da mantenere ciascuno una certa autonomia rispetto all'altro<sup>88</sup>.

Peraltro, è ormai assodato che l'identità della fonte dell'obbligazione non necessariamente integra un presupposto della solidarietà passiva; non a caso, la presenza di titoli differenti si rinviene anche in fenomeni diversi dalla fideiussione, e del tutto allineati allo schema della solidarietà<sup>89</sup>.

Semmai, l'unica conseguenza di rilievo di una tale strutturazione si rifletterà sul piano processuale, configurandosi il litisconsorzio fra i coobbligati, debitore principale e

---

<sup>87</sup> F. D. Busnelli, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 330 ss.

<sup>88</sup> Cfr. *infra*, cap. I, sez. II, par. 12.

<sup>89</sup> È quanto osservato da G. Bozzi, *op. cit.*, p. 285, che indica quali esempi del fenomeno in questione l'espromissione senza liberazione del debitore (art. 1272 c.c.), la responsabilità solidale per obbligazioni sociali dei soci di società semplice (art. 2267 c.c.) e la responsabilità solidale dei soci di società a base personale (artt. 2291 e 2313 c.c.)

fideiussore, come facoltativo (art. 103 c.p.c.), anziché necessario (art. 102 c.p.c.) poiché integrante una mera connessione per oggetto<sup>90</sup>.

Inoltre, nella fideiussione l'obbligato di garanzia (garante), ha il potere di sottrarsi al pagamento o quanto meno di assicurarsi l'effettiva realizzazione del diritto di regresso agendo in rilievo<sup>91</sup> in una serie di ipotesi che, per quanto eterogenee, pongono complessivamente in luce l'esigenza di tutelare il fideiussore contro il pericolo di insufficienza del patrimonio del debitore principale al momento del regresso; come è noto, un siffatto potere non compete invece al condebitore in solido, neppure nei limiti delle quote di debito gravanti sugli altri coobbligati.

Ancora, il fideiussore è liberato se per fatto del creditore non può aver luogo la surrogazione (art. 1955 c.c.), mentre al condebitore solidale non è riconosciuta analoga possibilità di liberazione: questi rimane obbligato nonostante l'insolvenza degli altri, e la perdita si ripartirà tra tutti i condebitori, compreso quello che ha adempiuto (art. 1299, c. 1 e 2 c.c.).

In ogni caso, gli evidenziati profili di "devianza" della fideiussione rispetto al paradigma delle obbligazioni solidali non valgono a rendere la solidarietà fideiussoria stessa eventuale, né ad escludere in alcun modo il connotato più tipico della solidarietà passiva, ossia il fatto che il creditore possa rivolgersi, per richiedere l'adempimento della prestazione, indifferentemente al debitore principale o al fideiussore<sup>92</sup>.

## 12. Il beneficio di escussione

Ai sensi del 2°c., art. 1944 le parti "possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale". Si tratta della possibilità di pattuire la c.d. fideiussione semplice o con beneficio di escussione<sup>93</sup>.

Come è noto, in tal caso il creditore che richieda l'adempimento sarà tenuto a rivolgersi in prima istanza al debitore principale, potendo indirizzarsi al fideiussore solo successivamente, sul presupposto dell'inadempimento del debitore stesso.

Nonostante il funzionamento dell'istituto giochi senz'altro a vantaggio del garante, la *ratio* del beneficio di escussione è da rinvenire non in un generico atteggiamento di *favor* nei confronti del fideiussore, ma piuttosto in un incentivo alla collaborazione fra

---

<sup>90</sup> In tal senso ancora G. Bozzi, *op. cit.*, p. 286.

<sup>91</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. I, par. 13.

<sup>92</sup> In tale direzione Cass. 29.11.2005, n. 26042, in *Mass. Ced.* 2005.

<sup>93</sup> Per un'efficace analisi storica dell'istituto dal diritto romano ad oggi cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 231, nota 89.

quest'ultimo e il creditore, in modo da agevolare ulteriormente le possibilità di soddisfacimento del credito<sup>94</sup>.

In effetti, si presume che, in presenza del beneficio di escussione, il garante sia sollecitato a cooperare con il creditore, fornendogli le informazioni necessarie per agire vittoriosamente nei confronti del debitore principale<sup>95</sup>. Ed infatti il fideiussore che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del beneficio di escussione, dovrà indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione (art. 1944, 2° c. ultimo inciso, c.c.)

Il beneficio di escussione rende l'obbligazione del garante sussidiaria, realizzando una deroga considerevole alla regola di solidarietà di cui al 1° c. dello stesso art. 1944 c.c., al punto che da parte di taluni<sup>96</sup> si è persino dubitato della sua compatibilità con lo schema fideiussorio tipico.

Al contrario, altri<sup>97</sup> hanno ritenuto che la pattuizione del beneficio orbiti comunque all'interno dei confini fideiussori, in quanto determinerebbe una forma "attenuata" di sussidiarietà, con configurazione piuttosto in termini di mero *beneficium ordinis*<sup>98</sup>.

L'opinione maggioritaria<sup>99</sup> ritiene comunque che il carattere della solidarietà si atteggi come non essenziale nella struttura fideiussoria, con la conseguenza che la pattuizione del *beneficium* non determina in ogni caso la fuoriuscita dai confini della tipicità.

D'altronde, la giurisprudenza<sup>100</sup> sostiene che l'esclusione pattizia della preventiva escussione del debitore principale non è sufficiente affinché la garanzia si configuri come autonoma anziché fideiussoria: se ne ricava, *a contrario*, che ove il *beneficium* sia invece regolarmente convenuto, non c'è motivo di ritenere che si esuli dallo schema tipico.

---

<sup>94</sup> È quanto da tempo sostenuto dalla giurisprudenza. V., fra le altre, Cass. 4.11.1975, n. 3835 in *Foro it.*, Rep., 1975, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 12.

<sup>95</sup> Sul punto v. anche F. Macario, *op. cit.*, p. 232.

<sup>96</sup> Cfr. G. Biscontini, *Solidarietà fideiussoria e decadenza*, Napoli, 1980, p. 131 ss.

<sup>97</sup> Così E. Simonetto, *La fideiussione prestata dai privati*, Padova, 1985, p. 133.

<sup>98</sup> Come è noto, il *beneficium ordinis* postula la semplice richiesta di pagamento avanzata preventivamente dal creditore nei confronti del debitore principale, mentre il *beneficium excussionis* implica la vera e propria preventiva escussione del debitore principale, quindi l'attivazione dei mezzi legali di tutela del credito, con particolare riferimento all'azione esecutiva.

<sup>99</sup> G. Bozzi, *op. cit.*, p. 294-295.

<sup>100</sup> Così, fra le altre, Cass., 3.11.1993, n. 10850, in *Dir. ec. assicuraz.*, 1994, p. 291 ss.

Per quanto attiene alla forma della convezione con cui si stipula il beneficio di escussione, benché non sia prescritta alcuna forma particolare, si ritiene che la volontà di attribuire il *beneficium* al garante debba risultare - come d'altronde avviene nella stipulazione stessa della fideiussione, con particolare riguardo alla volontà di garantire il debito altrui (art. 1937 c.c.) - in modo espresso e univoco<sup>101</sup>.

In sostanza, come confermato dallo stesso dato testuale dell'art. 1944 c.c., l'obbligazione fideiussoria è di per sé solidale; la diversa previsione deriva necessariamente da una volontà delle parti espressa in maniera chiara ed inequivoca, non potendosi il carattere della solidarietà ritenere escluso in via automatica<sup>102</sup>.

Nonostante la regola generale della solidarietà, talvolta sono le parti stesse a utilizzare formule<sup>103</sup> quali “in deroga all'art. 1944 c.c. con escussione a semplice richiesta” per precisare l'esclusione del beneficio di escussione.

In verità, si tratta di espressioni sostanzialmente inutili, in quanto è il beneficio di escussione a dover risultare in maniera chiara dalla pattuizione e non la sua esclusione, che deriva già dall'applicazione dell'art. 1944 c.c.

Suddette formulazioni risultano inoltre fuorvianti, poiché producono l'effetto di assottigliare il confine fra fideiussione e garanzia autonoma, con conseguenti problemi interpretativi: in particolare, non è chiaro se così statuendo le parti intendano semplicemente rinunciare alla preventiva escussione del debitore principale - il che non è affatto necessario, visto che essa non è un effetto automatico della fideiussione - ovvero anche derogare all'accessorietà, requisito imprescindibile della garanzia fideiussoria, la cui esclusione determina inevitabilmente la conversione della garanzia così strutturata in autonoma.

In proposito, una risposta è stata fornita dalla giurisprudenza, che ha costantemente ritenuto di non rinvenire nella (superflua) esclusione convenzionale del *beneficium excussionis* un presupposto sufficiente per poter qualificare la garanzia in questione come autonoma anziché fideiussoria<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 293 e, in giurisprudenza, App. Trieste, 28.4.1962, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1962, p. 475 ss.

<sup>102</sup> Sul punto v. L. Ruggeri, S. Monticelli, *op. cit.*, Napoli, 2005, p. 138 ss.

<sup>103</sup> Cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 293 ss.

<sup>104</sup> Così Cass., 3.11.1993, n. 1085, *cit.*

### 13. La surrogazione del fideiussore

L'art. 1949 c.c. dispone che “il fideiussore che ha provveduto a pagare il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore”.

La surrogazione<sup>105</sup>, così come il regresso di cui all'articolo successivo, costituisce un profilo particolarmente rilevante dell'articolata disciplina dei rapporti fra fideiussore e debitore principale, uniti fra loro dal vincolo solidale. Non a caso la norma si colloca in apertura della Sezione III del Capo XXII del c.c., dedicata proprio alla disciplina dei rapporti interni fra garante e debitore principale.

Il fideiussore è tenuto a far fronte all'obbligazione di garanzia assunta, pagando il debito del debitore principale nei confronti del creditore: una volta che il garante abbia eseguito la prestazione dovuta, viene ad assumere nei confronti del debitore principale una posizione giuridica analoga a quella del creditore garantito ed ormai soddisfatto.

D'altronde, è evidente che il pagamento effettuato dal fideiussore-*solvens* - pur soddisfacendo l'interesse del creditore, mediante l'adempimento dell'obbligo di garanzia - non determina l'estinzione dell'obbligazione gravante sul debitore principale, che dovrà essere comunque adempiuta: il soggetto destinatario del pagamento diverrà allora il fideiussore stesso.

Si verifica quindi un'ipotesi di surrogazione del fideiussore stesso nei diritti del creditore; il garante potrà così esercitare i diritti e le azioni che prima spettavano al creditore nei confronti del debitore principale. La surrogazione rappresenta anche un importante strumento di tutela del garante, volto ad assicurare a questi la reintegrazione in forma specifica del suo patrimonio attraverso il subentro negli stessi diritti del creditore soddisfatto.

Come è noto, si tratta di surrogazione *ex lege* (art. 1203 c.c.), che opera di diritto, indipendentemente da una manifestazione di volontà in tal senso delle parti<sup>106</sup>.

In particolare, la surrogazione del fideiussore rientra fra le ipotesi delineate dal n. 3, art. 1203 c.c. (“La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi: ... 3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo”).

---

<sup>105</sup> In proposito v. F. Macario, *op. cit.*, p. 245 ss.

<sup>106</sup> La surrogazione legale opererà quindi automaticamente, anche a prescindere dalla dichiarazione del fideiussore che ha pagato di volersi surrogare al creditore soddisfatto. Cfr. in tal senso E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2, Milano, 1955, p. 62, F. Galgano, *Obbligazioni in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1, Padova, p. 126. In giurisprudenza v. Cass. 24.11.1981, n. 6240, in *Rep. Foro it.*, 1981.



Non mancano comunque opinioni in senso contrario, secondo le quali l'effetto surrogatorio - ossia il subingresso nei diritti del creditore soddisfatto - non sarebbe automatico, ma richiederebbe quale presupposto un atto di volontà del *solvens* (garante)<sup>107</sup>.

Per quanto attiene alla natura<sup>108</sup> ed al funzionamento della surrogazione, la dottrina tende a ravvisare nel procedimento surrogatorio una vicenda di tipo successorio, ed in particolare una successione a titolo particolare nel lato attivo del rapporto obbligatorio, in virtù della quale si determina, in favore del *solvens*, il duplice effetto del subingresso nei diritti e nelle ragioni già spettanti al creditore, e, contestualmente, la sopravvivenza in favore del surrogato delle garanzie che assistevano il credito originario<sup>109</sup>.

A fondamento del meccanismo sta soprattutto l'esigenza di assicurare al terzo (nel caso della fideiussione, il garante) che non abbia adempiuto con *animus donandi*, tutte le garanzie che competevano all'originario creditore contro il debitore, in difesa e a contestuale rafforzamento dei diritti per lui nascenti dal pagamento: primo fra tutti il diritto di regresso<sup>110</sup>.

Peraltro, il subingresso nei diritti del creditore conseguente al pagamento del *solvens* è connotato da "integralità"<sup>111</sup>: significa che il *solvens*, oltre a surrogarsi nel credito principale, subentra anche nei suoi accessori, quindi i privilegi che vi ineriscono e soprattutto i diritti di garanzia, reali e personali, che vi sono annessi. È il principio della c.d. "estensione" della surroga alle garanzie del credito.

#### 14. Il regresso del fideiussore

L'art. 1950 c.c. riconosce al fideiussore adempiente il diritto di regresso<sup>112</sup>. Il 1° c. della norma precisa che al garante spetta il diritto di regresso contro il debitore

---

<sup>107</sup> Tale atto del *solvens* costituirebbe esercizio di un diritto potestativo di subingresso nella posizione del creditore soddisfatto. Cfr., seppur non con specifico riguardo alla fideiussione, G. Andreoli, *Riflessioni sulla surrogazione a favore del terzo acquirente dell'immobile ipotecato e del terzo datore di ipoteca*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, p. 73 ss.

<sup>108</sup> Al riguardo, cfr. A. Magazzù, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1525 ss.

<sup>109</sup> Sul punto, v. anche B. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 18 ss.

<sup>110</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. I, par. 14

<sup>111</sup> Su tale profilo cfr. M. Fragali, *Della fideiussione e del mandato di credito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1957, p. 390 ss. Sull'estensione della surrogazione alle garanzie del credito v. anche l'analisi di F. Macario, *op. cit.*, p. 252 ss.

<sup>112</sup> Cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 256 ss.

principale anche nell'ipotesi in cui questi "non fosse consapevole della prestata fideiussione", formulazione che richiama specularmente quella del 2° c., art. 1936 c.c.

Il regresso rappresenta il normale completamento della surrogazione, prevista all'art. 1949 c.c.; tuttavia regresso e surrogazione presentano presupposti diversi.

Se nella surroga, come detto, il fideiussore subentra nella posizione del creditore garantito, così che i diritti e le azioni che questi potrà esercitare scaturiscono inevitabilmente dal rapporto originariamente sussistente tra creditore e debitore principale, sul quale si è innestata la surroga stessa, con il regresso il fideiussore recupera dal debitore principale le somme pagate a prescindere dal rapporto intercorso tra creditore e debitore principale. Nell'ipotesi del regresso, per effetto dell'avvenuto adempimento del garante, sorge in via originaria un diritto alla restituzione di quanto pagato.

Vi sono quindi opinioni che, ponendo in luce tale diversità fra surrogazione e regresso, ritengono i due rimedi non cumulabili ed alternativi<sup>113</sup>; secondo una diversa, e preferibile, impostazione il rapporto fra surrogazione e regresso è invece da ricostruire in termini di continuità, e dunque concorrenza, per cui il secondo altro non sarebbe che il momento dinamico della prima<sup>114</sup>.

In ogni caso, il fideiussore, per il solo fatto di aver effettuato un pagamento che si risolve nell'interesse del debitore principale, ed indipendentemente dalle ragioni che possano averlo indotto ad addivenire alla stipulazione della garanzia, acquista il diritto a vedersi rimborsata la somma pagata<sup>115</sup>.

L'azione di regresso trova autonomo fondamento nell'adempimento realizzato dal garante<sup>116</sup>, indipendentemente dalla sussistenza di una determinata pattuizione fra fideiussore e debitore principale: se anche in quest'ultima vi dovesse essere una previsione in diverso senso, essa potrà valere come rinuncia al regresso, il quale verrebbe comunque astrattamente ad esistenza.

---

<sup>113</sup> Così G. Sicchiero, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 996 ss.

<sup>114</sup> M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 363.

Tale impostazione è condivisa anche da F. Macario, *op. cit.*, p. 261, il quale osserva ulteriormente come, anche alla luce della difficoltà di calare la distinzione fra due categorie civilistiche risalenti quali surrogazione e regresso nella realtà dei diversi ordinamenti giuridici europei, il Progetto Drobnig specifica che "le due pretese sono concorrenti".

<sup>115</sup> Cfr. A. Giusti, *op. cit.*, p. 230.

<sup>116</sup> È evidente che vi sia la possibilità di agire in via di regresso, in quanto il fideiussore abbia concretamente provveduto all'adempimento; non sarebbe a tal fine sufficiente la mera sottoposizione del patrimonio del creditore all'esecuzione forzata da parte del creditore. È quanto affermato da Cass. 14.11.1989, n. 4835, in *Giust. civ. Mass.*, f. 11 ss.

Come è stato affermato, l'azione di regresso deriva cioè “tipicamente e direttamente dalla fideiussione”, ed è, per espressa previsione normativa, effetto immediato e diretto del pagamento eseguito dal garante nell'interesse del debitore principale<sup>117</sup>.

Passando ad esaminare in concreto l'estensione e l'esercizio del diritto di regresso del fideiussore, ai sensi del 2° c., art. 1950 c.c. esso comprende capitale, interessi e spese successive alla denuncia al debitore delle istanze proposte contro di lui. Peraltro, si ritiene che il fideiussore possa pretendere dal debitore principale anche l'importo dei danni subiti a causa dell'inadempimento, secondo le regole generali in materia<sup>118</sup>.

“Il fideiussore inoltre ha diritto agli interessi legali sulle somme pagate dal giorno del pagamento. Se il debito principale produceva interessi in misura superiore al saggio legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale”. Così dispone ulteriormente il 3° c., art. 1950<sup>119</sup>.

Infine, ai sensi dell'art. 1950, 4° c., “se il debitore è incapace, il regresso del fideiussore è ammesso solo nei limiti di ciò che sia stato rivolto a suo vantaggio<sup>120</sup>”. Tale previsione - che risulta del resto congruente rispetto al sistema di protezione degli incapaci in materia di obbligazioni (artt. 1190, 1443 e 2039 c.c.) - è altresì in linea con l'art.1939 c.c., il quale limita il vincolo di accessorietà tra obbligazione fideiussoria e obbligazione garantita con riguardo all'ipotesi in cui, nonostante l'invalidità del titolo da cui deriva l'obbligazione principale, la fideiussione sia prestata a favore di un soggetto incapace.

Ai fini dell'esercizio del regresso, l'art. 1952 c.c. pone a carico del fideiussore un onere di denuncia nei confronti del debitore principale. Due le ipotesi ivi previste: nella prima, “il fideiussore non ha regresso contro il debitore principale se, per avere omesso di denunziargli il pagamento fatto, il debitore ha pagato ugualmente il debito” (1° c.); nella seconda, “se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento” (2° c.). In entrambi i casi è fatta salva la possibilità per il garante di agire contro il creditore per la ripetizione di quanto pagato (3° c.).

---

<sup>117</sup> Così E. Redenti, voce *Fideiussione*, in *Diz. prat. dir. priv.*, vol. III, t. I, Milano, 1923, p. 135.

<sup>118</sup> Cfr. A. Giusti, *op. cit.*, p. 237.

<sup>119</sup> Al riguardo v. Cass. 1.03.1993, n. 2497 in *Mass. Foro it.*, 1993.

<sup>120</sup> Sul regresso del fideiussore che abbia garantito un incapace cfr. G. Stella, *op. cit.*, p. 446 s., che pone in rilievo come si tratti, d'altronde, di fideiussione rilasciata a rischio del garante stesso.

Come è stato evidenziato, il fine per il quale suddetto onere di denuncia è posto a carico del fideiussore è quello di dare impulso al compimento di specifiche attività da parte del debitore<sup>121</sup>. Questi - oltre a doversi astenere dall'adempire, una volta che abbia ricevuto la denuncia del pagamento fatto dal garante - dovrà altresì informare il fideiussore della sussistenza di eventuali eccezioni in forza delle quali quest'ultimo possa evitare l'adempimento, quali, in particolare, eccezioni relative alla validità del titolo dal quale scaturisce l'obbligazione principale.

### 15. Il rilievo del fideiussore

Per completare il quadro delle tutele normativamente offerte al fideiussore, non si può non considerare il c.d. diritto di rilievo<sup>122</sup> previsto dall'art. 1953 c.c., secondo cui, al verificarsi dei presupposti tassativamente elencati dai n. 1-5, il garante (e non anche il terzo datore di ipoteca, dal momento che la norma è stata reputata non suscettibile di interpretazione analogica<sup>123</sup>) “anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso”.

Due le ipotesi configurate dalla norma: il rilievo per liberazione e il rilievo per cauzione.

Nella prima ipotesi il fideiussore fa istanza al debitore principale affinché questi lo liberi dall'obbligo di garanzia: pertanto, o il debitore adempire direttamente nei confronti del creditore, così che il garante sia sicuro di evitare di dover provvedere analogamente, oppure il debitore si attiva affinché il creditore rinunci alla fideiussione.

Nella seconda ipotesi il fideiussore agisce nei confronti del debitore principale perché questi gli fornisca idonea garanzia<sup>124</sup>.

In entrambi i casi l'inadempimento del debitore comporta a suo carico l'obbligo di risarcire al fideiussore i danni relativi al pregiudizio subito per avere tenuto immobilizzato l'importo necessario per il soddisfacimento del creditore<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> In tal senso A. Ravazzoni, *op. cit.*, p. 291, il quale osserva che il fideiussore sarebbe altresì tenuto ad attendere, prima di adempire, il tempo necessario perché giunga l'eventuale risposta del debitore.

<sup>122</sup> Su rilievo V. F. Macario che ne evidenzia la presenza anche nei principi Drobniç, *op. cit.*, p. 271 ss.

<sup>123</sup> Così Cass. 6.05.1994, n. 4420 in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 293 ss.

<sup>124</sup> Potrà trattarsi tanto di garanzie reali quanto personali, purché idonee a garantire il debito di regresso. Cfr. A. Ravazzoni, *op. cit.*, p. 287. L'idoneità della garanzia prestata dovrà essere valutata alla stregua dell'art. 1179 c.c.

<sup>125</sup> Cfr. M. Fragali, *Fidejussione (diritto privato)* in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 372.

Nonostante la formulazione dell'art. 1953 c.c., laddove afferma "anche prima di aver pagato"<sup>126</sup>, il rilievo del fideiussore - che a sua scelta può optare per l'una o per l'altra ipotesi - sussiste non anche, ma soltanto, prima che il garante stesso adempia, e quindi fino a quando non si è ancora verificato l'inadempimento del debitore principale. In tale ottica, il rilievo si qualifica come rimedio preventivo.

Come è evidente, l'esigenza che viene infatti in gioco è evitare che l'insolvenza del debitore principale comporti l'infruttuosità dell'esercizio della successiva azione di regresso.

Dopo che il fideiussore abbia effettuato l'adempimento, gli sarà possibile agire solo in surrogazione o regresso.

Peraltro, il rilievo rappresenta una semplice facoltà di cui il fideiussore dispone prima del pagamento, dal cui mancato esercizio non possono derivare conseguenze pregiudizievoli a carico del garante<sup>127</sup>.

## **16. L'estinzione della fideiussione: le cause tipizzate degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c.**

Nell'esaminare il momento estintivo della garanzia fideiussoria, si osserva che rispetto alla fideiussione operano non soltanto le cause generali di estinzione dell'obbligazione, ma anche delle cause di estinzione specifiche, tipizzate nella Quinta (ed ultima) Sezione del Capo dedicato alla fideiussione, agli artt. 1955-1957 c.c.<sup>128</sup>.

Come è stato altresì opportunamente segnalato, operano inoltre delle cause di estinzione anch'esse specifiche per la fideiussione, non disciplinate agli articoli sovraindicati, ma ricavabili da altre disposizioni concernenti la garanzia stessa<sup>129</sup>.

Le tre cause di estinzione dell'obbligazione fideiussoria disciplinate nella Quinta Sezione - in relazione alle quali la giurisprudenza si presenta peraltro abbondante e significativa - dipendono tutte da determinati comportamenti del creditore.

In particolare, l'art. 1955 c.c. fa discendere l'estinzione della fideiussione dal fatto del creditore che, con la propria condotta, abbia determinato l'impraticabilità della surrogazione del garante nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore.

---

<sup>126</sup> In proposito v. l'analisi di F. Macario, *op. cit.*, p. 273, nota 87.

<sup>127</sup> In tal senso si è pronunciata già Cass., 11.09.1953, n. 3026, in *Foro it.*, 1954, n. 1, c. 592 ss.

<sup>128</sup> Cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 324 ss.

<sup>129</sup> Fra queste, l'inosservanza da parte del creditore del beneficio di escussione *ex art.* 1944, 2° c., c.c. Cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 311.

Come chiarito in più occasioni dalla giurisprudenza<sup>130</sup>, il “fatto del creditore” deve consistere in una vera e propria condotta colpevolmente antiggiuridica del creditore, non essendo invece a tal fine sufficiente una mera inerzia di questi. Non riveste inoltre rilievo idoneo, ai fini estintivi, neppure il mancato assolvimento da parte del creditore di un semplice onere<sup>131</sup>, ovvero il mancato ricorso da parte di questi, sia pure possibile, a strumenti di autotutela<sup>132</sup>, quali l’eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*<sup>133</sup>.

Con specifico riguardo all’ipotesi in cui la garanzia del credito - rispetto alla quale il fideiussore dovrebbe surrogarsi - sia inefficace *ab origine*, la Cassazione<sup>134</sup> ha deciso di recente nel senso dell’inapplicabilità dell’art. 1955 c.c., con la conseguenza che perderà dunque ogni rilievo la condotta del creditore che pure abbia impedito la surrogazione del garante.

L’art. 1956 c.c.<sup>135</sup> tipizza una specifica causa di estinzione relativa alla fideiussione per obbligazioni future, di cui, come ampiamente detto, la fideiussione *omnibus*<sup>136</sup> costituisce caso paradigmatico.

La norma dispone che “il fideiussore per un’obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito”. La riforma operata nel 1992<sup>137</sup> ha inoltre escluso la validità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi di tale liberazione.

Come si vedrà in dettaglio<sup>138</sup>, la norma in esame rappresenta un’importante applicazione normativa della clausola generale di buona fede nell’esecuzione del rapporto contrattuale, ed infatti impone al creditore un comportamento coerente con il rispetto di tale principio, tale da non ledere ingiustificatamente l’interesse del fideiussore.

---

<sup>130</sup> Così Cass. 16.03.1995, n. 3080, in *Foro it., Mass.* 1995 e Cass. 14.08.1997, n. 7603, in *Fallim.*, 1998, p. 381 ss.

<sup>131</sup> Cass., 11.10.1978, n. 4548, in *Giust. civ. mass.*, 1978, p. 1899 ss.

<sup>132</sup> In tal senso Cass. 10.02.1977, n. 595, in *Foro it., Rep.* 1977, voce *Fideiussione*, n. 45, in cui il caso di specie riguardava un’omessa ritenzione da parte del creditore di somme riscosse per conto del debitore principale.

<sup>133</sup> Cfr. Cass., 24.12.1992, n. 13661, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 403.

<sup>134</sup> Così Cass., 22.11.2013 n. 26232, il cui testo è reperibile all’indirizzo <http://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=4018161&idDataBanks=2&idUnitadoc=0&nVigUnitdoc=1&pagina=1&NavId=1754126346&pid=19>, nella quale il caso di specie riguardava un pegno costituito da assegni posdatati e/o in bianco.

<sup>135</sup> Al riguardo v. F. Macario, *op. cit.* p. 334 ss.

<sup>136</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. II, par. 1 ss.

<sup>137</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. II, par. 4.

<sup>138</sup> V. *infra*, cap. I, sez. II, par. 6.

L'art. 1956 c.c. sanziona dunque con la liberazione del garante il comportamento del creditore che - nonostante la consapevolezza della sopravvenuta difficoltà di soddisfacimento del suo credito, dovuta alla mutata condizione patrimoniale del debitore - conceda nuovo credito o mantenga quello già in essere, senza disporre di specifica autorizzazione del fideiussore.

Concorrono all'integrazione di tale fattispecie sia l'elemento oggettivo, consistente nella concessione di un ulteriore finanziamento successivo al deterioramento delle condizioni economiche del debitore, sopravvenuto rispetto al rilascio della garanzia, sia l'elemento soggettivo, dato dalla consapevolezza del creditore circa il sopravvenuto mutamento *in pejus* di suddette condizioni<sup>139</sup>.

Come precisato dalla giurisprudenza<sup>140</sup>, l'ipotesi considerata dalla norma - quella in cui cioè il creditore, senza autorizzazione del fideiussore, abbia "fatto credito" al debitore, pur sapendo che sue condizioni patrimoniali erano significativamente peggiorate - non si riferisce peraltro alla sola instaurazione di nuovi rapporti obbligatori tra il creditore ed il terzo, a cui si estenda la garanzia pattuita, bensì ricomprende e sanziona anche le modalità con cui, in concreto, il creditore gestisca il rapporto con il debitore principale, coperto dalla garanzia fideiussoria, quando ne derivi un ingiustificato ed imprevedibile aggravamento del rischio cui è esposto il garante; rischio consistente, in particolare, nel non potersi più utilmente rivalere sul debitore di quanto pagato.

Infine, l'art. 1957 c.c.<sup>141</sup> collega, a determinate condizioni, l'estinzione dell'obbligazione fideiussoria alla scadenza dell'obbligazione principale, prevedendo che il "fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore abbia, entro sei mesi dalla predetta scadenza, proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate".

La dottrina è compatta<sup>142</sup> nel ritenere che con il termine "istanze" il legislatore intenda riferirsi alle domande con le quali si attivano i mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito in questione.

Come ulteriormente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>143</sup>, la *ratio* della norma in questione riposa sulla tutela del fideiussore contro l'incertezza che deriva dal ritardo del creditore nell'escussione della garanzia.

---

<sup>139</sup> Cfr. Cass. 23.05.2005, n. 10870 in *Foro it.*, *Rep.*, 2005, voce *Fideiussione*, n. 70.

<sup>140</sup> Così Cass. 22.10.2010, n. 21730, in *Giust. civ. mass.*, 2010, e in *Corr. giur.*, 2011, p. 510 ss., con nota di F. Rolfi, *Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore*.

<sup>141</sup> Al riguardo v. M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 491 ss.

<sup>142</sup> Cfr., fra gli altri, F. Macario, *op. cit.*, p. 351 s.

Per superare tale incertezza viene imposto al creditore l'onere di attivarsi nei confronti del debitore principale entro un termine semestrale decorrente dalla scadenza dell'obbligazione principale - o un termine bimestrale, ai sensi dei c. 2-3, art. 1957 c.c., qualora il fideiussore abbia espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale - di natura decadenziale<sup>144</sup>.

Si tratta comunque di una norma reputata unanimemente dispositiva, derogabile ad opera della volontà delle parti, dunque tramite una pattuizione in tal senso di creditore e fideiussore<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> V. Cass. 19.12.1985, n. 6498, in *Foro it.*, 1986, n. 1, c. 685 ss.

<sup>144</sup> Sulla natura decadenziale del termine cfr. M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 496.

<sup>145</sup> Così F. Macario, *op. cit.*, p. 346 s.



## SEZIONE II - Due specifiche problematiche: la garanzia *omnibus* e l'accessorietà fideiussoria

### 1. La fideiussione *omnibus*: inquadramento della figura

Una trattazione autonoma meritano due profili peculiari della garanzia fideiussoria, perché particolarmente ricchi di spunti che interessano ai fini della presente indagine: la fideiussione *omnibus* e il carattere accessorio della garanzia.

Il problematico istituto della fideiussione c.d. *omnibus*<sup>146</sup> fa emergere, in tutta la sua “drammaticità”, la situazione di debolezza in cui versa il contraente-fideiussore, nonché il correlativo abuso della garanzia da parte degli istituti di credito, all'interno di un mercato in cui i rilasci di garanzie personali finalizzati alle concessioni di credito, anche da parte di soggetti “privati” se non addirittura legati al debitore da rapporti di parentela o coniugio, si moltiplicano esponenzialmente.

Peraltro, come si vedrà, la garanzia *omnibus* induce riflessioni di più ampio respiro, essenzialmente riconducibili al ruolo esplicato dalla buona fede nella vicenda contrattuale, che portano a porre in discussione la stessa validità della fideiussione prestata a certe condizioni e/o connotata da determinate caratteristiche.

In un certo senso, proprio le vicende che hanno interessato la garanzia *omnibus* hanno anticipato il dibattito odierno in materia di ruolo correttivo della buona fede e controllo contenutistico del contenuto contrattuale<sup>147</sup>.

Non a caso, proprio i molteplici profili problematici che hanno riguardato, ma che in parte riguardano ancora oggi la prestazione di garanzie *omnibus*, hanno posto le basi per l'unico intervento di modifica di una disciplina legislativa arrivata immutata sino ai nostri giorni.

Come noto, la fideiussione *omnibus* trae le proprie origini dagli schemi contrattuali elaborati dalla metà degli anni '60 dall'Associazione Bancaria Italiana<sup>148</sup>.

Si trattava di modelli *standard* destinati a regolare in maniera uniforme le fideiussioni rilasciate in favore di banche a fronte dell'erogazione di una pluralità di servizi e operazioni bancarie, soprattutto di finanziamento.

---

<sup>146</sup> La giurisprudenza in materia è particolarmente abbondante. Per una ricostruzione della figura filtrata attraverso le relative pronunce v. D. Marasciulo, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, 1999. Sulla fideiussione *omnibus*, v. anche A. Calderale, F. Mastropaolo, *op. cit.*, p. 464 ss.

<sup>147</sup> Su cui, v. *infra*, cap. III, sopr. par. 3.6.

<sup>148</sup> V. Circolare A.B.I. - Serie Tecnica C, n. 24 dell'11.06.1964 e successiva Circolare A.B.I. - Serie Tecnica O, n. 5 del 24.01.1966.

Una tale fideiussione si caratterizza dunque, dal punto di vista soggettivo, per essere essenzialmente una garanzia bancaria, in cui il ruolo di creditore è ricoperto da un istituto di credito<sup>149</sup>.

In realtà, una garanzia così congegnata non era sconosciuta neppure in precedenza<sup>150</sup>; in effetti, l'idea di una fideiussione "generale", diretta cioè a garantire tutte le obbligazioni del debitore principale, comprese quelle future, emerge già in studi risalenti agli anni '50 e di essa si occuparono anche due pronunce giurisprudenziali dei primi anni '60<sup>151</sup>.

Tuttavia, si trattava ancora di schemi contrattuali assai semplici, distanti da quell'insieme organico di clausole, coordinate e dirette a disciplinare sistematicamente tutti i profili del rapporto di garanzia, predisposto successivamente dall'A.B.I.

La clausola *omnibus*, elemento tipizzante della figura al punto da condizionarne il nome, fa sì che la garanzia si estenda a coprire tutte le obbligazioni, anche future rispetto alla stipulazione della fideiussione, che il debitore principale abbia ad assumere nei confronti della banca in virtù rapporti con essa intrattenuti<sup>152</sup>. Il garante conclude il contratto di fideiussione *omnibus* aderendo al formulario appositamente predisposto ed in tal modo garantisce non propriamente un'obbligazione, come nello schema dell'art. 1936 c.c., quanto piuttosto un rapporto fondamentale, fonte delle obbligazioni, attuali o future, da garantire.

È di tutta evidenza come una siffatta garanzia risulti particolarmente assorbente: non solo il fideiussore, trattandosi di garanzia personale, risponde con tutto il proprio

---

<sup>149</sup> Benché la figura abbia trovato nella prassi bancaria il suo ambito di applicazione privilegiato, non è comunque escluso che la fideiussione *omnibus* possa essere prestata in favore di soggetti privati. Così Cass. 17.07.2002, n. 10400, in *Mass. giur. t.*, 2002, p. 1257 ss. Sul punto cfr. anche le osservazioni di V. Roppo, *Fideiussione "omnibus": valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 137 ss., il quale, in senso inverso, rileva che se è pur vero che la garanzia *omnibus* trova applicazione anche in ambito extra-bancario, è tuttavia proprio nella prassi bancaria che essa, attraverso i modelli predisposti dall'A.B.I., ha assunto una fisionomia ben definita e consolidata.

<sup>150</sup> Per l'evoluzione storica della figura v. A. A. Dolmetta, *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, n. 1, p. 1 ss.

<sup>151</sup> Così App. Trieste, 6.12.1960, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, n. 2, p. 80 ss. e Trib. Venezia, 16.06.1962, *ivi*, 1963, n. 2, p. 11 ss.

<sup>152</sup> Fra i rapporti che la fideiussione *omnibus* garantisce si possono annoverare aperture di credito, anticipazioni su titoli, crediti o merci, depositi cauzionali, riporti, operazioni di intermediazione, prestazioni di servizi.

<sup>152</sup> L'espressione fu coniata da M. Fragali, *Fideiussione e mandato di credito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1957, p. 237 ss., per indicare la fideiussione prestata non in relazione a singole obbligazioni individuate o ad obbligazioni nascenti da uno specifico rapporto, bensì per una o più categorie di crediti.

patrimonio delle obbligazioni garantite, alla stregua del debitore principale<sup>153</sup>; ma questi si trova altresì a garantire una pluralità indistinta di obbligazioni, nascenti da operazioni di varia natura.

La peculiarità di tale garanzia sta proprio nell'estrema ampiezza dell'oggetto, il quale non risulta limitato a singole obbligazioni individuate ovvero ad un determinato periodo di tempo, ed al contempo ricomprende anche obbligazioni di futura insorgenza rispetto alla stipula del contratto: uno schema, peraltro, la cui ammissibilità è stata riconosciuta dalla stessa giurisprudenza, senza che ne risulti alterato il tipo contrattuale<sup>154</sup>.

Rispetto al momento perfezionativo della garanzia, si connotano come futuri non solo i rapporti obbligatori garantiti, ma anche i momenti generativi degli stessi, quindi le operazioni fra banca e debitore-cliente da cui scaturirà in concreto il debito che verrà garantito dal fideiussore.

## **2. Funzione economica e qualificazione giuridica**

È evidente che una fideiussione strutturata come *omnibus* risulta particolarmente idonea a rispondere in maniera puntuale all'esigenza - avvertita specialmente nel mondo bancario e degli operatori economici in generale - di disporre di una garanzia elastica, in grado di coprire tutte le obbligazioni che possano venire ad instaurarsi tra l'istituto di credito e il cliente-debitore, senza dover ogni volta provvedere al rilascio di una nuova garanzia, ovvero alla rinnovazione/integrazione di quelle eventualmente già esistenti.

Ed infatti, dal punto di vista della funzione economica, le sorti dell'istituto si legano essenzialmente all'esigenza di ampliare il ricorso al finanziamento bancario, rendendo l'accesso ad esso più flessibile, senza pregiudicare, ma anzi tutelando quanto più efficacemente le ragioni creditorie.

La figura ha trovato negli anni enorme diffusione nella prassi bancaria: il suo successo si spiega agevolmente alla luce della particolare convenienza, per gli enti creditizi, insita nella concessione di aperture di credito illimitatamente garantite.

Sul piano causale non si rileva dunque un allontanamento da quella che è stata individuata come la causa "fissa" della fideiussione, ossia la causa di garanzia in senso

---

<sup>153</sup> Sul punto, v. *supra*, cap. I, sez. I, par. 4.

<sup>154</sup> Così Cass. 2.03.2005, n. 4458, in *Giust. civ. mass.*, 2005, secondo cui il debito principale da garantire è il referente causale principe della fideiussione, ma non è esclusa una sfasatura cronologica tra obbligazione fideiussoria e obbligazione di garanzia: la prima può precedere la nascita della seconda, come d'altronde consentito dallo stesso art. 1938 c.c.

stretto<sup>155</sup>, che realizza, tramite l'affiancamento al rapporto principale di un diverso rapporto obbligatorio, un consolidamento della prospettiva creditoria.

Peraltro, proprio guardando alla fideiussione *omnibus* - che nei rapporti economici complessi trova il suo terreno d'elezione - si coglie con particolare chiarezza come accanto alla causa di garanzia si collochi l'ulteriore funzione "di finanziamento" della fideiussione: se da un lato la garanzia *omnibus* assicura erogazioni di credito più flessibili, dall'altro lato essa diventa presupposto obbligato per la concessione di credito stessa.

La contiguità causale della fideiussione *omnibus* con lo schema codicistico della garanzia consente la riconduzione della figura proprio agli artt. 1936 ss. c.c.

Non mancano tuttavia posizioni giurisprudenziali isolate<sup>156</sup>, che, soprattutto in passato, hanno invece sostenuto il carattere atipico della fideiussione *omnibus* e/o la sua riconducibilità allo schema del contratto autonomo di garanzia.

In tal senso, è stata evidenziata la natura autonoma della fideiussione *omnibus*, la cui funzione risulterebbe notevolmente diversificata rispetto a quella della fideiussione "ordinaria": mentre nella prima il garante è tenuto ad assicurare l'"adempimento di un'obbligazione altrui" (art. 1936 c.c.), nella seconda il fideiussore tiene indenne il creditore dal rischio di inadempimento del debitore. Nel carattere indennitario della prestazione del garante starebbe precipuamente l'elemento di distacco dallo schema fideiussorio.

Comunque, l'impostazione prevalente<sup>157</sup> non solo ha confermato il carattere tipico della fideiussione *omnibus*, ma ha altresì ritenuto che tale figura persegua interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, consentendo un più ampio accesso al credito bancario e garantendo maggiori cautele per l'attività di esercizio del credito.

D'altronde, la stessa l. 154 del 1992, di cui poi si dirà in dettaglio, ha fugato ogni dubbio al riguardo, innestando la garanzia *omnibus* nell'ambito del modello codicistico di fideiussione.

---

<sup>155</sup> V. *supra*, cap. I, sez. I, par. 7.

<sup>156</sup> Così Trib. Milano 14.01.1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, n. 2, p. 170 ss. e Trib. Napoli 23.04.1987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, n. 2, p. 148 ss.

<sup>157</sup> In tal senso, esemplare Cass. 19.01.1995, n. 558, , in *Giur. it.*, 1996, n. 1, c. 671 ss., secondo cui: "È giurisprudenza costante di questa Corte che la fideiussione cosiddetta *omnibus* deve essere inquadrata nello schema contrattuale della garanzia personale tipica, e non in un diverso contratto atipico".

### 3. I profili problematici

La fideiussione *omnibus*, soprattutto prima della riforma operata nel 1992, è stata al centro di un acceso dibattito che evidenziato i vari aspetti problematici della figura.

Il carattere più criticato della fattispecie è stato quello inerente all'estrema ampiezza dell'oggetto; in particolare, la dottrina ha denunciato la violazione del requisito di determinatezza, o almeno determinabilità, dell'oggetto del contratto (artt. 1346 e 1418 c.c.), nonché i rischi di abusi a danno del garante, contro i quali si è da più parti invocato il principio di salvaguardia della buona fede<sup>158</sup>.

In effetti, se da un lato ben può accadere che il fideiussore ignori la reale portata delle obbligazioni assunte dal debitore principale nei confronti della banca, dall'altro lato la banca stessa gode invece di un potere contrattuale pressoché illimitato, a fronte del quale il garante svela tutta la sua impotenza ed incapacità di incidere sulle sorti del rapporto.

Peraltro, la posizione del garante è ulteriormente aggravata dal fatto che la clausola *omnibus* viene sovente affiancata, nel modello di fideiussione predisposto dall'A.B.I., dalle clausole "a prima richiesta", che, in deroga all'art. 1945 c.c., impediscono al fideiussore di opporre alla banca-creditore le eccezioni fondate sul rapporto col debitore principale. Di fronte ad una simile configurazione, bisognerà stabilire se l'adesione allo schema fideiussorio codicistico permanga, seppur con deroghe, ovvero se piuttosto debbano ritenersi adottate altre soluzioni.

Si tratta sostanzialmente di una questione di interpretazione del contratto<sup>159</sup>. Non sono mancate al riguardo opinioni che hanno letto nell'inserzione di una clausola "a prima richiesta" in una fideiussione un abbandono dell'accessorietà<sup>160</sup> tipicamente fideiussoria, e che - evidenziando il notevole distacco della garanzia in tal modo strutturata dal rapporto principale - hanno qualificato la garanzia come autonoma<sup>161</sup>.

Tuttavia, si tende a ritenere che l'accessorietà ben possa attenersi anche a rapporti futuri, non esistenti al momento in cui il garante assume l'obbligazione fideiussoria e che la clausola "a prima richiesta", non precludendo propriamente, ma in realtà solo

---

<sup>158</sup> Su cui v. *infra*, cap. I, sez. I, par. 6.

<sup>159</sup> Sul punto v. l'analisi di A. Calderale, G. Tucci, *Clausola di pagamento a prima richiesta e buona fede*, in A. Munari (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 117 ss.

<sup>160</sup> Su cui v. in dettaglio, *infra*, cap. I, sez. I, par. 8.

<sup>161</sup> Così F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, n. 1, p. 188, il quale evidenzia comunque, in chiave critica, che l'inserzione di una clausola "a prima richiesta" non è di per sé sufficiente a trasformare una fideiussione in un contratto autonomo di garanzia.

posticipando la possibilità di opporre eccezioni, non osti al carattere accessorio della garanzia<sup>162</sup>.

La fideiussione *omnibus* si caratterizzava inoltre, prima della riforma del 1992, per derogare, non di rado, alla regola di cui all'art. 1956 c.c.: il garante rinunciava cioè preventivamente a valersi dell'effetto estintivo della garanzia ivi previsto e il creditore veniva esonerato dal relativo onere di richiesta di autorizzazione.

Al riguardo, la giurisprudenza aveva adottato una soluzione “di compromesso”: non aveva negato aprioristicamente la validità della clausola convenzionale di esonero della banca dall'onere di richiesta di autorizzazione *ex art.* 1956 c.c. - ritenendola legittima espressione dell'autonomia negoziale - ma aveva subordinato tale validità al rispetto, da parte della banca, del principio generale di correttezza<sup>163</sup>, che deve inderogabilmente presiedere al comportamento delle parti anche nella fase di esecuzione del rapporto.

Fra gli altri profili di deroga agli artt. 1936 ss. c.c. si possono ulteriormente indicare: la deroga all'art. 1941 c.c., con la conseguenza che in caso di recesso il garante è tenuto a rispondere oltre che delle obbligazioni già contratte dal debitore con la banca, anche di quelle che venissero ad esistenza successivamente, purché scaturenti da un rapporto già in essere al momento del recesso; la deroga al termine di cui all'art. 1957 c.c.; e la deroga all'art. 1939 c.c., con conseguente previsione della “sopravvivenza” della garanzia anche in caso di estinzione del debito garantito<sup>164</sup>.

È evidente che, quanto più incisivo sia l'allontanamento dal modello fideiussorio codicistico, soprattutto in relazione all'ultima delle deroghe indicate - la quale, più delle altre, mina alle fondamenta il carattere accessorio della garanzia - quanto più si dovrà

---

<sup>162</sup> In sostanza, la giurisprudenza di legittimità ha equiparato la clausola “a prima richiesta” apposta alla fideiussione ad una clausola “*solve et repete*”, che non esclude l'accessorietà della garanzia. Così Cass., 29.03.1996, n. 2909, in *Mass. Foro it.*, 1999, p. 468 ss. Non mancano comunque pronunce di segno opposto, che - assegnando un valore preminente a siffatta clausola - ritengono che abbia un valore tale da condizionare il tipo stesso di garanzia, trasformando la fideiussione in garanzia autonoma. In tal senso, Cass., 1.10.1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, p. 139 ss.

In dottrina, cfr. la posizione di F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 61 ss.

<sup>163</sup> In tal senso Cass., 20.07.1989, n. 3385, secondo cui “il banchiere non può fare credito fidando solo sul patrimonio del fideiussore, ma deve poter fidare su una quanto meno possibile soddisfazione del credito da parte del debitore.”, in *Foro it.*, 1989, n. 1, c. 2750 ss., con nota di V. Mariconda, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede*.

<sup>164</sup> V. *infra*, cap. I, sez. II, par. 10.

constatare l'opzione a favore non più della fideiussione, ma di un negozio di garanzia connotato da atipicità<sup>165</sup>.

Ora, in relazione agli evidenziati aspetti di debolezza contrattuale del garante, derogatori rispetto allo modello codicistico, la prassi ha in realtà ampiamente dimostrato che nell'assoluta maggioranza delle ipotesi che si profilano il garante è titolare di un autonomo interesse a far sì che il debitore si veda erogato il credito, oppure si trova addirittura in una situazione di comunanza di interessi con il garantito<sup>166</sup>; difficilmente quindi il fideiussore *omnibus* è esposto a iniziative del debitore principale del tutto inattese.

Nondimeno, è innegabile che la figura in esame, soprattutto antecedentemente alle modifiche del 1992, presentasse consistenti profili di aleatorietà per il garante, il cui il patrimonio risulta esposto a rischi notevoli, essendo questi tenuto a rispondere di qualsiasi debito nascente dalla contrattazione tra la banca ed il debitore garantito.

L'esposizione patrimoniale del fideiussore risulta quindi illimitata, e neppure sostanzialmente preventivabile.

#### 4. La riforma del 1992

Nell'ottica del superamento di talune delle principali questioni problematiche sollevate dalla fideiussione *omnibus*, precedentemente esaminate, è noto che sulla disciplina dell'istituto è intervenuta la l. n. 154 del 17 febbraio 1992, recante "Norme sulla trasparenza delle operazioni bancarie".

Due essenzialmente le modifiche apportate dall'art. 10 della novella: da un lato è stata arricchita la formulazione dell'art. 1938 c.c. con l'obbligo di fissazione, nelle fideiussioni prestate a garanzia di obbligazioni future, di un importo massimo garantito, sì da delimitare quantitativamente l'impegno assunto dal fideiussore; dall'altro lato all'art. 1956 c.c. è stato sancito il divieto, sanzionato da nullità, della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della relativa facoltà di liberazione. La soluzione adottata ha inoltre superato il vaglio di costituzionalità<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> È quanto di recente osservato da A. di Biase, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei "limiti" all'impegno del garante*, in *Nuove leggi civ. comm.*, I, 2014, p. 169 ss.

<sup>166</sup> Sul punto cfr. P. Rescigno, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, II, p. 27 ss.

<sup>167</sup> Così C. Cost., 27.06.1997, n. 204, in *Foro it.*, 1997, n. 1, c. 2033 ss.

Peraltro, se da un lato la stessa giurisprudenza costituzionale ha in parte mitigato la portata della riforma operata, sancendone la natura non retroattiva<sup>168</sup> - ed infatti è stata affermata la validità, benché limitata alle obbligazioni già sorte, delle fideiussioni *omnibus* senza determinazione dell'importo massimo garantito stipulate anteriormente alla novella - dall'altro lato, più di recente la Suprema Corte<sup>169</sup> è giunta a sancire il carattere generale di suddetto obbligo di indicazione dell'importo massimo garantito per le fideiussioni per obbligazioni future o condizionali, di cui al novellato art. 1938 c.c., e, conseguentemente, la sua applicazione estesa anche alle garanzie atipiche.

Inoltre, a seguito dell'intervento normativo del 1992, anche l'A.B.I. - che pure aveva in un certo senso anticipato le indicazioni del legislatore<sup>170</sup> - ha provveduto ad adottare un nuovo contratto-tipo di fideiussione *omnibus*<sup>171</sup>, caratterizzato dall'apposizione di un massimale e formulato in modo tale che la cifra indicata costituisca il limite massimo della garanzia, oltre il quale il fideiussore non può essere chiamato a rispondere nei confronti della banca.

## 5. Determinabilità dell'oggetto e contrasto alle condotte abusive

Come anticipato, la fideiussione *omnibus* ha rappresentato e rappresenta tutt'oggi il terreno privilegiato per operare rilevanti riflessioni, talune delle quali si presentano capaci di incidere sulle tesi che verranno poi prospettate.

---

<sup>168</sup> V. commento alla sentenza C. Cost., 27.06.1997 di F. Briolini, *Fideiussione "omnibus" e "ius superveniens" al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, n. 2, p. 634 ss.

<sup>169</sup> Così Cass., 26.01.2010, n. 1520, in *Notariato*, 2010, p. 125 ss., con nota di E. Briganti. Secondo tale pronuncia il limite quantitativo della garanzia *omnibus* "corrisponde ad un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico ed ha valenza generale, applicandosi anche alle garanzie atipiche e, tra queste, alle lettere di *patronage*".

Sulla stessa linea, v. anche la successiva pronuncia di merito, reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11539.pdf>, con cui la Corte d'Appello di Bari, in data 6.10.2014, ha negato esecuzione, nell'ordinamento italiano, per manifesta contrarietà all'ordine pubblico economico, al provvedimento estero relativo a fideiussione *omnibus* carente di massimale, in forza dell'art. 1938 c.c., come modificato nel 1992, laddove prevede la necessaria determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future. Tale prescrizione, afferma la Corte d'Appello, "deve ritenersi applicabile a qualunque negozio di garanzia, posto che né la lettera della norma, né la sua *ratio* consentono limitazione alcuna, in quanto espressione di un principio inderogabile di derivazione comunitaria".

<sup>170</sup> In effetti, già qualche mese prima della riforma legislativa, in data 9.03.1992 l'A.B.I. aveva adottato una circolare intesa a suggerire alle banche di far sottoscrivere ai fideiussori *omnibus* anche una dichiarazione in cui fosse indicato proprio l'importo massimo che gli stessi erano chiamati a garantire.

<sup>171</sup> Nel 2002 l'A.B.I. ha provveduto nuovamente ad adottare, di concerto con alcune associazioni di tutela dei consumatori, uno schema contrattuale recante "Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", su cui si è pronunciata la Banca d'Italia con provvedimento n. 55 datato 2.05.2005, reperibile all'indirizzo [http://www.bancaditalia.it/vigilanza/avvisi/tutela/provvedimenti/prov\\_55.pdf](http://www.bancaditalia.it/vigilanza/avvisi/tutela/provvedimenti/prov_55.pdf).

Sui nuovi formulari di fideiussione *omnibus* predisposti dall'A.B.I. successivamente alla riforma, v. A. Calderale, F. Mastropaolo, *op. cit.*, p. 477 ss.



Un primo profilo della figura in esame, foriero di interrogativi, è costituito, come sopra accennato, dai limiti di estensione dell'oggetto del contratto.

Sin dalle prime decisioni sulla fideiussione *omnibus* la Corte di Cassazione<sup>172</sup> ha ritenuto che la determinabilità dell'oggetto della garanzia sussistesse quanto meno *per relationem*, nel senso che il fideiussore, nel garantire obbligazioni future, come è consentito dall'art. 1938 c.c., farebbe riferimento alle somme per le quali la banca erogasse poi credito al debitore garantito.

Tuttavia, la tesi della determinabilità *per relationem* dell'oggetto della garanzia *omnibus* è stata a suo tempo da taluni<sup>173</sup> contestata, sostenendo che il mero rinvio alle obbligazioni successivamente assunte dal debitore principale nei confronti della banca non consentiva comunque al fideiussore di determinare *ex ante* il contenuto della garanzia assunta: ne discendeva la nullità della garanzia.

Soprattutto, la tesi della nullità della fideiussione *omnibus* per indeterminabilità dell'oggetto si diffuse nella giurisprudenza di merito, a partire dalla fine degli anni '70<sup>174</sup>.

In un secondo momento del dibattito sulla fideiussione *omnibus*, l'attenzione si è spostata dal momento genetico di perfezionamento della garanzia alla fase esecutiva del rapporto.

Si è così individuato un limite positivo e generale all'operatività in concreto della garanzia *omnibus*, ossia la buona fede<sup>175</sup>: una regola codificata (art. 1175 e 1375 c.c.), che

---

<sup>172</sup> Così già a partire da Cass., 29.10.1971, n. 3037, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, n. 2, p. 23 ss. Fra le altre numerose pronunce che adottano tale criterio, cfr. Cass., 15.01.1973, n. 118, in *Giust. civ.*, 1973, n. 1, p. 1548 ss., Cass., 27.01.1979, n. 615, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, n. 2, p. 266 ss. e Cass., 4.03.1981, n. 1262, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, n.2, p. 31 ss. (quest'ultima relativa ad un contratto di fideiussione *omnibus* prestato a favore di un soggetto diverso da una banca)

<sup>173</sup> In tal senso G. Ragusa Maggiore, *Sulle fideiussioni per debito futuro*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, n. 2, p. 121 ss. e, più di recente, E. Simonetto, *La natura della fideiussione e la nullità della clausola c.d. omnibus*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 544 ss.

<sup>174</sup> Si tratta di un filone giurisprudenziale inaugurato da Trib. Milano, 6.09.1979, in *Dir. fallim.*, 1981, n. 2, p. 419 ss., la quale ha per prima contestato la fondatezza della argomentazioni addotte dalla Corte di Cassazione a sostegno della validità della fideiussione *omnibus*. In particolare, il giudice di merito nega che un difetto strutturale del contratto quale la mancanza di un oggetto determinabile possa essere superato ricorrendo allo schema logico della determinabilità dell'oggetto *per relationem*: affermare che l'oggetto della fideiussione si determina in relazione ad un'obbligazione principale che verrà ad esistenza in un momento successivo, e che potrebbe avere, peraltro, il contenuto più svariato, significa postulare un'inaccettabile individuazione *ex post* dell'oggetto negoziale.

In tale direzione anche Trib. Milano, 19.07.1982, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, n. 2, p. 219 ss.

<sup>175</sup> Sul limite della buona fede in tema di fideiussione v. fra gli altri, S. Senofonte, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giust. civ.*, 1990, n. 1, p. 134 ss., A. Munari (a cura di), *op. cit.*, che ripercorre gli orientamenti al riguardo a pochi mesi dalla modifica legislativa e A. di Biase, *op. cit.*, p. 173 ss.

deve presiedere al comportamento delle parti nella fase d'esecuzione del rapporto obbligatorio<sup>176</sup>.

Per quanto attiene precipuamente al rapporto contrattuale fideiussorio, se la banca, da un lato - nell'esercizio del potere discrezionale consistente nell'erogare credito al debitore principale, con conseguente ampliamento del rischio del garante - è tenuta a conformare la propria condotta a correttezza; il fideiussore, dall'altro lato, si giova dell'assoggettamento dell'istituto di credito al dovere di comportamento secondo il canone della buona fede, vedendo limitata l'estensione del proprio rischio.

Si è quindi sostenuto<sup>177</sup> che la buona fede implica la necessità che ciascuna delle parti assicuri l'utilità dell'altra, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico; si tratta di un vero e proprio obbligo giuridico sanzionabile: non a caso è stata riconosciuta al garante la possibilità di reagire *a posteriori* alle operazioni palesemente abusive, non di rado poste in essere nelle concessioni del credito, opponendo una sorta di *exceptio doli generalis*.

## 6. Fideiussione *omnibus* e buona fede

Proprio la fideiussione *omnibus* - connotata da molteplici sfaccettature problematiche - ha significativamente prestato il fianco allo sviluppo di articolate

---

<sup>176</sup> In tema di buona fede devono essere ricordati almeno, nella vastissima letteratura, gli scritti della "scuola pisana", e, in particolare, U. Natoli, *Diritti fondamentali e categorie generali*, Milano, 1993, *passim*, U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, sopr. p. 77 ss., e L. Bigliazzi Geri, *Rapporti giuridici e dinamiche social. Principi, norme, interessi emergenti*. Milano, 1998, p. 143 ss.

Come noto, l'accezione della buona fede come criterio di valutazione del comportamento delle parti, correttivo dei risultati derivanti dall'applicazione dello *strictum ius*, si è contrapposta ad una diversa e preponderante opinione, che individua nella buona fede un criterio di integrazione del contratto. Cfr., per tutti, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 44 ss.

<sup>177</sup> In tema di buona fede, sono state inoltre esemplari le applicazioni talvolta operate dalla giurisprudenza. In tal senso, v. Cass., 18.7.1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, n. 1, p. 2750 ss., con osservazioni di R. Pardolesi e note di A. Di Majo, *La fideiussione "omnibus" e il limite della buona fede*, e Mariconda, *Fideiussione "omnibus" e principio di buona fede*. Tale pronuncia, insieme ad altre quattro sentenze coeve, è stata definita "devastante" da Pardolesi, nelle sue osservazioni, cit., p. 2751. La portata rivoluzionaria delle pronunce è stata evidenziata anche da Bussoletti, *La Cassazione e le fideiussioni bancarie*, in *Banche e banchieri*, 1990, p. 51, che ne parla come di un "terremoto giurisprudenziale". Tale giurisprudenza pone chiaramente in luce come la buona fede - intesa in senso etico, quale requisito della condotta - costituisca uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e formi oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo ove la parte agisca col proposito doloso di recare pregiudizio, ma anche se il comportamento della parte non sia stato improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede.

Tuttavia, attenta dottrina ha mosso rilevanti critiche alle (invero talora molto singolari) applicazioni giudiziali della buona fede. Tra gli altri, cfr. M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 324 ss. e A. Belfiore, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2003, vol. XIII, t. 4, sopr. 30.

elaborazioni relative alla regola di buona fede, fungendo da presupposto per lo sviluppo di teorie di più ampio respiro.

La riforma del 1992, avendo imposto la necessaria delimitazione dell'impegno del garante, ha contribuito in maniera considerevole a riequilibrare i rapporti contrattuali fra le parti nel segno della correttezza reciproca.

Come è noto, tradizionalmente<sup>178</sup> la buona fede viene considerata regola che presidia la fase attuativa del rapporto, e non anche il momento perfezionativo del negozio. In tale ottica, il generico obbligo di comportarsi in modo corretto opera solo *ex post*, in fase successiva al sorgere del rapporto, quale "misura" di verifica della condotta tenuta dalle parti nell'esecuzione del contratto.

Conseguentemente, la violazione della correttezza, pur essendo senz'altro fonte di responsabilità risarcitoria, non è però idonea ad inficiare anche la validità del negozio<sup>179</sup> - salvo che sia il legislatore a configurare espressamente l'inosservanza degli obblighi di buona fede quale elemento costitutivo di una determinata fattispecie di invalidità<sup>180</sup>.

La clausola generale di buona fede integra quindi un criterio di valutazione delle condotte delle parti, e non già uno strumento atto ad accertare e sanzionare iniquità sostanziali del regolamento di interessi predisposto dai contraenti.

Come si è detto, la riforma del 1992 è stata fortemente orientata proprio dal canone della buona fede; tuttavia, forse il contributo esplicito dalla clausola generale in esame rispetto alla fideiussione *omnibus* non può dirsi definitivamente concluso.

In effetti, bisogna innanzitutto rilevare che lo slancio riformatore del 1992 non si è spinto in realtà sino a specificare se il *quantum* indicato come importo massimo garantito debba intendersi come riferito al solo capitale oppure esteso anche agli accessori<sup>181</sup> dell'obbligazione; e, soprattutto la novella ha ommesso di individuare

---

<sup>178</sup> Così, fra gli altri, P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 234 ss.

<sup>179</sup> Cfr. L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. In giurisprudenza, v. di recente Cass., 27.11.2009, n. 25047, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 453. In tale pronuncia - la quale ha escluso l'invalidità della pattuizione che condizionava risolutivamente l'efficacia del contratto preliminare di compravendita di un terreno alla mancata approvazione entro un certo termine del piano di lottizzazione, con l'obbligo di restituire il prezzo anticipatamente pagato maggiorato degli interessi convenzionali a decorre dal verificarsi dell'evento risolutivo - la Cassazione ha affermato espressamente che la violazione della buona fede, benché fonte di responsabilità risarcitoria, non inficia il contenuto del contratto, salvo che non si traduca in una specifica causa di nullità o di annullabilità.

<sup>180</sup> Sul punto v. anche la ricostruzione di A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 1 ss.

<sup>181</sup> Ritiene che l'importo massimo garantito debba necessariamente estendersi anche agli accessori *ex art.* 1942 c.c. G. Stella, *La fideiussione omnibus: importo massimo garantito ex art. 1938 c.c. e liberazione del debitore ex*

parametri di valutazione ai quali possa essere ragionevolmente ancorata la determinazione dell'importo stesso<sup>182</sup>. Se ne ricava che l'indicazione dell'importo massimo garantito non è di per sé sufficiente a far venir meno i rischi di abusi a cui il fideiussore è esposto.

In particolare, la banca ben potrebbe imporre al fideiussore *omnibus* di vincolarsi a garanzia di un *plafond* particolarmente cospicuo, così da porsi al riparo da ogni pericolo di insolvenza del debitore principale e da eludere i rischi insiti nella fissazione di un importo massimo garantito correttamente proporzionato all'ammontare del credito garantito nonché delle obbligazioni che in futuro il debitore principale potrà venire ad assumere nei confronti della banca stessa.

In effetti, se la *ratio* della legge che ha preteso l'indicazione di un importo massimo garantito era, evidentemente, quella di limitare la validità delle garanzie *omnibus* per debiti futuri - circoscrivendo così in concreto l'ampiezza dell'impegno assunto dal fideiussore - imporre da parte della banca un limite massimo troppo elevato, significherebbe vanificare la limitazione legislativa, compromettendo il recuperato equilibrio dei rapporti fra le parti.

Senza voler ridurre tale situazione a una mera questione di interpretazione della norma che impone l'indicazione dell'importo massimo garantito, si segnalano al riguardo opinioni recenti<sup>183</sup> che - contestando la tradizionale distinzione fra regole di validità e regole di comportamento - rivendicano un ruolo più incisivo per la buona fede.

---

art. 1956 c.c. nell'attuale prassi bancaria, in *Resp. civ. previd.*, 2010, p. 1700 e ss. *Ini*, l'A. opera anche una valutazione dettagliata degli effetti della riforma del 1992 alla luce degli odierni usi bancari.

<sup>182</sup> Per una disamina approfondita cfr. A. Di Biase, *op. cit.*, p. 182 ss., in cui l'A. ripercorre dettagliatamente l'analisi della questione, facendo un bilancio complessivo della riforma del 1992.

<sup>183</sup> Si tratta, comunque, di una soluzione non univoca, prospettata, proprio relativamente alla fideiussione *omnibus*, da A. Di Biase, *op. cit.*, p. 183 ss.

La tesi della buona fede quale limite all'autonomia privata, tale da incidere direttamente sul contenuto contrattuale, è sostenuta, seppur non con specifico riguardo alla fideiussione *omnibus*, anche da A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 24 ss.; e, più di recente, S. Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 712 ss. Quest'ultimo afferma chiaramente che il canone di buona fede rappresenta un "principio generale del diritto, codificato in materia contrattuale, e suscettibile, in quanto tale, di universale applicazione non solo nella fase dell'esecuzione del contratto ma anche in quella relativa alla determinazione del contenuto di esso".

Per un'indagine di più ampio respiro sugli strumenti di giustizia contrattuale, nell'ottica della costruzione di un diritto privato europeo, cfr. G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss.

In giurisprudenza, v. Cass. 24.09.1999, n. 10511, in *Giur. it.*, 2000, p. 1154 ss., c.d. "sentenza Morelli", la quale, in tema di riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, afferma che l'intervento modificativo del giudice sul contratto non deve essere considerato come eccezionale, bensì quale "semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata"

In una prospettiva più ampia, la buona fede verrebbe cioè a rivestire il duplice ruolo di criterio di integrazione del contratto e di limite generale all'esercizio dell'autonomia privata: la sua violazione - ove si risolve nell'imposizione da parte di un contraente, a danno dell'altro, di un contenuto visibilmente squilibrato, in contrasto con il dovere di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, di cui la buona fede stessa è espressione - potrebbe comportare, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità del relativo contratto o delle sue singole clausole<sup>184</sup>.

Alla luce di tali premesse, si dovrebbe dunque sostenere che, in una situazione come quella sopra ipotizzata - in cui l'importo massimo garantito sia in realtà di entità tale da risultare nei fatti obiettivamente sproporzionato, non raggiungibile dal garante nel momento in cui ha assunto la garanzia - oltre all'accesso al rimedio risarcitorio, la soluzione possa essere quella di ritenere la fideiussione prestata nulla per violazione dell'art. 1938 c.c., come se il limite in questione non fosse stato neppure posto, così acconsentendo, a pieno titolo, all'ingresso della buona fede quale parametro di controllo del contenuto contrattuale.

Certo, i rischi insiti in una siffatta, pur suggestiva, teorizzazione, sono evidenti: la buona fede diventerebbe in tal modo potentissimo strumento nelle mani del giudice, con cui sindacare la ragionevolezza, l'equilibrio e la congruità causale del regolamento contrattuale configurato dalle parti, tale da poter persino produrre effetti "sovversivi" rispetto allo stesso sistema delle fonti<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> La soluzione per cui la buona fede, integrata dal principio costituzionale, diventa norma imperativa in grado di incidere sulla validità del contratto, non è però accolta dalla Corte di Cassazione, che continua a fare applicazione della distinzione fra le regole di validità dell'atto e la correttezza quale regola di comportamento. Cfr. Cass. 29.09.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, n. 1, p. 1105 ss., con nota di E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, e Cass. 19.12.2007, n. 26724, *ivi*, 2008, n. 1, p. 784 ss., con nota di E. Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*.

<sup>185</sup> Un'applicazione emblematica della teoria da ultimo esposta è stata di recente operata da due ordinanze della Corte costituzionale, ord. 13.10.13, n. 248, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2013/02480-13.html>, e ord. 26.03.2014, n. 77, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/00770-14.html>, di identico contenuto, oggetto di un commento di G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, *I Contratti*, 2014, n.10, p. 927 ss. Le due ordinanze hanno affermato il poterdovere del giudice di rilevare e dichiarare (anche d'ufficio) la nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 c.c.*, della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria "manifestamente eccessiva", per contrasto con il con il principio di "solidarietà sociale" di cui all'art. 2 Cost., che quindi entra direttamente nel contratto, come "contraltare" della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa.

Il pericolo che deriva da una siffatta impostazione, segnalato dall'Autore del commento, è quello di immolare sull'altare della c.d. giustizia del caso concreto regole e principi fondamentali del diritto contrattuale; è inoltre evidenziato il rischio che si determini un'alterazione del sistema delle fonti, nei termini di una vera e propria trasformazione in un ordinamento in cui il diritto scritto convive con il diritto giurisprudenziale, fondato sull'equità, ritenuto idoneo a derogare al primo "ogni qualvolta le

## 7. Fideiussione *omnibus* fra buona fede e ordine pubblico nella giurisprudenza costituzionale tedesca

Sulla scia di quanto precedentemente affermato in ordine alle tendenze espansive della buona fede, in direzione comprimente dell'autonomia privata, non si può non ricordare la celebre sentenza<sup>186</sup> degli anni '90 della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) che, partendo proprio da un caso di specie inerente una fideiussione, giunse a limitare fortemente l'autonomia contrattuale delle parti, sancendo la nullità della garanzia stessa. La pronuncia in questione ha peraltro trovato eco in una certa giurisprudenza successiva<sup>187</sup>.

In particolare, la fattispecie in esame riguardava una garanzia strutturata in modo equivalente alla nostra fideiussione *omnibus*, rilasciata in favore della banca-creditore dalla figlia poco più che ventenne e nullatenente del debitore principale, di professione imprenditore.

Nella situazione così configurata, la Corte tedesca ha in primo luogo ritenuto di rinvenire un generico "squilibrio sociale ed economico" (*soziales und wirtschaftliches Ungleichgewicht*); poi, con maggior precisione, ha sostenuto che la stessa esigenza di certezza del diritto impone l'individuazione di quelle situazioni che pregiudicano la parità fra i contraenti e giustificano quindi un controllo del contenuto contrattuale. Soprattutto l'estrema ampiezza della nozione di "parità di potere" fra le parti è stata oggetto delle critiche della dottrina<sup>188</sup>.

Infine, in base alla garanzia costituzionale dell'autonomia privata, la Corte ha ritenuto ammissibile operare un riequilibrio delle alterazioni di parità contrattuale quando sia integrata una situazione che lasci riconoscere una "strutturale inferiorità" (*strukturelle Unterlegenheit*) di una delle parti.

---

caratteristiche del caso concreto segnalino come 'ingiusto' l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito".

In materia, si rinvia all'analisi contenuta nel Cap. III.

<sup>186</sup> Si tratta di BVerfG, 19.10.1993, la cui traduzione italiana è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, n. 1, p. 197 ss., con nota di A. Barengi, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco* e su cui v. *infra*, Cap. III, par. 3.2 ss.

Sulla sentenza v. anche F. Macario, *op. cit.*, p. 119 ss. e A. Calderale, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999, p. 110 ss.

<sup>187</sup> Fra cui *Bundesgerichtshof* 5.10.1995, in *NJW*, 1995, p. 3311 ss., anch'essa relativa ad una fideiussione, che sancisce la nullità della garanzia connotata da rilevante sproporzione fra la capacità patrimoniale del debitore e l'esposizione debitoria del garante oggettivamente considerata, purché stipulata senza che sussista un interesse proprio del fideiussore al rilascio della garanzia stessa.

<sup>188</sup> In proposito v. D. Medicus, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Colonia, 1994, p. 19 ss.

Al fine di operare tale valutazione si attribuisce rilievo ad una serie di circostanze quali l'età, l'esperienza professionale, la competenza economica e giuridica della parte ecc., che rilevano quali indici della strutturale inferiorità della parte.

Pertanto, l'interprete viene sostanzialmente legittimato ad effettuare un controllo del contenuto contrattuale, tramite il riferimento al precetto costituzionale di garanzia dell'autonomia negoziale dei privati. In particolare, se il regolamento contrattuale è di per sé ammissibile, il controllo giudiziale del suo contenuto risulterà superfluo; diversamente, se tale contenuto risulta caratterizzato dalla straordinarietà degli oneri posti carico di una parte e da un bilanciamento dei contrapposti interessi visibilmente squilibrato, il giudice dovrà in concreto accertare se tale assetto di interessi non sia il risultato di una strutturale disparità di condizioni fra parti, nel qual caso dovrà intervenire usando le clausole generali disposte dall'ordinamento quali regole di governo del comportamento delle parti<sup>189</sup>.

Due gli strumenti di intervento che la pronuncia pone a disposizione dell'interprete<sup>190</sup> al fine di realizzare la garanzia dell'autonomia privata nei suddetti casi in cui si individui una debolezza strutturale della parte: *in primis* il canone di buona fede, destinato a trovare applicazione ove l'esigenza sia quella di operare la sostituzione di clausole, anziché cancellare l'intero regolamento contrattuale; in questo secondo caso verrà in gioco l'altro strumento indicato dalla Corte tedesca, ossia il paragrafo 138 BGB, che commina la sanzione della nullità per violazione del buon costume (*gute Sitten*), formula onnicomprensiva inclusiva in realtà anche dell'ordine pubblico.

Il par. 138 diventa in tal modo il tramite attraverso cui realizzare la c.d. *Drittwirkung*, ossia la diretta applicazione nei rapporti inter-privati dei diritti fondamentali<sup>191</sup>.

Nella pronuncia in esame, come si è opportunamente osservato, la buona fede è utilizzata quale mera "formula descrittiva per far risaltare la disparità economica delle parti"<sup>192</sup>: quest'ultimo elemento rappresenta, invero, il presupposto maggiormente significativo della decisione della Corte. Ancora, è stato evidenziato che in realtà la buona fede "è solo un *obiter dictum* di decisioni fondate su altre basi"<sup>193</sup>; non a caso la

---

<sup>189</sup> Cfr. A. Barengi, *op. cit.*, p. 201.

<sup>190</sup> V. A. Barengi, *op. cit.*, p. 207.

<sup>191</sup> Su cui cfr. *infra*, cap. III, par. 3.5.

<sup>192</sup> Così, A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 16.

<sup>193</sup> Ancora, A. Di Majo, *op. ult. cit.*, p. 17.

sanzione di nullità è incentrata sulla contrarietà all'ordine pubblico, piuttosto che sulla buona fede stessa.

Nel caso di specie, viene infatti ritenuta integrata la strutturale disparità fra le parti, in quanto la notevole onerosità degli obblighi assunti dal fideiussore - che la Corte sottolinea peraltro essere privo di interessi propri al rilascio della garanzia - destinava il garante stesso ad uno stato di permanente soggezione economica. La conseguenza sancita è la nullità della garanzia pattuita in base al sovraindicato par. 138 BGB.

La tutela del garante è così realizzata al prezzo di un penetrante controllo sulla congruità del contenuto del contratto, e quindi di una consistente limitazione dell'autonomia delle parti.

Non a caso la sentenza della Corte Costituzionale tedesca è stata oggetto anche di consistenti critiche<sup>194</sup>.

## **8. L'accessorietà, “dogma” della garanzia fideiussoria: introduzione**

Come più volte sinora accennato, la fideiussione è intrinsecamente connotata da accessorietà<sup>195</sup>, ossia da quel legame, genetico e funzionale, che - vincolando inscindibilmente il rapporto di garanzia al rapporto principale - rende le sorti del primo inevitabilmente condizionate dalle vicende che ineriscono il secondo. Anche tale profilo è meritevole di particolare approfondimento, perché, come si vedrà, esplica conseguenze di non poco conto sull'analisi che si intende effettuare.

In sintesi, l'accessorietà comporta non solo che la vigenza della fideiussione dipenda dall'esistenza e validità del debito garantito, ma anche che il contenuto della garanzia sia integralmente modellato su quello dell'obbligazione principale.

In siffatta strutturazione risiede propriamente la natura caratteristica della garanzia, al punto che si può affermare che l'accessorietà integra, per il contratto di fideiussione, un vero e proprio “dogma”; si tratta comunque di un carattere che, tuttavia, appare ricco di spunti quanto mai complessi.

In primo luogo, non si può non osservare come la stessa sopravvivenza della regola in esame sia stata messa a dura prova dalle esigenze di flessibilità dei privati: in effetti l'esperienza ha ampiamente dimostrato che proprio la volontà dei privati di

---

<sup>194</sup> In tal senso anche lo stesso commentatore della pronuncia A. Barenghi, *op. cit.*, p. 209, nonché l'analisi critica di D. Medicus, *op. cit.*

<sup>195</sup> Per un'analisi storica del carattere di accessorietà v. V. Mannino, *op. cit.*, p. 907 ss.

Sull'accessorietà in generale v. anche A. Di Biase, *Le disposizioni generali*, in V. Cuffaro (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 16 ss.



superare tale vincolo, avvertito come ostativo rispetto a istanze di maggior elasticità, ha costituito il presupposto per la diffusione di nuove garanzie personali atipiche, quali, *in primis*, il contratto autonomo di garanzia, non gravate dalla stessa “rigidezza” caratterizzante la fideiussione.

Ciononostante, la disciplina dell’istituto continua ad essere totalmente strutturata sul carattere dell’accessorietà, che pervade ogni aspetto della garanzia, dalla nascita allo svolgimento del rapporto, sino alla sua estinzione.

Se da un lato l’accessorietà rimane, quindi, un profilo imprescindibilmente connesso allo studio della fideiussione, dall’altro lato è inevitabile estendere l’indagine, in chiave critica, anche ai limiti ed ai profili problematici della stessa.

### **9. Le manifestazioni normative dell’accessorietà: artt. 1939, 1941, 1942 c.c.**

Prima, considerevole, espressione della regola di accessorietà, è data dall’art. 1939 c.c., norma che subordina la validità della fideiussione alla validità dell’obbligazione garantita: l’accessorietà si manifesta infatti innanzitutto nella regola per cui la garanzia trova la propria giustificazione solo se ed in quanto sia valido ed efficace il rapporto debitorio da garantire.

Il riferimento testuale alla “validità dell’obbligazione” appare, in verità, inappropriato da più punti di vista. In primo luogo, il vizio che determina l’invalidità è da riferirsi non tanto all’obbligazione, quanto alla sua fonte, al relativo titolo negoziale; inoltre, nonostante si parli di “invalidità”, la norma intende ricomprendere nel proprio ambito di applicazione ogni ipotesi di alterazione patologica del titolo afferente all’obbligazione principale, e non già le sole situazioni di nullità e annullabilità, ossia di “invalidità” vera e propria<sup>196</sup>.

Quindi, se l’obbligazione principale è nulla (*ex artt. 1418 ss. c.c.*) o inesistente, il negozio fideiussorio è privo di causa *ab origine*, e perciò a sua volta nullo o inesistente. Lo stesso avviene ove l’obbligazione principale sia affetta da simulazione assoluta (art. 1414 ss. c.c.): non essendo essa realmente voluta dalle parti l’obbligazione garantita, non sarà voluta neanche la relativa garanzia.

La garanzia fideiussoria viene altresì a caducarsi, ed il garante è così liberato dal proprio obbligo, nell’ipotesi in cui debito principale sia stato generato da un titolo

---

<sup>196</sup> V. M. Sesta, *La fideiussione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Cendon, vol. IV, Torino, 1999, p.1746.

annullabile (artt. 1441 ss. c.c.) o rescindibile (artt. 1448 ss. c.c.)<sup>197</sup>: in tali casi il titolo è dotato di un'efficacia suscettibile di venire meno soltanto in esito al positivo esperimento di un'impugnativa: anche qualora la causa di invalidità/inefficacia del titolo non sia stata accertata, il legislatore consente eccezionalmente al fideiussore di far valere siffatta causa, non attribuendogli direttamente la relativa legittimazione ad agire, bensì consentendogli di rifiutare la prestazione al creditore, e di sollevare le eccezioni di cui all'art. 1945 c.c., finché non si sia prescritta l'azione di annullamento, *ex art.* 1442 c.c. ovvero fino a che il negozio principale non sia stato convalidato dal debitore, *ex art.* 1444 c.c.

L'unica eccezione alla regola per cui l'invalidità, variamente atteggiata, del debito principale travolge anche l'obbligazione di garanzia, riguarda l'ipotesi, contemplata dall'ultimo inciso dell'art. 1939 c.c., in cui la fideiussione acceda ad un'obbligazione assunta da un incapace<sup>198</sup>. L'incapacità cui fa riferimento la norma è quella legale, derivante cioè da minore età, interdizione o inabilitazione del debitore principale; perché operi la previsione non è necessario, peraltro, che il fideiussore fosse a conoscenza di tale stato di incapacità.

Si ritiene<sup>199</sup> che il fondamento di tale deroga debba essere ravvisato sostanzialmente nell'esigenza di evitare che il fideiussore si sottragga all'impegno assunto profittando di una tutela prevista in favore del solo debitore principale.

Altre disposizioni che costituiscono una chiara manifestazione del principio di accessorietà sono gli artt. 1941 e 1942 c.c.

L'art. 1941 sancisce il divieto di fideiussione c.d. *in duriorem causam*: la fideiussione non può cioè eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose (1° c.). Al contrario, la garanzia può essere prestata per una parte del debito o a condizioni meno onerose (2° c.). Infine, il 3° c., stabilendo che "la fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell'obbligazione principale" individua la conseguenza della violazione del divieto di cui al 1° c. stesso, configurando un'ipotesi testuale di nullità parziale (art. 1419 c.c.): l'obbligazione del fideiussore rimarrà dunque valida nella misura, corrispondente al debito garantito, in cui non è colpita dalla sanzione di nullità.

---

<sup>197</sup> Cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 409

<sup>198</sup> In proposito, v. analoghi richiami all'incapacità contenuti negli artt. 1945, 1948 e 1950 c.c.

<sup>199</sup> Così C. M. Bianca, *op. cit.*, p.478

La maggiore onerosità che viene in considerazione riguarda la prestazione a cui è tenuto il fideiussore. La giurisprudenza si è in più occasioni pronunciata al riguardo; così è pacificamente ritenuta più onerosa l'ipotesi in cui a carico della sola prestazione del garante sia apposta una *clausola solve et repete*<sup>200</sup> (art. 1462 c.c.), nonché l'ipotesi in cui la prestazione del fideiussore sia caratterizzata da una scadenza anteriore rispetto all'obbligazione garantita<sup>201</sup>.

Niente esclude, invece, che le parti possano stabilire condizioni meno onerose per il garante, ad esempio limitando l'importo del credito garantito, escludendo il calcolo degli interessi o, ancora, limitando la validità della fideiussione per un periodo inferiore<sup>202</sup>: tale limitazione dell'obbligo del fideiussore è considerata eccezionale, e pertanto richiedente, ai fini della sua validità, una manifestazione di volontà espressa, idonea ad essere provata per iscritto, analogamente a quanto previsto per la stipulazione stessa della garanzia (art. 1937 c.c.)<sup>203</sup>.

Significativa conferma dell'accessorietà fideiussoria si trova poi al già citato art. 1942 c.c. - norma delimitativa dell'estensione della garanzia<sup>204</sup> - secondo cui, salvo diversa previsione delle parti, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese sostenute per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale ed alle spese successive.

---

<sup>200</sup> In tal senso già Cass. 13.08.1953, n. 2729, in *Giur. it.*, Rep., 1953, voce *Fideiussione*, n. 4.

<sup>201</sup> Così, fra le altre, Cass. 20.02.1999, n. 1427, in *Giur. it.*, 1999, p. 1576 ss.

<sup>202</sup> Come affermato dalla stessa Cass. 20.02.1999, *cit.*, e, di recente, da Cass. 30.12.14, n. 27531, in *Notariato*, 2015, n. 1, p. 76 ss., con nota di E. Briganti, *Fideiussione*, e in *Contratti*, 2015, n. 2, p. 181 ss., con nota di F. Macario. F. P. Patti, G. Orefice, *Garanzia fideiussoria a tempo determinato*.

In quest'ultima pronuncia, relativa ad un mutuo ipotecario, la Cassazione puntualizza come la fideiussione temporalmente limitata rispetto alla durata del rapporto garantito "sebbene non espressamente prevista dal codice, può ricondursi alla previsione dell'art. 1941 secondo comma c.c. che consente di prestare la fideiussione per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose, e comunque non è vietata perché pur sempre tesa a mettere il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale", mentre a risultare illegittima, e perciò sanzionata dall'art. 1941, 3° c., è la situazione inversa in cui il garante sia impegnato più severamente che il debitore principale.

<sup>203</sup> Così App. Firenze, 13.02.1954, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 4. Su tale impostazione v. opinione favorevole di F. Macario, *op. cit.*, p. 190.

<sup>204</sup> Sul punto v. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 268 ss. L'A. osserva, peraltro, come l'estensione della fideiussione agli interessi riguardi anche la fideiussione *omnibus*, rispetto alla quale le parti ben potrebbero convenire un limite massimo relativo al capitale ed un diverso limite operativo in relazione agli interessi.

## 10. La clausola di sopravvivenza: validità della pattuizione e tipicità della fattispecie

La c.d. “clausola di sopravvivenza”<sup>205</sup> altro non è che una deroga convenzionale all’accessorietà; si tratta in sostanza di una pattuizione con la quale le parti convengono che la garanzia sia valida anche ove non sia tale l’obbligazione garantita, escludendo che l’invalidità del rapporto principale si ripercuota sulla fideiussione stessa.

Bisognerà quindi stabilire se la previsione dell’art. 1939 c.c. possa essere considerata derogabile dalle parti, senza scardinare la natura della garanzia, ovvero se tale regola - poiché costituente la massima espressione del carattere di accessorietà, intrinsecamente caratterizzante la fideiussione - debba invece interpretarsi come imperativa, e pertanto inderogabile, pena la fuoriuscita dal “tipo” fideiussorio.

Pertanto, i problemi che si pongono dinanzi ad una clausola di sopravvivenza sono essenzialmente due: il primo inerisce la validità della clausola e l’incidenza di una eventuale nullità della stessa sulle sorti della garanzia prestata; il secondo problema, che si pone ove si opti per la validità della clausola, riguarda invece la qualificazione giuridica della garanzia a cui accede la pattuizione stessa, in termini di fideiussione ovvero di garanzia autonoma, o ancora, di contratto a scopo di garanzia.

La dottrina e la giurisprudenza hanno, al riguardo, fornito soluzioni talvolta non univoche.

La Cassazione<sup>206</sup> si è in un primo momento pronunciata non tanto sulla clausola di sopravvivenza in senso stretto, quanto piuttosto sulla contigua “pattuizione, con la quale il fideiussore si impegna a rispondere nei confronti del creditore anche nell’ipotesi di invalidità dell’obbligazione principale, rinunciando, quindi, ad eccepire tale eventuale invalidità”: al riguardo la Corte ha adottato un orientamento particolarmente liberale, e ha ritenuto tale clausola tendenzialmente valida, “sempre che non ricorrano motivi di nullità, di cui all’art. 1418 c.c.”, in quanto legittima espressione dell’autonomia negoziale delle parti.

Nel caso in esame, i giudici di merito avevano peraltro ritenuto che potesse configurarsi un valido rapporto di fideiussione anche in relazione ad un’obbligazione principale insussistente e comunque invalida, mentre la banca ricorrente riteneva che

---

<sup>205</sup> F. Macario, *op. cit.*, p. 210 ss.

<sup>206</sup> Cass., 3.09.1966, n. 2310, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, n. 2, p. 38 ss., e in *Giur. it.*, 1968, I, p. 83 ss.

tale pattuizione dovesse qualificarsi non come fideiussione, ma come semplice assunzione di debito altrui.

In quell'occasione la Corte Suprema, dopo aver confermato la validità della relativa clausola, si allineò alle posizioni dei giudici di merito, riducendo la controversia, forse in maniera eccessivamente semplicistica, ad una mera *questio voluntatis*<sup>207</sup>.

Si accoglie quindi la tesi della validità della clausola con cui il garante rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita - laddove si afferma che essa "non costituisce motivo di nullità del negozio" - e si esclude inoltre che tale clausola valga, di per sé, ad allontanare la garanzia dallo schema fideiussorio, fino ad attrarla in una diversa fattispecie negoziale.

D'altronde, non mancavano neppure posizioni dottrinali coeve a suddetta giurisprudenza, che, optando per soluzioni analoghe, giungevano ad affermare la validità e la permanenza entro l'orbita fideiussoria anche della clausola di sopravvivenza in senso stretto<sup>208</sup>.

Bisogna comunque ricordare che si trattava di posizioni sostenute in un'epoca in cui il dirimente fenomeno delle garanzie autonome non aveva ancora avuto inizio.

In tempi più recenti l'orientamento risulta decisamente invertito: certa giurisprudenza, partendo dal presupposto del carattere inderogabile dell'art. 1939 c.c., ha radicalmente escluso che la clausola di sopravvivenza sia valida ed ha applicato, al contratto di fideiussione a cui acceda una tale pattuizione, la disciplina della nullità

---

<sup>207</sup> Afferma la Corte di Cassazione: "Si tratta cioè, esclusivamente, di ricercare se le parti hanno voluto concludere un negozio contenente tutti gli obblighi relativi ad una fideiussione con l'aggiunta - che, è il caso di ripeterlo, non costituisce motivo di nullità del negozio - della rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita, oppure se le parti stesse, erroneamente usando il termine di fideiussione, abbiano inteso di concludere una pattuizione del tutto diversa da quella prevista dagli artt. 1936 ss. c.c., ed alla quale non si potrebbe automaticamente applicare il termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.". Da qui la conclusione: "Posta la questione in questi giusti termini, la soluzione non può essere dubbia, poiché la sentenza impugnata [...] ha appunto affermato, parlando di mantenimento del rapporto fideiussorio, che le parti, nonostante l'aggiunta della clausola di rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita, hanno voluto contemporaneamente stipulare un negozio che, se anche non fosse stato strettamente riconducibile al *nomen iuris* della fideiussione, purtuttavia comprendeva tutti gli obblighi e i diritti derivanti, secondo il codice civile, da tale contratto".

<sup>208</sup> Si tratta, invero, di una posizione piuttosto isolata, sostenuta da M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 218, che ritiene che le parti avrebbero la possibilità di convenire una regola opposta rispetto a quella di cui all'art. 1939 c.c., con il solo limite dato dal "carattere illecito dell'obbligazione principale, indeterminatezza o indeterminabilità del suo oggetto, e ogni altra circostanza che riguarda tale obbligazione e che possa ripercuotersi in quella fideiussoria, determinando situazioni che la volontà delle parti non è in grado di superare o regolare".

parziale, onde espungere dal regolamento contrattuale solo la clausola incompatibile con lo schema fideiussorio e salvare il resto<sup>209</sup>.

Di segno diverso, e di maggior apertura, appaiono quelle opinioni<sup>210</sup>, più articolate, le quali riconoscono innanzitutto che consentire l'ingresso della clausola in esame nel contratto di fideiussione equivarrebbe a negare la regola dell'accessorietà, coesistente ed imprescindibile rispetto alla garanzia fideiussoria.

Ciononostante, la relativa convenzione non sarebbe da considerare invalida, neppure in applicazione della nullità solo parziale, dovendo piuttosto condurre ad una diversa qualificazione dell'accordo a cui accede: la pattuizione così strutturata non potrà quindi più essere considerata una fideiussione, ma dovrà piuttosto essere riportata allo schema del contratto autonomo di garanzia. Ciò in quanto la causa accessoria della fideiussione è di per sé incompatibile e pertanto non può in alcun modo convivere con la deroga convenzionale alla regola di accessorietà; l'interruzione dell'imprescindibile connessione, genetica e strumentale, fra garanzia e debito garantito si pone necessariamente al di fuori della negoziazione tipica degli artt. 1936 e ss. c.c.

In quest'ottica, la clausola derogatoria rispetto all'art. 1939 c.c. - che renda l'obbligazione del fideiussore "immune" rispetto alle vicende inerenti il debito garantito - viene ricondotta ad una semplice manifestazione dell'autonomia negoziale delle parti, purché sussista un "interesse meritevole di tutela giuridica"<sup>211</sup>.

Tale soluzione - ampiamente consapevole dello sviluppo che la garanzie autonome hanno vissuto negli ultimi decenni, anche a discapito della diffusione della garanzia fideiussoria - rappresenta, peraltro, la doverosa presa d'atto del fatto che nella prassi la deroga all'accessorietà è congegnata dalle parti proprio allo scopo di dare un migliore assetto ai propri reciproci interessi economici; interessi rispetto ai quali l'accessorietà stessa potrebbe invece agire in direzione ostacolante.

---

<sup>209</sup> Così Cass. 23.04.1992, n. 4899, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1293 ss., con nota di G. Giacobbe, *Brevi note in tema di fideiussione e c.d. clausola di sopravvivenza*, e, più di recente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Nocera Inferiore, 13.11.2003, in *Corti salernitane*, 2004, p. 355 ss.

<sup>210</sup> Cfr. C. M. Bianca, *op. cit.*, p.479 e F. Macario, *op. cit.*, p. 211-212.

In giurisprudenza, fra le altre, v. Cass. 23.06.1993 in *Foro it.*, Rep., 1993, Voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 38 e Cass. 10.04.1995, n. 4117, in *Amm civ.*, 1995, p. 1398 ss.

<sup>211</sup> Così si esprime Cass., 28.03.1996, n. 2909 in *Foro it.*, 1996, n. 1, n. 1621 ss. che ritiene esistente tale "interesse meritevole di tutela giuridica" nel caso di specie, riguardante una fideiussione *omnibus*, in considerazione dei peculiari connotati della garanzia personale generale correlata ad operazioni con istituti di credito; ove si osserva che il garante, peraltro, si trova normalmente in una posizione comune con il garantito, ed ha la possibilità di controllare od ispirare il comportamento di quest'ultimo.

### **11. Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: i confini dal punto di vista dell'accessorietà**

È di tutta evidenza che proprio nell'accessorietà risiede il principale tratto distintivo fra la fideiussione e la garanzia personale autonoma che ha trovato maggiore diffusione nella prassi, ossia il contratto autonomo di garanzia<sup>212</sup>. Quest'ultimo diverge profondamente dal tipo fideiussorio codicistico poiché risulta caratterizzato non da accessorietà, ma al contrario da una vera e propria "scissione" tra il rapporto di garanzia ed il rapporto principale garantito.

In effetti, come la denominazione stessa della figura lascia chiaramente intendere, si tratta di una garanzia che si connota in termini autonomi rispetto al negozio garantito, anche ove sia inserita nell'ambito di un'unitaria operazione economica, la quale risponde all'esigenza di soddisfare rapidamente il creditore assicurandogli l'immediata escussione della garanzia prestata.

Il garante assume l'obbligo di pagare al beneficiario della garanzia sulla base della semplice richiesta del creditore, rinunciando, peraltro, ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito.

Con il contratto autonomo di garanzia viene dunque definitivamente reciso il vincolo di accessorietà e, conseguentemente, il legame di dipendenza proprio della fideiussione.

Fatte queste premesse, ben si comprende come particolarmente controverse siano le questioni sollevate dall'apposizione alla garanzia personale di una clausola "a prima richiesta e senza eccezioni"<sup>213</sup>. Soprattutto, ci si deve interrogare sulla sufficienza della sola clausola a determinare la qualificazione del negozio quale contratto autonomo di garanzia, anziché fideiussione.

In primo luogo, suddetta clausola si reputa da tempo pacificamente apponibile anche alla negoziazione fideiussoria, nell'ambito della quale essa gioca una funzione analoga a quella della clausola *solve et repete*: sul piano probatorio, il beneficiario è dispensato dall'onere di dimostrare il fondamento della propria richiesta di pagamento, salva la possibilità di esperire successivamente l'azione di ripetizione ove la garanzia sia

---

<sup>212</sup> Su cui v. F. Macario, *op. cit.*, p. 411 ss. e G. Bozzi, *op. cit.*, p. 870 ss.

<sup>213</sup> Si interroga criticamente al riguardo F. Macario, *op. cit.*, p. 438 ss. Sul punto v. anche G. Bozzi, *op. cit.*, p. 253 ss.

stata escussa indebitamente; si determina quindi un effetto di astrazione processuale, tuttavia ritenuto non tale da snaturare il carattere di accessorialità della fideiussione<sup>214</sup>.

Analogamente, la giurisprudenza<sup>215</sup> ha sostenuto che, nel contesto di una pattuizione fideiussoria, la clausola con la quale il garante si impegna a soddisfare il creditore su semplice richiesta costituisce valida espressione di autonomia negoziale. In sostanza, l'apposizione della clausola "a prima richiesta" non è stata in un primo tempo ritenuta sufficiente a condizionare la qualificazione del negozio concluso in termini di contratto autonomo di garanzia.

Si è dunque cercato altrove il criterio discrezionale tra le due figure, ed in particolare si è guardato alla precipua funzione svolta da ciascuna contrattazione: si è così osservato che mentre il contratto autonomo di garanzia avrebbe lo scopo di garantire il risarcimento del danno derivante al creditore per effetto dell'inadempimento del debitore, la fideiussione garantirebbe invece direttamente l'adempimento di questi<sup>216</sup>.

Da ciò discenderebbe l'obbligo del fideiussore di pagare, a differenza del garante autonomo, soltanto una somma corrispondente alla prestazione principale, e non già gli ulteriori danni derivanti dall'inadempimento del garantito; una conclusione che tuttavia non appare conforme alla prevalente interpretazione<sup>217</sup> secondo cui anche il fideiussore è tenuto a pagare anche i danni ulteriori da annoverarsi tra gli "accessori" di cui all'art. 1942 c.c. Inoltre, così sostenendo, il confine tra il contratto autonomo di garanzia e la c.d. *fideiussio indemnitate*<sup>218</sup> diventerebbe decisamente labile.

Ancora, è stato affermato che l'elemento realmente discrezionale fra fideiussione e contratto autonomo di garanzia dovrebbe essere individuato all'esito di un esame delle prestazioni oggetto dei due contratti: dalla fideiussione deriverebbe, a carico del garante, un'obbligazione omogenea rispetto al debito garantito, mentre il contratto autonomo di

---

<sup>214</sup> Così G. B. Portale, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, n. 1, p. 169 ss.; Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, *ivi*, 1988, n. 1, p. 6 ss. e A. Calderale, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 229 ss. Gli Autori osservano che la clausola *solvet et repetet* implica solo che, dopo l'intervenuto pagamento ad opera del garante - la cui condotta adempiente non può essere legittimamente riacquisita - questi possa agire in ripetizione verso il beneficiario, facendo quindi valere anche tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale.

<sup>215</sup> Così fra le altre, Cass., 10.05.2001, n. 6728, in *Mass. Foro it.*, 2002 e Cass., 12.12.2005, n. 27333, in *Mass. Foro it.*, 2005. La giurisprudenza ha ritenuto che se è consentito alle parti di concedere (o di far concedere da un terzo) una somma di denaro al creditore a garanzia dell'adempimento della prestazione dovutagli, allo stesso modo deve rientrare nei poteri dell'autonomia negoziale la sostituzione della somma di denaro con l'impegno del terzo di provvedere a quel pagamento a semplice richiesta del creditore.

<sup>216</sup> Cfr. M. Viale, *I contratti autonomi di garanzia*, in *I contratti atipici*, vol. II, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fond. da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, M. Bessone, Torino, 1991, p.631.

<sup>217</sup> Così C. Falqui Massida, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p.7.

<sup>218</sup> Su cui v. *supra*, cap. I, sez. I, par. 9.



garanzia avrebbe ad oggetto una prestazione diversa da quella dovuta dal debitore principale<sup>219</sup>.

In verità, neppure tale impostazione convince: non è escluso che anche nella fideiussione l'obbligazione di garanzia e quella principale possano essere eterogenee<sup>220</sup>.

Di fronte ad una tale incertezza interpretativa, la soluzione<sup>221</sup> potrebbe piuttosto essere quella di considerare la clausola "a prima richiesta" un semplice indizio della natura autonoma della garanzia; quindi in assenza di ulteriori indici, la garanzia resterà inclusa nell'alveo fideiussorio, rispetto al quale non si profilano incompatibilità.

La qualificazione della garanzia si giocherà allora sul terreno dell'effettiva volontà delle parti, da ricostruirsi, secondo talune pronunce<sup>222</sup>, avuto riguardo sia alla complessiva fattispecie contrattuale, sia al comportamento tenuto dalle parti anche successivamente alla conclusione del contratto, e secondo altre opinioni<sup>223</sup>, con esclusivo riguardo al testo della garanzia pattuita.

In questo scenario si è infine inserita un'ultima, recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite<sup>224</sup> che, in modo parzialmente difforme rispetto all'opinione da ultimo riportata, ha utilizzato la clausola "a prima richiesta" - con la quale era stata altresì esclusa la possibilità del garante di opporre eccezioni per differire il pagamento - per fondare una qualificazione in chiave di contratto autonomo di garanzia.

In questa occasione, la Corte, adottando un atteggiamento piuttosto rigido, ha ritenuto radicalmente incompatibile con l'accessorietà, e dunque con lo schema fideiussorio, la presenza di una clausola "a prima richiesta e senza eccezioni"; cosicché il relativo negozio dovrà essere qualificato come contratto autonomo di garanzia. Tuttavia, la S.C. sembra al contempo aver compiuto un'operazione di bilanciamento, laddove aggiunge "salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale".

---

<sup>219</sup> Cfr. F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Padova, 1995, p. 88 e G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. XIII, Torino, 1985, p. 219.

<sup>220</sup> Così M. Fragali, *Fideiussione (diritto privato)*, cit., p. 355.

<sup>221</sup> Sul punto v. nuovamente F. Macario, *op. cit.*, p. 439 ss., il quale osserva anche come la distinzione fra l'una e l'altra figura rilevi non tanto nella fase di escussione della garanzia, quanto piuttosto sul piano operativo, con riguardo, in particolare, alla legittimazione ad agire in ripetizione nei confronti del beneficiario: nel caso di fideiussione la legittimazione spetta al garante, nel caso di contratto autonomo di garanzia, al debitore.

<sup>222</sup> In particolare v. Cass. 31.07.2002, n. 11368, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, n. 2, p. 267 ss., con nota di C. Frigeni, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*.

<sup>223</sup> In tal senso F. Bonelli, *op. cit.*, p. 46 ss.

<sup>224</sup> Cass. S.U., 18.02.2010, cit. A tale orientamento si è poi allineata Cass., 27.09.2011, n. 19736, in *Contratti*, 2012, n. 2, p. 148 ss., con nota di F. Macario, F. P. Patti, G. Orefice, *Risoluzione del leasing traslativo per inadempimento ed equo compenso*.

## 12. I limiti dell'accessorietà: erosione del "dogma"

Già nei paragrafi precedenti si sono riportate le considerazioni che non consentono di attribuire all'accessorietà il carattere di regola "totalizzante", inidonea a subire eccezioni di sorta; non a caso si è osservato come, se tendenzialmente la clausola di sopravvivenza va reputata non compatibile con lo schema fideiussorio perché determina un allontanamento eccessivo dall'accessorietà stessa, non è invece escluso che l'accessorietà fideiussoria conviva con una clausola "a prima richiesta", la quale, effettivamente, ne limita in maniera consistente la portata.

A maggior ragione, nell'individuare le possibili limitazioni a cui va incontro l'accessorietà, non si può non considerare quella giurisprudenza di legittimità<sup>225</sup> che ha in più occasioni ritenuto di escludere l'operatività di tale regola rispetto a taluni profili, sostenendo che le due obbligazioni - principale e di garanzia - nonostante il legame che le unisce, mantengono una certa individualità ed indipendenza, cosicché, per certi aspetti, la disciplina dell'obbligazione garantita non influisce su quella della fideiussione, per la quale continuano dunque a valere le relative regole.

D'altronde, come già in precedenza ricordato<sup>226</sup>, se quella di garanzia è una causa fissa e costante della fideiussione, del tipo più svariato può essere invece la causa dell'obbligazione principale: fra i due negozi si ravvisa senz'altro una divaricazione sul piano causale, altrimenti non potrebbe neppure essere ammissibile, come ben può avvenire, che uno dei due abbia titolo oneroso e l'altro titolo gratuito.

Inoltre, a conferma dell'"erosione" dell'ambito applicativo dell'accessorietà, la giurisprudenza ha ulteriormente sostenuto che non solo dal punto di vista soggettivo il fideiussore rimane estraneo al rapporto principale garantito; ma soprattutto, che sul versante oggettivo si registrano indici sintomatici di una certa indipendenza tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita, in primo luogo il fatto che la causa fideiussoria è fissa ed uniforme (e consiste genericamente nella garanzia del credito), mentre l'obbligazione principale può acquisire una qualunque causa idonea.

---

<sup>225</sup> Così, di recente, Cass. S. U., 5.12.2011, n. 25934, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=7224#.VK5aESuG98E>, così massimata: "Pur se fra loro collegate, l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità sia oggettiva che soggettiva, con la conseguenza che la disciplina della prima non può refluire sulla seconda, per la quale continuano perciò a valere le normali regole, comprese quelle sulla giurisdizione".

In precedenza, le Sezioni Unite si erano già pronunciate in tal senso con Cass., S.U., 5.02.2008, n. 2655. In *Mass. Foro it.*, 2008. Per un'analisi dei contenuti della pronuncia cfr. P. Gianniti, F. Bonamassa, G. Grande (a cura di), *Sentenze scelte in materia civile e penale. Aggiornamento 2008*, Milano, 2008, p. 77 ss.

<sup>226</sup> V. *infra*, cap. I, sez. I, par. 7.

Viene così a delinearsi una significativa distinzione tra la nozione di accessorietà della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita - che attiene inequivocabilmente alla connessione logico-giuridica tra i due negozi (c.d. unità logica) - ed il concetto di individualità/indipendenza, riguardante invece le diverse caratteristiche soggettive ed oggettive delle due obbligazioni (c.d. disunità reale).

Non necessariamente, quindi, l'accessorietà della fideiussione è un principio assoluto, atto a determinare una dipendenza incondizionata dei due rapporti: non a caso le Sezioni Unite<sup>227</sup> giungono, fra l'altro, a concludere che ben può sussistere la giurisdizione ordinaria anche se il debito garantito ha natura pubblicistica, proprio in virtù del carattere non necessariamente onnicomprensivo dell'accessorietà stessa.

---

<sup>227</sup> Si tratta di una conclusione condivisa sia da Cass., SS.UU., 5.02.2008, n. 2655, *cit.*, che da Cass. SS. UU., 5.12.2011, n. 25934, *cit.*

## **CAPITOLO II - Dalla fideiussione al fideiussore. Garante e consumatore: verso una possibile convergenza**

### **1. L'immobilismo della disciplina fideiussoria. Premessa**

Nel capitolo precedente si è cercato di esaminare i profili più rilevanti di un istituto complesso e variegato quale la fideiussione, garanzia personale del credito che continua a rivestire un ruolo centrale nell'economia di mercato del III millennio.

Oltre a passare brevemente in rassegna la disciplina applicabile all'istituto, sono state poste in luce le caratteristiche fondamentali della vicenda fideiussoria, le quali sono apparse foriere di risvolti problematici; prima fra tutte il carattere funzionale dell'obbligazione del fideiussore rispetto ad un altro rapporto obbligatorio, quello principale, che si traduce, sul piano giuridico, nell'accessorietà<sup>228</sup> della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita, la quale fa sì che le sorti del debito principale si ripercuotano sulla garanzia.

Come detto, l'accessorietà si è rivelata un impedimento di non poco conto rispetto alle esigenze di flessibilità del credito, e la prassi ha ampiamente dimostrato che la diffusione delle garanzie personali atipiche - prive di quei limiti, propri invece della fideiussione - ha trovato terreno fertile proprio nell'intento di oltrepassare il rigore della disciplina fideiussoria.

Si è inoltre già accennato al percorso in direzione evolutiva, nell'ottica dell'allentamento del vincolo con il bene, che sta interessando le garanzie reali.

D'altronde, sulla stessa linea si collocano i contratti a scopo di garanzia<sup>229</sup>: contratti con causa neutra - quali alienazione, deposito o riporto - "piegati" dall'autonomia privata in funzione di garanzia, in applicazione della categoria del contratto indiretto.

In generale, nell'odierna economia di mercato le garanzie del credito sono al centro di tensioni ed istanze innovative<sup>230</sup>, delle quali però la fideiussione sembra non risentire particolarmente.

---

<sup>228</sup> Su cui v. *supra*, cap. I, sez. I, par. 7.

<sup>229</sup> Soprattutto sull'alienazione a scopo di garanzia la bibliografia è ampia. V. fra gli altri, F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.

<sup>230</sup> Emblematico, in tal senso, l'istituto della c.d. ipoteca ricaricabile, previsto nell'ordinamento francese dal 2006, di cui all'attuale art. 2422 *code civil*, su cui v. F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, p. 493 ss., e A. Chianale, *I diritti reali - l'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 95 ss.

Se è vero infatti che nel corso degli anni la normativa codicistica in materia di fideiussione ha subito una rilevante modifica per effetto delle travagliate vicende che hanno interessato la fideiussione *omnibus*<sup>231</sup>, è parimenti vero che tale disciplina, come è stato osservato, restituisce nel complesso l'immagine di un contesto piuttosto statico, rimasto sostanzialmente immune alle modifiche sopravvenute nel diritto dei contratti, che mal si concilia con il variegato e mutevole panorama degli odierni rapporti economici.

È pertanto auspicabile, tanto da configurarsi quale obiettivo della presente indagine, una riconsiderazione del fenomeno fideiussorio, e, più precisamente, del rapporto fideiussorio, nell'ottica di una forse maggiore elasticità.

## **2. L'esigenza di differenziare le qualifiche soggettive del garante**

Il suddetto, auspicato percorso di riconsiderazione della disciplina fideiussoria, nel mutato scenario sociale ed economico, dovrà necessariamente considerare le diverse e peculiari qualifiche soggettive che il fideiussore può rivestire all'interno della vicenda in cui presta la garanzia.

L'attenzione si sposta quindi dalla fideiussione al fideiussore, dal piano oggettivo a quello soggettivo della garanzia, dall'osservazione della disciplina codicistica in materia all'analisi delle conseguenze applicative di una possibile differenziazione del garante, a seconda della specifica posizione da questi assunta.

Solo adottando tale ottica sarà possibile esaminare se e come la fideiussione possa reagire di fronte a rapporti economici complessi, nonché interrogarsi, anche in chiave critica, sull'opportunità dei relativi effetti.

Un'analisi condotta in tal senso tenderà quindi a far emergere l'esistenza di una molteplicità di "statuti fideiussori", differenziati proprio in base alla vicenda economica sottesa, nonché alla posizione in essa in concreto rivestita dal garante.

Ad una siffatta indagine non può che essere premessa la preliminare, ovvia constatazione per cui la normativa del codice civile in materia di fideiussione non contiene alcuna considerazione di quel garante che - stante una sua peculiare qualifica soggettiva - si trovi ad operare, nella complessa operazione economica realizzata con la

---

La peculiarità di tale ipoteca, di cui all'attuale art. 2422 *code civil*, consiste nella possibilità di riutilizzo, a vantaggio dello stesso creditore oppure di successivi creditori, individuati tramite una convenzione da stipularsi per atto notarile e da sottoporsi a pubblicità presso il registro immobiliare: essa integra un'erosione dell'accessorietà, poiché l'estinzione del debito non ne determina la perdita di efficacia.

<sup>231</sup> Su cui v. *supra*, cap. I, sez. I, parr. 1 ss.

costituzione della garanzia personale, in condizioni “particolari”, che eventualmente giustificano l’applicazione di discipline specifiche e che siano tali da configurare un vero e proprio “statuto fideiussorio” differenziato.

Invero, nell’impianto codicistico, il fideiussore viene in rilievo solo laddove l’art. 1936 c.c.<sup>232</sup>, - la cui rubrica, che pur recita “nozione”, non offre in realtà una definizione della garanzia personale - si incentra proprio sulla figura del garante, descritto come il soggetto che assume, nei confronti del terzo creditore, l’obbligazione di garantire l’adempimento di un obbligo altrui, così rimarcando il carattere personale della garanzia stessa.

Per il resto, la legislazione dettata si rivolge ai vari profili di funzionamento della garanzia, senza però operare alcuna differenziazione della disciplina applicabile in considerazione del “tipo” di garante che presti la fideiussione.

Solo un accenno compare nella legislazione speciale, per la quale si ricorda l’inapplicabilità al fideiussore “privato”, sancita per espressa previsione di legge, anche della disciplina sul commercio elettronico<sup>233</sup>.

Il quadro normativo risulta dunque connotato, in tal senso, da un deciso immobilismo.

Non mancano comunque voci che, di recente, suggeriscono un’accurata considerazione della posizione occupata dal fideiussore<sup>234</sup>, non potendosi escludere che determinate qualifiche siano idonee a fungere da presupposto per l’applicazione di tutele o, comunque, di peculiari trattamenti normativi, in favore del garante stesso.

D’altronde, come si vedrà più avanti<sup>235</sup>, anche dal contesto europeo arrivano significativi segnali in tale direzione.

---

<sup>232</sup> Su cui v. *supra*, cap. I, p. 8 ss.

<sup>233</sup> L’art. 11, d.lgs. n. 70 del 2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE, esclude infatti dall’ambito di applicazione del decreto proprio i “contratti di fideiussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali”. A questo può aggiungersi, da un diverso versante di osservazione, che il rilascio di taluni tipi di garanzie fideiussorie è in alcuni casi espressamente riservato a soggetti qualificati, quali quelli elencati dall’art. 3 d. lgs. 2005, n. 122 del 2005.

<sup>234</sup> V. *infra*, cap. II, par. 9 ss.

<sup>235</sup> V. *infra*, cap. II, par. 13 ss.

### 3. Introduzione: la nascita del consumatore

Il primo “statuto fideiussorio” che viene in considerazione attiene alla situazione in cui il garante ricopra il ruolo di consumatore; è dunque opportuno innanzitutto chiedersi se il fideiussore possa acquisire tale qualifica.

In proposito, è utile premettere una breve analisi storica e sociologica<sup>236</sup> della categoria soggettiva che, sul piano giuridico, ha goduto della maggiore considerazione negli ultimi decenni.

Tutto ebbe inizio come movimento sociale e politico volto a rivendicare il ruolo centrale del cittadino e della sua protezione nell’ambito dell’organizzazione di uno Stato moderno.

Come è noto, i movimenti in difesa dei consumatori ebbero origine negli Stati Uniti d’America, dove la coscienza collettiva degli appartenenti a quella che, in realtà, non era ancora una vera e propria categoria, si manifestò, in un primo momento, come una spinta riformista diretta a risollevarne le sorti della classe operaia.

Non a caso la *National Consumer League* fu fondata, nel 1898, con l’obiettivo di proteggere essenzialmente gli operai. In sostanza, fu proprio la lotta al capitalismo aggressivo a provocare una prima ondata di “*Consumerism*”. Solo in un secondo momento, l’attenzione si spostò sulla qualità dei prodotti.

Una seconda stagione delle proteste che agitarono la categoria si registrò intorno alla metà degli anni ’30 del XX secolo, un momento storico in cui la diffusione della produzione di massa consentì ai consumatori americani di reagire in maniera più consapevole e decisa e di ottenere così un rafforzamento delle leggi sulla genuinità degli alimenti ed un ampliamento dei poteri della *Federal Trade Commission*, al fine di contrastare l’impiego di pratiche commerciali illecite e fraudolente<sup>237</sup>.

Fu in questa fase che emerse quella problematica che divenne poi una vera e propria costante identificativa della categoria, ossia la assoluta necessità di ricevere informazioni da parte del consumatore, il quale, essendo privo di notizie sulla qualità e sicurezza dei prodotti, non era considerato in grado di compiere scelte consapevoli.

Solo nella terza fase del movimento consumerista, quella iniziata intorno agli anni ’50, e che dura ancora oggi, iniziarono ad interessarsi della categoria i paesi europei.

---

<sup>236</sup> Sul punto, cfr. i rilievi critici di W. Lippmann, *Drift and mastery: an attempt to diagnose the current unrest*, 1914, revisione, introduzione e note di W. E. Leuchtenburg, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, e, più di recente, l’analisi storica di O. Zunz, *Perché il secolo americano?*, Bologna, 2002.

<sup>237</sup> Cfr. F. Silva, A. Cavaliere, *I diritti del consumatore e l’efficienza economica*, in F. Silva (a cura di), *La tutela del consumatore tra mercato e regolamentazione*, Roma, 1996, p. 15 ss.

La prima organizzazione europea di consumatori nacque in Danimarca nel 1947, e successivamente, nel 1955, in Gran Bretagna fu il governo stesso ad istituire il *Consumer Council*, per assicurare anche ai consumatori la possibilità di esprimersi su materie che tradizionalmente erano riservate a produttori e commercianti<sup>238</sup>.

Tuttavia, sarà solo intorno agli anni '60-'70 del secolo scorso che il movimento riuscirà ad ottenere i primi risultati concreti: fu così che quelle che erano semplici istanze socio-politiche si trasformarono in atti legislativi e amministrativi rilevanti. In proposito, va però registrato l'ulteriore ritardo dell'ordinamento italiano, in cui, prima della recente produzione normativa degli ultimi quarant'anni - derivante dall'obbligo di conformazione alle direttive comunitarie - persino l'espressione "tutela del consumatore" era pressoché assente dal linguaggio del legislatore<sup>239</sup>.

La suddetta terza fase del movimento consumerista fu caratterizzata, negli Stati Uniti, dall'adesione ad una diversa interpretazione del concetto di responsabilità<sup>240</sup>, ed in particolare dalla transizione da un regime di responsabilità per colpa del produttore - da doversi provare volta per volta - al diverso parametro della responsabilità oggettiva.

Secondo questo ultimo principio è il produttore ad avere l'onere di dimostrare che i danni provocati dall'uso del suo prodotto non dipendono dal suo operato, così implementando notevolmente il margine di sicurezza del consumatore.

I motivi che spinsero verso questa inversione dell'onere della prova, e che sono validi ancora oggi, consistono nella complessità di fabbricazione di molti beni, tale da rendere difficoltoso individuare con precisione la causa del pregiudizio, nonché il soggetto, fra i molti della catena produttiva e distributiva, a cui imputare la responsabilità stessa. Inoltre, si riteneva che il produttore si trovasse nella migliore posizione per la realizzazione di un'opera di prevenzione<sup>241</sup>.

#### **4. Dalla sociologia al diritto. La forza giuridica dirompente del "consumatore" e il necessario ripensamento delle categorie dogmatiche**

Il concetto di "consumatore", caratterizzato da un'origine sociologica, prima ancora che giuridica, si è ormai radicalmente imposto come momento fondativo di un intero settore del diritto privato, prescrivendo il ripensamento dei relativi dogmi e

---

<sup>238</sup> Sul punto, v. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, p. 34.

<sup>239</sup> Sul tema cfr. G. Benacchio, *Il diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001 e M. Bessone, *Il "consumerism" degli anni '80*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 357 ss.

<sup>240</sup> F. Silva, A. Cavaliere, *op. cit.*, p.16.

<sup>241</sup> V. Z. Zencovich, *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 8.



l'adozione di un nuovo modo di valutare i rapporti di mercato<sup>242</sup>, e dimostrando una forza inarrestabile, in grado di mettere in crisi gli assunti tradizionali.

Peraltro, come è noto, la questione ha da tempo acquisito una dimensione sovranazionale; in effetti un impulso decisivo all'introduzione di normative *ad hoc*, *in primis* di stampo protezionistico, in favore dei consumatori, è provenuto proprio dall'Unione Europea<sup>243</sup>.

La ragione del particolare interesse che anima l'Ue - e che l'ha spinta a legiferare e a promuovere l'armonizzazione del settore - è da ricercare nell'intento di soddisfare le esigenze del mercato unico europeo, in termini di efficiente funzionamento: affinché in esso le merci e i servizi possono circolare liberamente è infatti fondamentale che i consumatori beneficino di un livello di tutela uniforme e elevato.

Non a caso, oggi la necessità di una politica dei consumatori su scala europea è espressamente sancita dall'articolo 12 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il diritto privato, ed in particolare il diritto contrattuale, si è quindi trovato negli ultimi decenni a dover affrontare nuove sfide, che hanno imposto l'adattamento di soluzioni consolidate rispetto all'emersione di nuove istanze e, più in generale, l'adozione di una prospettiva non solo statutale, bensì necessariamente più ampia<sup>244</sup>.

Si è cioè unanimemente avvertita l'esigenza di operare una ridefinizione sistematica, a livello quanto meno ermeneutico se non normativo, di talune categorie tradizionali in un'ottica del tutto rinnovata; una necessità che si è fatta ancor più pressante dal momento in cui la speciale disciplina di tutela del consumatore ha perso gradualmente il carattere "episodico", per connotarsi in termini sempre più massicci ed

---

<sup>242</sup> Nella quasi sconfinata bibliografia sul consumatore cfr., fra gli altri, A. De Strobel, *La sovranità del consumatore*, Padova, 1970; AA.VV., *Il consumatore e l'Europa: recenti sviluppi*, Napoli, 1994; e, negli anni più recenti, F. Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e Contr.*, n. 11, 2006, p. 872 ss.; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. 5, p. 536 ss.; C. Granelli, *Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, n. 11, p. 731 ss. Sulle modifiche più recenti alla relativa disciplina v. l'analisi di Id., "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del codice del consumo, in *Contratti*, 2015, n. 1, p. 59 ss., nonché di T. Febbrajo, *L'attuazione della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, n. 2, p. 479 ss.

<sup>243</sup> Per un'analisi dei primi programmi comunitari a difesa del consumatore, v. D. Lason, J.W. Bridge, *Law & Institutions of European Communities*, 5th ed., Londra, 1991, p. 547 ss.

<sup>244</sup> Per un'efficace disamina delle nuove sfide del diritto privato nel contesto europeo, soprattutto sul piano della giustizia contrattuale, cfr. C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, n. 4, p. 831 ss.

influenzare in maniera consistente il funzionamento delle dinamiche macroeconomiche di mercato<sup>245</sup>.

Diversi appaiono gli ambiti del diritto contrattuale interessati dal suddetto percorso di ridefinizione, in primo luogo il macrosettore della c.d. “giustizia contrattuale”, all’interno del quale il deciso imporsi - parallelamente al consumatore - del “contraente debole”<sup>246</sup> quale categoria generale, ha determinato una profonda riflessione sulla forza incisiva dello *iuris dicere* e sul correlativo arretramento degli spazi di esercizio dell’autonomia privata<sup>247</sup>.

Nel contesto di una sintesi come quella consentita in questa sede, viene in considerazione il grande rilievo di cui godono, nelle fonti europee, la buona fede e l’equità<sup>248</sup>, che - assunte quali parametri di valutazione dell’equilibrio contrattuale, sempre a favore del contraente debole - finiscono per esplicitare una vera e propria funzione correttiva dello *strictum ius*, strumentale al riequilibrio<sup>249</sup>.

Ecco che, in tale contesto, il controllo di giustizia, che il giudice è chiamato a compiere, si propone come necessario al fine di ristabilire, in un’ottica di ragionevolezza, l’equilibrio del regolamento negoziale.

Come è già stato evidenziato<sup>250</sup>, non si tratta certo di una prospettiva esente da pericoli: non è escluso che un potente strumento, quale la buona fede - con cui sindacare l’equilibrio e la congruità causale dell’assetto di interessi configurato dalle parti, nonostante la posizione di asimmetria delle stesse - possa produrre effetti inaccettabili rispetto allo stesso sistema delle fonti.

Altro settore, immediatamente contiguo al precedente, a sua volta sostanzialmente travolto da una necessaria riflessione dovuta all’esplicazione della forza dirompente del consumatore, ed ancora, soprattutto dall’affermazione dello stesso come contraente debole, è quello dell’invalidità del contratto: invero, ivi si assiste ad un netto allontanamento da quella nullità codicistica così radicale ed irrimediabile, per passare ad una nullità, c.d. “di protezione”<sup>251</sup>, finalizzata a porre rimedio alla posizione squilibrata

---

<sup>245</sup> Sul punto, F. Macario, *op. ult. cit.*, p. 877

<sup>246</sup> Su cui v., di recente, la riflessione generale di D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, 2014, p. 962 ss., ed in particolare, sulla debolezza all’interno del mercato, p. 975 ss.

<sup>247</sup> In proposito v. ancora C. Camardi, *op. ult. cit.*, p. 834

<sup>248</sup> Cfr. F. Galgano, *Sull’aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr.e impr.*, 1993, n. 1, p. 419 ss., e, più in generale, F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

<sup>249</sup> Come da analisi di F. D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, n. 1, p. 548 ss.

<sup>250</sup> V. *supra*, cap. I, sez. II, par. 3.

<sup>251</sup> Cfr. G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

delle parti e a sanzionare la violazione delle regole di protezione dettate in favore della parte considerata come “debole” e conseguentemente in tal modo tutelata<sup>252</sup>.

*In primis*, tale nullità si atteggia come diretta a reagire contro l'introduzione di clausole vessatorie, colpendo con l'inefficacia quella parte del regolamento contrattuale o anche solo quella clausola che risulti *contra legem*: in tale profilo si nota l'ulteriore divaricazione rispetto alla disciplina codicistica della nullità parziale<sup>253</sup>.

Si tratta, peraltro, di una nullità con tendenza espansiva, invocabile in una pluralità di situazioni, ma governata tuttavia da regole eterogenee, tale che, da parte dei più, si è invocata la categoria delle nullità al plurale<sup>254</sup>. Come è stato osservato<sup>255</sup>, a fronte di una molteplicità di fonti in cui compare il rimedio della nullità - caratterizzato per una gran diversità di presupposti ed esiti - l'unico elemento che accomuna “le nullità” di protezione è proprio la distanza dal tradizionale terreno dell'invalidità necessaria e definitiva.

Altro profilo su cui la disciplina del consumatore ha significativamente inciso è quello della vincolatività del contratto. Viene al riguardo in considerazione la disciplina del diritto di recesso del consumatore<sup>256</sup>, che nella sistematica del cod. cons., costituisce uno degli strumenti di protezione più significativi a disposizione del contraente debole.

La peculiarità di tale istituto sta nel fatto che la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale è conferita al consumatore in funzione di un “diritto al ripensamento”, quale bilanciamento di un'azione commerciale aggressiva.

Gli elementi di lontananza rispetto all'art. 1372 c.c., che testualmente attribuisce “forza di legge” al contratto, sono notevoli<sup>257</sup>: il recesso del consumatore determina una decisa attenuazione della vincolatività dell'accordo.

La ragione giustificatrice sottesa è da ricondurre, ancora una volta, all'asimmetria di potere contrattuale e al correlativo intento di riequilibrare le posizioni delle parti,

---

<sup>252</sup> Cfr. la riflessione generale di A. La Spina, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

<sup>253</sup> Cfr. G. D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. Pagliantini, (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1 ss.

<sup>254</sup> V., *ex multis*, V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano 2007, p. 487.

<sup>255</sup> V. la recente analisi di R. Alessi, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. Priv.*, 2014, n. 4, p. 1141 ss.

<sup>256</sup> In proposito, v. G. Petti, *Il recesso del consumatore nel progetto di un diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2013, n. 7, p. 731 ss., e, ancor più di recente, S. Pagliantini, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. 2, p. 275 ss., in cui l'autore esprime le proprie valutazioni, anche critiche, sul recesso di pentimento, così come risultante a seguito del d.lgs. n. 21 del 2014, attuativo della Dir. 2011/83/UE, ed osserva che l'ulteriore intervento in materia, operato al di fuori di ogni prospettiva sistematica, ha apportato modifiche di favore, ma anche *in peius* per il consumatore stesso.

<sup>257</sup> Cfr. F. P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, n. 4, p. 1007 ss.

attribuendo al consumatore un c.d. *cooling-off period*, così da poter meglio valutare l'effettiva convenienza dell'affare concluso.

Ulteriore significativa caratteristica dello *ius poenitendi* spettante al consumatore è poi, oltre alla gratuità, la piena discrezionalità. In effetti l'esercizio di tale diritto non è subordinato ad alcun presupposto: al consumatore non è richiesto di esplicitare il motivo per cui decide di svincolarsi dal contratto.

Infine, un altro settore del diritto contrattuale - che in realtà in ottica temporale si colloca già a monte degli altri - e su cui la disciplina consumeristica esercita la sua forza dirompente, inducendo a un ripensamento delle categorie tradizionali, è quello degli obblighi di informazione<sup>258</sup>.

Quando si pensa agli obblighi di informazione, è immediato il collegamento con il codice del consumo, in cui l'informazione al consumatore costituisce una vera e propria linea direttrice che guida tutto lo svolgimento del rapporto di consumo: dalla fase antecedente alla stipulazione del contratto fino a quello della sua esecuzione.

Non a caso, le modifiche apportate nel 2007 al cod. cons. hanno portato ad introdurre, nelle disposizioni generali, un titolo interamente dedicato all'informazione del consumatore: l'obiettivo è fornire a quello che è considerato, ancora, un soggetto debole, dotato di minori informazioni, e perciò "naturalmente" destinato ad una posizione di inferiorità contrattuale, strumenti indispensabili per attivare i necessari meccanismi di valutazione, sì da operare una scelta consapevole.

L'obbligo di *disclosure* diventa dunque centrale all'interno della vicenda contrattuale<sup>259</sup>.

Il problema di fondo consiste proprio nella presenza di un contraente, dotato di maggiore forza economico-contrattuale (il professionista), in grado di imporre all'altro (il consumatore) un testo contrattuale predefinito.

Ne deriva un monopolio delle informazioni relative all'operazione realizzata, da parte del predisponente, e una correlata riduzione della capacità di esprimere un consapevole consenso negoziale da parte dell'aderente: quest'ultimo, spinto dalle

---

<sup>258</sup> Sul tema v. R. Senigaglia, *Informazione contrattuale nella net economy*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 229 ss., e più di recente l'analisi, sebbene limitata ai contenuti della Dir. 2011/83/UE, di R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, n.2, p. 311 ss.

<sup>259</sup> Cfr. *ex multis*, T. Febbrajo, *La fase preliminare al rapporto di consumo: informazione, educazione e pubblicità*, in G. Villanacci, *Manuale di diritto del consumo*, Napoli, 2007, p. 69 ss.

sollecitazioni della controparte, finisce spesso per aderire alla proposta senza la piena consapevolezza delle conseguenze che la propria accettazione comporta.

La parte debole del rapporto, per difendersi dallo strapotere contrattuale del professionista, necessita di essere destinataria di un'informazione che sia in primo luogo trasparente.

Non a caso, il termine trasparenza è di recente emerso prepotentemente nei testi normativi ed è penetrato nel linguaggio giurisprudenziale<sup>260</sup>.

Come è stato poi osservato<sup>261</sup> in proposito, la trasparenza non configura un "valore-fine" bensì un "valore-mezzo", essendo diretta a realizzare scopi ulteriori: la chiarezza delle informazioni serve cioè a rendere edotto il consumatore, in modo che questi compia scelte maggiormente consapevoli.

La "trasparenza" delle informazioni sta innanzitutto a significare un dovere di chiarezza, nel senso che il contraente è tenuto ad evitare un linguaggio suscettibile di non essere pienamente compreso dalla controparte.

Inoltre, nel concetto di "trasparenza" è insito anche un dovere di informazione reciproca tra i contraenti sulle circostanze di rilievo che possano incidere sulla conclusione dell'affare.

Ancora una volta, viene in evidenza una profonda lontananza rispetto alla disciplina dei contratti di diritto comune<sup>262</sup>, dove sussiste solo un dovere di informazione generico, ricavabile dall'art. 1175 c.c., non caratterizzato da un contenuto minimo obbligatorio, e dove, al contrario, la circolazione dei beni e delle ricchezze è governata da regole di competizione e di concorrenza, alle quali corrisponde, parallelamente, la libertà di raggiungere e di mantenere posizioni di vantaggio, anche sul piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico.

Nei contratti con i consumatori si profila invece l'esigenza di tenere in considerazione che ben si può assistere ad una differenziazione delle qualità e condizioni

---

<sup>260</sup> Cfr. G. Alpa, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 2, p. 465 ss.

<sup>261</sup> Sul punto, v. E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 660 ss.

<sup>262</sup> In realtà, anche nella disciplina del c.c. emergono anche talune situazioni che danno luogo a specifici doveri di informazione. Così, ad es. gli obblighi informativi nel contratto di assicurazione (artt. 1892 e 1893 c.c.), nella vendita (artt. 1482, 1489 e 1490 c.c.) e, nella fase precontrattuale, l'obbligo di informare la controparte sulle cause di invalidità dell'atto (art. 1338 c.c.). Tuttavia, al delle poche ipotesi codificate "solo la diligenza, la correttezza, la lealtà e lo stato di scienza del settore possono misurare la forza dell'obbligo di parlare." È quanto affermato da R. Senigaglia, *op. cit.*, p. 233

dei soggetti coinvolti nella vicenda negoziale<sup>263</sup>; pertanto, in tali ipotesi, è senz'altro opportuno valutare la posizione assunta da ciascuna parte in relazione, in primo luogo, alle diverse possibilità di accesso alla conoscenza di informazioni rilevanti.

Nel conflitto fra interesse allo sfruttamento del vantaggio informativo ad esclusivo beneficio del soggetto “forte” che lo detiene, ed istanze di tutela manifestate dalla controparte “debole” a livello anche informativo, ben si può giustificare l'apposizione di un limite al potere di sfruttamento del vantaggio informativo e, dunque, l'obbligo di mettere l'altro contraente a conoscenza delle circostanze necessarie. Il tutto nell'ottica di ristabilire condizioni di equilibrio tra le parti.

Peraltro, la trasparenza e l'informazione nei contratti con il consumatore vengono ad assumere funzioni ancora divergenti rispetto alla *ratio* ispiratrice della corrispondente normativa codicistica, poiché, come è noto, assumono rilievo non solo da un punto di vista formale - imponendo chiarezza e comprensibilità del testo, nonché, spesso, la forma scritta - ma anche sostanziale, implicando l'obbligo di fornire un certo contenuto minimo di informazioni<sup>264</sup>.

In verità, a ben vedere, vincoli di forma e vincoli di trasparenza/completezza delle informazioni rappresentano le due facce di una stessa medaglia: i primi sono funzionali ai secondi, che a loro volta presuppongono i primi<sup>265</sup>.

Inoltre, da un diverso punto di vista, bisogna considerare che gli stessi consumatori, proprio tramite un consenso consapevole, cioè informato, sono in grado di massimizzare le loro scelte sul mercato; in tale prospettiva, una maggiore protezione del consumatore risulta strettamente funzionale ad un obiettivo economico preciso.

Così ragionando, le asimmetrie informative fra i soggetti che operano nel mercato - laddove una parte non è in condizione di rimuoverle o è in grado di farlo ma solo a costi proibitivi - altro non sono che una dimostrazione del fallimento del mercato stesso.

Le tutele a favore della parte gravata dal disequilibrio sono dunque finalizzate a riequilibrare le reciproche posizioni informative, e a correggere il relativo fallimento, definito “strutturale” del mercato<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> È quanto evidenziato da G. Chinè, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. 26 (*Il diritto privato dell'Unione Europea*), a cura di A. Tizzano, Torino, 2000, p. 617.

<sup>264</sup> In proposito, cfr., in ottica più ampia, l'analisi di A. Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555 ss.

<sup>265</sup> Sul punto v. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. Mazzamuto (a cura di) *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 642.

<sup>266</sup> Per un'analisi economica del ruolo dell'informazione nel diritto europeo dei contratti, cfr. S. Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001,

Ciò conferma che il duplice ruolo assunto dal nuovo diritto contrattuale del consumatore (e non solo, in realtà<sup>267</sup>) quale strumento di tutela di una parte ma anche di regolazione del mercato.

A conclusione di questa breve rassegna - in cui si è cercato di prendere in considerazione gli aspetti del diritto dei contratti maggiormente incisi dall'avvento della disciplina consumeristica - come anticipato, non si può che constatare, come, sulla spinta degli impulsi europei, si sia ormai delineata una legislazione in materia contrattuale che si affianca ma al contempo si discosta completamente, per *ratio* e disciplina, da quella originaria del codice civile del 1942. Il che offre lo spunto per operare significative riflessioni circa la "tenuta" delle categorie dogmatiche tradizionali, nonché circa i reciproci ambiti applicativi della disciplina codicistica da un lato, e della disciplina consumeristica dall'altro, con i correlativi problemi definitori.

## 5. Il consumatore: l'approdo alla definizione normativa

L'affermazione del diritto privato di origine europea, e, con essa, la diffusione della categoria soggettiva del consumatore, ha dunque determinato vere e proprie modifiche "strutturali" dei connotati tipici della materia contrattuale, che hanno riguardato i contenuti, la forma e le stesse parti contraenti.

La prima, grande trasformazione che la materia ha subito si coglie proprio nell'emanazione di normative, sempre più dettagliate, che, oltre a distinguersi per l'oggetto della tutela, si caratterizzano spesso per la rilevanza assunta dallo *status* giuridico delle parti che pongono in essere la singola operazione giuridico-economica.

Infatti, come si è detto, il consumatore è assunto a vera e propria categoria giuridica, che ha inaugurato un nuovo settore del diritto privato, soprattutto contrattuale<sup>268</sup>.

Tuttavia, si è trattato di un'evoluzione, per quanto rapida, molto recente.

Fino a una trentina di anni fa la peculiare posizione giuridica soggettiva oggi riconosciuta al consumatore non apparteneva al patrimonio giuridico continentale.

---

p. 257 ss. e N. Lipari, *Diritto e mercato della concorrenza*, in N. Lipari e I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, p. 31 ss.

<sup>267</sup> Per un'analisi in chiave di analisi economica dei contratti di impresa cfr. P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 4, p. 415 ss., il quale afferma che "Il contratto perciò è visto in relazione non soltanto alla natura dell'accordo voluto dalle parti, quanto del tipo di attività economica nell'esercizio della quale il contratto stesso è stipulato".

<sup>268</sup> In proposito, cfr. P. M. Putti, *Il diritto dei consumi tra memoria storica e nuove prospettive*, in G. Villanacci, *op. cit.*, p. 11 ss.

In verità, a livello europeo la nozione giuridica di consumatore è rintracciabile in numerose fonti normative, alcune anche piuttosto risalenti nel tempo.<sup>269</sup>

Soprattutto dalla metà degli anni '70 la vera e propria "esplosione" della normazione a tutela dei consumatori ha prodotto numerose definizioni, tutte comunque convergenti nell'individuare il soggetto destinatario delle tutele in relazione all'attività svolta.

Fin da subito, quello di consumatore sembra quindi configurarsi come *status* non necessario, ma accidentale, ben potendo lo stesso soggetto agire in alcuni casi nell'esercizio di un'attività professionale, in altri in quanto parte "debole" contrapposta al professionista.

Per quanto riguarda precipuamente l'ordinamento italiano, nel 1988, con il D.P.R. n. 224 in materia di prodotti difettosi, fa una prima timida apparizione una figura antesignana rispetto al consumatore, ossia quella di "danneggiato" dall'utilizzo di un prodotto che è normalmente destinato ad un uso di massa.

Ma è con il d.lgs. n. 50 del 1992, attuativo della Dir. 85/577/CE, relativa ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, che viene introdotta la figura del consumatore, definito come "la persona fisica che agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale".

Infine, solo nel 1996 la categoria soggettiva del consumatore fa il suo ingresso nel codice civile italiano: in attuazione della Dir. 93/13/CEE (in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), la l. n. 52 del 1996 ha introdotto il Capo XIV *bis* (artt. 1469 *bis* - 1469 *sexies*) del Libro IV, Titolo II, intitolato "Dei contratti del consumatore", oggi trasfuso nel d.lgs. 6 settembre 2005, n.206, c.d. codice del consumo. Ai sensi dell'art. 1469 *bis* c.c. è consumatore "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".

Infine, l'art. 3 cod. cons. così come modificato dal d.lgs. n. 221 del 2007, definisce il consumatore, come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta", inserendo quindi accanto all'attività imprenditoriale e professionale anche quella commerciale ed artigianale.

---

<sup>269</sup> Fra cui varie fonti del diritto internazionale privato, *in primis* la Convenzione di Bruxelles del 1968, in materia di contratti, in cui, all'art. 13 si definisce consumatore come il soggetto che agisce "per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale", definizione poi ripresa dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.



L'art. 1469 bis c.c. prima, e l'art 3 cod. cons. poi, hanno ricoperto un ruolo fondamentale, poiché, come è stato osservato<sup>270</sup>, hanno fornito una definizione della figura del consumatore in un'ottica squisitamente giuridica. Al contrario, in precedenza, pur trovando l'espressione "tutela del consumatore" una certa diffusione nel lessico giuridico italiano, i relativi richiami<sup>271</sup> erano sporadici nonché privi di effetto nell'ordinamento italiano.

Lo *status* di consumatore, dunque, prima del 1996 non trovava ancora adeguato riscontro nei dati normativi<sup>272</sup>, rivestendo, piuttosto, connotati socio-economici, ed essendo oggetto di approfondimento essenzialmente quale componente del mercato, della quale tener conto al fine di stabilire l'andamento dello stesso.

### 5.1. I tentativi di estensione della categoria

Una volta normativamente data la definizione di "consumatore", sono sorti gli interrogativi circa la possibile estensione della categoria. Ci si chiede, in sostanza, chi possa essere considerato tale, e dunque destinatario della relativa disciplina<sup>273</sup>.

Tornando alla nozione di consumatore o utente contenuta nell'art. 3 cod. cons., si evince chiaramente come essa sia caratterizzata da un duplice connotato.

In effetti, tale definizione presenta, da un lato, un carattere "limitativo", laddove - almeno in base alla portata testuale della norma - solo la persona fisica può rivestire il ruolo di consumatore, e dall'altro lato anche un carattere "negativo", nel senso che lo *status* giuridico in esame spetta esclusivamente a chi agisca per far fronte a fabbisogni propri o della propria famiglia, estranei alla attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, pur eventualmente svolta.

Entrambi gli aspetti sono stati oggetto di approfondite riflessioni.

Sotto il primo profilo, si osserva come rimangano escluse dall'ambito applicativo della disciplina in esame le persone giuridiche, siano esse pubbliche o private, nonché gli enti *no profit*, con o senza personalità giuridica, per il solo fatto che non sono "persone fisiche".

---

<sup>270</sup> Cfr. F. Macario, *op. ult. cit.*, p. 872 ss.

<sup>271</sup> Si pensi, ad es., agli artt. 1 e 2 del d.lgs. 1946, n. 363, ed agli artt. 5 ed 8 del d.lgs. C.p.S. del n.286 del 1947, relativo ai prezzi amministrati, o, ancora, all'art. 11 della l. n. 426 del 1971, concernente i piani di sviluppo ed adeguamento della rete distributiva.

<sup>272</sup> U. Ruffolo, *Clasole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis e seguenti del codice civile e i contratti col consumatore*, Milano, 1997.

<sup>273</sup> Sul punto, v. ancora F. Macario, *op. ult. cit.*, sopr. p. 875 ss.

Da tale limitazione è derivato un intenso dibattito<sup>274</sup>, in cui le questioni di natura ermeneutica affrontate sono ben note: ci si chiede in primo luogo se sia possibile qualificare come consumatori anche enti, ossia soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche, in virtù di un'estensione analogica della relativa disciplina, data la posizione di debolezza e squilibrio negoziale nella quale gli stessi enti possano venire a trovarsi nell'ambito della singola contrattazione.

A monte ci si potrebbe intanto chiedere perché il legislatore abbia ritenuto di escludere queste categorie dallo *status* giuridico di consumatore.

La risposta a tale quesito sarebbe da individuare in una duplice circostanza: tali soggetti sarebbero dotati di una maggior forza contrattuale e il perseguimento, da parte loro, dello scopo sociale previsto dallo statuto, determinerebbe di per sé l'incompatibilità con il suddetto requisito "negativo" di cui alla definizione stessa di consumatore.

Non sono comunque mancate posizioni discordanti rispetto a tale impostazione; ed anzi, nell'ambito del dibattito diretto a meglio delineare i confini della figura del consumatore, si è sviluppata piuttosto una tendenza espansiva, diretta all'ampliamento della nozione, nell'intento di garantire tutela a un novero più consistente di soggetti.

Sul versante delle opinioni critiche nei confronti della soluzione restrittiva, si osserva che l'aver unificato sotto una medesima categoria soggetti caratterizzati solo dall'essere persone fisiche che concludono contratti per "scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale", è il frutto di una semplificazione eccessiva; tale scelta legislativa, peraltro, sottintenderebbe una chiara presunzione di squilibrio, di debolezza, a carico del consumatore, che lo eleva al rango di una vera e propria "vittima"<sup>275</sup>.

Ancora, è stato evidenziato come la previsione di cui all'attuale art. 33 cod. cons. risulti riduttiva, poiché le persone giuridiche non necessariamente agiscono mosse da esigenze professionali, imprenditoriali, commerciali o artigianali, bensì possono esse stesse agire per fini estranei alla propria attività abituale, ed essere quindi esposte agli abusi contrattuali conseguenti<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Il dibattito è efficacemente ripercorso da E. Graziuso, in *Lo status giuridico di consumatore: caratteristiche e singole accezioni*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2011.

<sup>275</sup> In tal senso M. Sannia, *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in E. Cesàro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1998, p. 101 ss.

<sup>276</sup> Favorevole all'estensione analogica della tutela consumeristica agli enti e alle persone giuridiche, sulla base di una ricostruzione della disciplina in termini di tutela di una parte contrattualmente debole del rapporto, L. Gatt, *Sub art. 1469-bis, comma 2°*, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il*

Sulla stessa linea, è stato ulteriormente osservato come la mancata considerazione della situazioni di disparità contrattuale - che ben possono affliggere anche i rapporti endocommerciali - determini a sua volta fenomeni distorsivi del corretto gioco della concorrenza, che la disciplina consumeristica di origine comunitaria mira in primo luogo ad evitare<sup>277</sup>.

D'altronde, anche nella giurisprudenza<sup>278</sup>, soprattutto di merito, si registrano soluzioni che propongono applicazioni estensive del disposto normativo, idonee a includere nella nozione di consumatore anche gli enti.

Viene così in considerazione la contigua questione interpretativa della c.d. utilizzazione promiscua, laddove i beni/servizi che il soggetto acquista/si procura siano compatibili con scopi sia personali sia commerciali, e pertanto destinati a scopi in parte domestici ed in parte professionali.

In questo settore si colloca la teoria che distingue fra “atti della professione” e “atti relativi alla professione<sup>279</sup>”: la qualificazione fra l'una e l'altra categoria dipende dall'utilizzazione del contratto; si tratta cioè di valutare se il contratto concluso sia destinato o meno a ad essere utilizzato dal soggetto nel contesto dell'attività professionale svolta.

Negli atti del primo tipo il soggetto esplica la propria attività professionale e realizza interessi relativi alla stessa: essi non sono quindi classificabili quali contratti del consumatore e deve escludersi l'applicazione delle relative tutele.

---

*professionista*, in C. M. Bianca, F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p.153 ss.

<sup>277</sup> Cfr. A. Barengi, *Commento all'art. 1469- bis*, in A. Barengi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 5 ss.

<sup>278</sup> In proposito v. la puntuale rassegna giurisprudenziale effettuata F. Macario, *op. ult. cit.*, p. 875, in cui l'autore ricorda come, soprattutto nei primi anni successivi all'entrata in vigore della disciplina di cui originariamente agli artt. 1469 *bis* e ss., fossero numerose e significative le pronunce di merito che proponevano l'estensione della nozione di consumatore in via interpretativa.

Al riguardo, afferma l'autore, “è stato considerato consumatore il condominio che, attraverso l'amministratore, stipula con una società di servizi un contratto di manutenzione del servizio di ascensori, così come il soggetto che conclude un contratto in vista dello svolgimento di una futura attività professionale e ancora il titolare di un'impresa di autotrasporti che aveva stipulato un contratto per l'iscrizione della figlia a un corso di programmazione.

Per i tre orientamenti giurisprudenziali estensivi indicati dall'autore, v. fra le altre, rispettivamente, Trib. Bologna, 3.10.2000, in *Corr. giur.*, 2001, n. 4, p. 525 ss., con nota di R. Conti, *Lo “status” di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, (pronuncia impugnata con regolamento di competenza, deciso dalla Cassazione con ordinanza adesiva sul punto, del 24.07.2001, n. 10086, in *Corr. giur.*, 2001, n. 11, p. 1436 ss., con nota dello stesso R. Conti, *La Cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore?*; Trib. Terni, 13.7.1999, in *Danno e resp.*, 2000, n. 8-9, p. 862 ss., con nota di A. Palmieri, *La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato*.

<sup>279</sup> Sulla distinzione, E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 4, p. 1149 ss., e O. Trombetti, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, n. 4, p. 271 ss.

Negli atti della seconda categoria, il soggetto agisce invece nel contesto, in collegamento o in via strumentale, dell'esercizio della professione; tuttavia, l'oggetto dell'attività stessa, nonostante il suo carattere in qualche modo connesso alla professione, non è espressione della stessa, così che tali atti vengono considerati alla pari di contratti del consumatore, e ad essi viene applicata la relativa disciplina<sup>280</sup>.

In tale prospettiva, possono rientrare nella categoria del consumatore e beneficiare delle tutele conseguenti anche quei soggetti che operano non nell'esercizio, ma comunque nell'ambito di un'attività professionale.

Come è stato quindi osservato, gli scopi "non professionali" del soggetto non si identificano necessariamente con finalità domestiche o familiari del contraente; piuttosto si parla, in proposito, di "esigenze di consumo in senso lato", che ben possono essere soddisfatte anche con acquisti strumentali o connessi alla professione<sup>281</sup>.

Non che siano mancate opinioni in senso restrittivo. In tale diversa prospettiva, affinché si possa ritenere che il soggetto agisce in qualità di consumatore, è necessario che lo scopo perseguito sia del tutto estraneo, dovendosi negare la qualifica laddove ricorra un pur lieve collegamento con l'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta<sup>282</sup>.

Da un altro punto di vista, la via percorsa per tentare di pervenire alla soluzione estensiva è stata quella dell'irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Sono infatti stati sollevati dubbi sulla legittimità costituzionale della norma definitoria, sostenendo che essa dà luogo a una disparità di trattamento tra persone fisiche e soggetti, comunque deboli, esclusi dalla tutela, in contrasto con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione<sup>283</sup>. Le questioni di costituzionalità sollevate non hanno tuttavia mai avuto esito positivo.

---

<sup>280</sup> In proposito E. Gabrielli, *op. cit.*, fa l'esempio dell'acquisto di un *computer* da parte di un mediatore o di un avvocato

<sup>281</sup> Così L. Gatt., *op. cit.*, p. 151

<sup>282</sup> G. Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 401 ss. In giurisprudenza, per l'impostazione restrittiva cfr. Trib. Firenze, 4.04.2001, segnalata in *Gius*, 2001, p. 2137.

<sup>283</sup> Si fa riferimento all'ord. G.d.P. dell'Aquila, 3.11.1997, in *Giust. civ.*, 1998, n. 1, p. 2341 ss., con nota di L. Gatt, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, che rimise innanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art.1469 *bis* c.c., in riferimento agli artt. 3, 35 e 41 Cost., nella parte in cui non estende la sua applicazione alle persone giuridiche e ai soggetti agenti per scopi imprenditoriali ma versanti in eguale situazione di debolezza contrattuale. La Corte Costituzionale, ord. 30.06.1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, n. 1, c. 3118 ss., con nota di A. Palmieri, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, ha rigettato la questione senza tuttavia entrarvi nel merito.

Analogamente, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>284</sup> ha tendenzialmente optato per un'interpretazione prettamente letterale della norma definitoria, circoscrivendo lo *status* giuridico di consumatore alle sole persone fisiche.

## 6. Evoluzioni successive del consumatore: dall'approccio paternalistico al frazionamento della categoria

Come sopra ripercorso, la definizione di consumatore oggi contenuta nell'art. 3 cod. cons. non ha accontentato gli interpreti, i quali hanno cercato, talvolta anche forzando il dato letterale, di espanderne i confini.

Il tentativo di estensione della categoria<sup>285</sup> - che ha riguardato le persone giuridiche e i soggetti che agiscono nell'ambito della propria attività professionale - ha, in una certa misura, determinato un ripensamento della stessa categoria di consumatore.

Da parte di taluni<sup>286</sup> si è infatti ipotizzato che i contratti del consumatore stiano perdendo la propria centralità, per essere rimpiazzati da una diversa e più generica

---

Successivamente la questione di legittimità dell'art. 1469 - bis c.c., laddove non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, è stata nuovamente sollevata dal G.d.P. di Sanremo, con ord. del 5.07.2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 649 ss. La Corte Cost., con ord. 22.11.2002, n. 469, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0469s-02.html>, ha ritenuto infondata la questione.

In entrambi i casi, la risposta della Corte costituzionale è stata negativa in quanto mal posta dai giudici rimettenti, i quali hanno formulato il quesito incentrandolo non sull'equiparazione tra consumatore persona fisica, ma sulla discriminazione che la norma determinerebbe a carico dei professionisti deboli.

Una terza questione, analoga, di costituzionalità, è stata sollevata da Trib. Napoli, ord. 22.7.2002, in *Foro it.*, 2003, n. 1, c. 336 ss., con nota di A. Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*. Con essa la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 1469 bis, 2° co., c.c. all'art. 3 Cost. “nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza cumulativa infortuni stipulata dal datore di lavoro.”

La risposta della Corte Costituzionale è giunta con l'ord. 16.07.2004, n. 235, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0235o-04.html>. La Corte ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile ma nella motivazione aprirebbe un varco verso una possibile estensione della nozione di consumatore, laddove sembra censurare il giudice rimettente per non aver colto l'occasione di offrire “un'interpretazione della norma conforme a Costituzione”.

<sup>284</sup> Cfr. Corte di Giustizia 2.11.2001, cause riunite C541/99 e C542/99, in *Foro it.*, 2001, n. 4, p. 501 ss., con nota di A. Palmieri, e in *Corr. giur.*, n. 4, 2002, p. 445 ss., con nota di R. Conti, *La Corte Ce a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della direttiva 93/13/Cee in tema di clausole abusive*; in *Resp. civ. previd.*, 2002, n. 1, p. 54 ss., con nota di P. Sanna, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esgesi ed ermenentica*.

<sup>285</sup> Per riflessioni di più ampio respiro al riguardo, cfr. C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. 1, p. 536 ss.

<sup>286</sup> Esemplare, sul punto, la riflessione di V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2009, p. 267 ss.

categoria, definita dei “contratti asimmetrici”, stante l’asserito spostamento della politica di tutela dal consumatore alla più ampia categoria del “cliente”<sup>287</sup>.

Ora, al di là delle impostazioni dottrinali di segno espansivo, condivisibili o meno, è però senz’altro vero che negli ultimi decenni le normative di matrice protezionistica hanno assunto dimensioni sempre più consistenti, invadendo rilevanti settori del diritto privato, e riguardando anche soggetti diversi dal consumatore<sup>288</sup>.

È evidente che nel rafforzamento e nell’espansione delle tutele in favore di un soggetto ritenuto strutturalmente ed irrimediabilmente debole, si avverte un chiaro atteggiamento di stampo paternalistico.

D’altronde, la stessa *Law & Economics*<sup>289</sup>, metodologia di analisi del fenomeno giuridico che fa propri gli studi della psicologia cognitiva, insegna che gli individui soffrono di una razionalità limitata (*bounded rationality*) e incorrono in limiti cognitivi: si determinano così deviazioni sistematiche dal comportamento razionale, caratteristico dell’*homo oeconomicus*, e, conseguentemente, da scelte in grado di massimizzare la ricchezza.

L’intervento paternalistico sembra così trovare il suo fondamento logico. Ciononostante, tale approccio non è andato esente da critiche.

Una prima posizione<sup>290</sup>, più moderata - dopo aver accuratamente messo in luce il conflitto sotteso, fra intervento a tutela di categorie di soggetti ritenuti non in grado di curare efficacemente i propri interessi, e libertà individuale, soprattutto declinata, in questa sede, *sub specie* di autonomia privata - esclude, in realtà che gli interventi a tutela del consumatore possano reputarsi espressione di paternalismo.

O meglio, se di paternalismo si tratta, esso si atteggiava come “libertario”<sup>291</sup>, perché volto a proteggere il destinatario delle tutele dalle conseguenze spiacevoli di scelte

---

<sup>287</sup> Cfr. V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

<sup>288</sup> Lo stesso V. Roppo, *op. ult. cit.*, sopr. p. 269-270 pone in luce non solo l’allargamento della categoria soggettiva destinataria della tutela, ma anche lo sviluppo di politiche di protezione rivolte alle imprese deboli di fronte alle imprese con superiore forza di mercato.

Per una disamina generale della tematica del c.d. terzo contratto, cfr. G. Gitti, G. Villa (a cura di) *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

<sup>289</sup> Su cui cfr. R. Korobkin, T. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, p. 1051 ss.

<sup>290</sup> R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 6, p. 771 ss.

<sup>291</sup> Cfr. R. Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons., dir., mercato*, Argomenti, n. 2, 2012, p. 73 ss.

avventate in quanto poco informate, e a produrre decisioni sempre più ponderate e consapevoli, senza intaccare eccessivamente la libertà contrattuale delle parti<sup>292</sup>.

Più critiche altre opinioni, che ritengono a pieno titolo paternalistica la strategia del legislatore a tutela del consumatore, poiché la stessa “boccia, preliminarmente, la capacità di autoregolamento del consumatore” stesso<sup>293</sup>.

Ancora, altre argomentazioni<sup>294</sup>, più articolate, osservano come sia inutile considerare il consumatore soggetto debole, in una generica ottica paternalistica, e come piuttosto rendere la condotta del consumatore virtuosa sia funzionale ad un efficiente funzionamento delle stesse dinamiche di mercato. In tale prospettiva, gli istituti a tutela del consumatore acquistano una matrice concorrenziale, e la stessa concorrenza del mercato diventa il bene giuridico tutelato.

D'altronde, non mancano neppure impostazioni radicali<sup>295</sup> che denunciano l'insensatezza dell'aver elevato il consumatore a *status* giuridico autonomo, proponendo una destrutturazione della stessa categoria.

Sotto un altro versante, e senza voler indagare le complesse dinamiche che attengono al c.d. “terzo contratto”, non si può non osservare come alla categoria originaria del consumatore si siano poi ulteriormente affiancate, e talvolta sovrapposte, altre nozioni, individuanti autonome categorie soggettive, a loro volta destinatarie di normative protezionistiche, di cui la singola qualifica soggettiva che viene in rilievo costituisce il presupposto applicativo<sup>296</sup>.

In effetti, lo sviluppo delle nuove tecnologie caratteristiche della società dell'informazione pone all'attenzione l'opportunità di tutelare soggetti che agiscono non, o meglio non necessariamente, in qualità di consumatori.

Caratteristica dell'epoca contemporanea è proprio la compresenza di ordinamenti settoriali plurimi, in cui anche la tutela degli interessi rilevanti diventa un sistema articolato e composito.

---

<sup>292</sup> Salvo forse la previsione del diritto di recesso, che viene riconosciuta di stampo più marcatamente paternalistico in senso antilibertario. Così R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, cit., p. 780.

<sup>293</sup> Così R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, I, p. 488.

<sup>294</sup> Al riguardo, cfr. la puntuale analisi critica di C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, p. 305 ss.

<sup>295</sup> Così F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, n. 6, p. 1057 ss. Per una ricognizione in chiave critica delle varie teorie relative al consumatore-soggetto debole, cfr. D. Poletti, *op. cit.*, p. 975 ss.

<sup>296</sup> A registrare, anche in chiave critica, la moltiplicazione delle categorie soggettive è M. Rabitti, *La qualità di “consumatore-cliente” nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e Impr.*, 2014, n. 1, p. 201 ss., in cui l'Autrice si occupa principalmente della qualifica di “cliente” nel contesto bancario.

Così, ad esempio, in talune normative si fa riferimento al “risparmiatore”<sup>297</sup>, all’investitore, o, come avviene in ambito bancario, al “cliente”, cioè l’utente di servizi bancari e finanziari.

Fra le categorie soggettive che hanno di recente affiancato il consumatore, attingendo così dalla relativa tutela, non si possono poi non citare le c.d. “microimprese”<sup>298</sup>, divenute destinatarie della disciplina in materia di pubblicità ingannevole o comparativa e di pratiche commerciali scorrette grazie alla l. n. 27/2012<sup>299</sup>. Il legislatore comunitario ha così esplicitato la sua consapevolezza che determinate condotte ben possono arrecare danno alle “imprese clienti”<sup>300</sup>.

Diventa così evidente il progressivo sgretolamento non solo della categoria giuridica del contraente, ma anche della figura del consumatore, sulla prima prepotentemente innestatasi, con i relativi problemi sistematici che ne derivano<sup>301</sup>.

In effetti, la forzatura della categoria è tale che si è parlato in proposito di “consumerizzazione”<sup>302</sup> del diritto dei contratti; un settore, quest’ultimo, prima contaminato dalla disciplina dei contratti commerciali - dovuta essenzialmente all’abrogazione del codice di commercio - ed oggi pervaso, fin nelle sue categorie più

---

<sup>297</sup> Sulla nozione di “risparmiatore” cfr. G. Alpa, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, n. 2, p. 372 ss., in cui l’autore sostiene il superamento concettuale della distinzione fra risparmiatore e consumatore. In senso inverso, si segnala l’Ord. del 25.01.2005, emessa dall’Ufficio G.i.p. del Trib. Milano nell’ambito del processo Parmalat, in *Corr. merito*, 2005, n. 1, p. 433 ss., con la quale è stata negata la costituzione di parte civile delle associazioni che nel loro statuto non contemplavano esplicitamente quale propria finalità la tutela dei risparmiatori, limitandosi alla previsione dei diritti del consumatore e utente di beni e servizi. Tale pronuncia sembra quindi operare una distinzione tra lo *status* giuridico di consumatore e quello di risparmiatore.

<sup>298</sup> Al riguardo, v. la Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, reperibile in G.U. L 124 del 20.05.2003.

<sup>299</sup> In proposito, con particolare riguardo al settore delle pratiche commerciali scorrette cfr. D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 5, p. 1157 ss.

<sup>300</sup> D’altronde, lo stesso VIII considerando della dir. 2005/29/CE precisa che: “La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche imprenditori individuali, piccole e medie imprese, associazioni, comitati o consorzi con attività esterna possano trovarsi nella medesima situazione del consumatore”.

<sup>301</sup> Sul punto, v. l’analisi, puntuale e di più ampio respiro, di L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, n. 3, p. 685 ss., in cui l’Autrice osserva come la riconduzione a sistema delle norme - dettate da un legislatore sempre più pragmatico e poco attento alle categorie dogmatiche - rappresenti non più un *prius*, ma un *posterius* rimesso agli sforzi dell’interprete, a cui spetta la difficile ricerca di un barlume di razionalità nelle disposizioni normative.

<sup>302</sup> Così V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss. e sopr. p. 692 ss.



tradizionali, da una logica, della quale la figura del consumatore è emblematica, incentrata sulla sussistenza di profili di disequilibrio fra le parti<sup>303</sup>.

In sostanza, le ultime tendenze che interessano la categoria del consumatore si dimostrano in parte in contraddizione fra di loro: da un lato si osserva una linea espansiva, che ha mirato ad estendere il più possibile i confini della figura, anche dilatando il dato letterale della definizione, onde ampliare la sfera soggettiva dei destinatari di normative di tutela: da qui le conseguenti critiche mosse sul piano del paternalismo antilibertario; dall'altro lato si nota una certa destrutturazione della figura del consumatore, frammentata in ulteriori categorie settoriali con essa in parte sovrapposte.

#### **7. Dal consumatore al fideiussore. L'ambito applicativo dell'art. 1469 *bis* c.c.**

Dopo aver esaminato chi è il consumatore che ha “tormentato” il diritto privato degli ultimi decenni, ed aver indagato implicazioni e limiti della definizione, si tratta di mettere in relazione tale categoria con un'altra figura, quella del fideiussore, per verificare se fra i due poli possano sussistere momenti di convergenza, e se si possa giungere a considerare come consumatore un garante nel momento in cui questi agisce prestando la fideiussione.

È apparso perciò opportuno ripercorrere preliminarmente brevemente l'intenso dibattito dottrinale che l'irrompere di un contraente strutturalmente debole ha indotto sulle tematiche cardine del diritto privato, in considerazione del fatto che - laddove all'esito dell'indagine proposta si giunga a ritenere che il fideiussore può acquisire il ruolo di consumatore - il garante risulterà a sua volta destinatario della pertinente disciplina, con tutte le relative sfaccettature.

L'analisi non potrà che essere condotta tenendo presente la già ricordata mancata considerazione, da parte del codice civile, delle qualifiche soggettive che il garante possa rivestire.

Ma prima di verificare se un fideiussore - laddove presti la garanzia in determinate circostanze - possa essere considerato, sul versante soggettivo, un consumatore, bisogna

---

<sup>303</sup> Come osserva D. Valentino, *op. cit.*, p. 1172 ss., il tratto distintivo della “consumerizzazione” del diritto dei contratti si individua nella sussistenza di profili di asimmetria, quindi di posizioni contrattuali diverse, non derivanti da patologie inerenti alla sfera soggettiva dei contraenti, bensì dal fisiologico andamento del mercato.

interrogarsi, dal punto di vista oggettivo, sull'ambito applicativo della disciplina consumeristica, onde assicurarsi preliminarmente che vi rientri il contratto di fideiussione.

Viene quindi in considerazione il testo originario dell'art. 1469 *bis* c.c., il quale faceva riferimento, nel delineare l'ambito di applicazione della disciplina in materia di clausole vessatorie, al solo contratto, stipulato fra consumatore e professionista, "che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi" - formula, questa, potenzialmente in grado di escludere la fideiussione, quale contratto di garanzia<sup>304</sup>.

L'individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina in esame veniva quindi rimesso, oltre che ad un criterio soggettivo (contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista), anche ad un criterio oggettivo (contratto avente soggetto, determinato oggetto).

Adirittura, riguardo a tale formulazione si originò una vera e propria diatriba fra l'Italia e l'allora Comunità Europea, segnata dallo scambio reciproco di comunicazioni, inerente il recepimento della Direttiva 93/13 - volta al ravvicinamento delle legislazioni nazionali relative alle clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore - alla quale gli artt. 1469 *bis* e ss. avevano dato attuazione<sup>305</sup>.

L'articolo 2 della direttiva 93/13 prescriveva infatti che l'ambito di applicazione della normativa in materia di clausole vessatorie riguardasse tutti i contratti stipulati tra un "consumatore" e un "professionista", senza distinzione tra i vari tipi di contratti.

Con una prima lettera, datata 13 dicembre 1996, la Commissione segnalò alle autorità italiane il fatto che le disposizioni di recepimento, introdotte con la legge n. 52 del 1996 e modificative del codice civile, presentavano una sfera d'applicazione più limitata di quello della direttiva, laddove restringevano tale ambito applicativo ai contratti aventi per oggetto "la cessione di beni o la prestazione di servizi".

Al contrario, è ben possibile, come la Commissione stessa osservava, che fra un professionista e un consumatore venga stipulato un contratto che non abbia un tale oggetto, quale ad esempio un contratto a favore di terzi (come una cauzione), o appunto, un contratto di garanzia come una fideiussione.

Nonostante una risposta, reputata non esaustiva, delle autorità italiane, la Commissione Europea ritenne che l'Italia avesse omissis di recepire la direttiva in

---

<sup>304</sup> Sulla questione cfr. G. Stella, *Le garanzie del credito*, cit., p. 127 ss.

<sup>305</sup> Tale diatriba è efficacemente ripercorsa da V. Carbone, *Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 7, p. 844 ss.

questione, ed avviò una procedura di infrazione (n. 2026 del 6 aprile 1998) nei confronti dello Stato italiano<sup>306</sup>.

Nel frattempo, la giurisprudenza di legittimità<sup>307</sup> aveva comunque adottato una soluzione di apertura rispetto almeno alla fideiussione che accedesse ad un contratto bancario. Anche nella vigenza del testo originario dell'art. 1469 *bis*, e nonostante la fideiussione non rientri, di per sé, fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi, il collegamento contrattuale fra il contratto costitutivo dell'obbligazione principale e il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria venne infatti ritenuto tale da giustificare la sussistenza del requisito oggettivo necessario per l'applicazione della disciplina in materia di clausole abusive.

Si tratta comunque di una problematica oggi del tutto superata, grazie alla modifica del testo dell'art. 1469 bis c.c. operata dalla l. n. 526 del 1999, la quale ha espunto il riferimento ai soli contratti che abbiano “per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi.”

È dunque ormai definitivamente appurato che la disciplina contenuta negli attuali artt. 33 e ss. cod. cons. ricomprende qualsiasi accordo che contenga clausole volte a determinare un significativo squilibrio del rapporto tra consumatore e professionista: niente esclude, pertanto, che, da un punto di vista oggettivo, vi possa rientrare anche il contratto di fideiussione.

## **8. Il fideiussore-consumatore al vaglio della Cassazione**

Accertato che sul versante oggettivo non sussiste più alcun ostacolo a far rientrare la fideiussione nell'ambito applicativo delle tutele dettate in favore del consumatore, si tratta a questo punto di compiere un ulteriore passo avanti nell'indagine che ci si propone, ossia di stabilire se sussista l'ulteriore necessario requisito di carattere soggettivo: la presenza di un consumatore come definito dall'art. 33 cod. cons.

È qui che si innesta l'interrogativo, già anticipato, volto a verificare se un soggetto che agisce in qualità di garante, prestando la fideiussione, possa essere a tutti gli effetti

---

<sup>306</sup> La procedura in questione si colloca, peraltro, in concomitanza con una sentenza della Corte di Giustizia del 17.03.1998, n. C- 45/96, in *Danno e resp.*, 1998, n. 4, p. 330 ss. con nota di M. Sesta, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*. Tale pronuncia penalizzò la Germania riguardo allo stesso problema di recepimento che interessò l'Italia. Si tratta della celebre sentenza Dietzinger, su cui v. *infra*, cap. III, par. 3.6.

<sup>307</sup> Cfr. Cass. 11.01.2001, n. 314, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7, p. 891ss., con commento di R. Conti, *La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie*.

considerato un consumatore, destinatario quindi della relativa normativa speciale; si tratta di un quesito che la Corte di Cassazione si è più volte trovata a dover risolvere.

Una prima ipotesi da considerare, in verità non problematica, è quella in cui il fideiussore presti garanzia in favore di un debitore che riveste il ruolo di consumatore: in proposito, nessuna obiezione è stata sollevata in ordine all'applicabilità della disciplina consumeristica tanto al debitore principale quanto al garante.

Ben diversa risulta invece la posizione del fideiussore, che - agendo per scopi estranei a qualsiasi attività imprenditoriale - si renda garante di un'obbligazione assunta da un debitore, il quale, invece, agisce in qualità di professionista.

Al riguardo, la Corte di legittimità ha mantenuto costantemente un atteggiamento piuttosto rigido, adottando, quale angolatura attraverso cui affrontare la questione, la preliminare verifica della qualifica soggettiva rivestita dal debitore principale, e concludendo che a un garante che si trovi nella suddetta posizione non è applicabile la disciplina del codice del consumo.

L'argomento che viene in gioco, a sostegno di siffatta soluzione, poggia integralmente sul principio di accessorietà del contratto di fideiussione.

In proposito, certo non può non rilevarsi che, in effetti, la natura accessoria del vincolo fideiussorio rende non solo le sorti del rapporto di garanzia fortemente dipendenti dal rapporto principale, ma anche, conseguentemente, la figura del garante particolarmente esposta a subire "di riflesso" i limiti che insistono sul rapporto fra debitore e creditore.

In particolare, la Cassazione<sup>308</sup> ha sostenuto che - avendo la garanzia struttura funzionale rispetto al negozio primario - sarà eventualmente in riferimento a quest'ultimo che si dovrà indagare sulla possibilità di applicare la normativa consumeristica. Infatti, la qualifica del debitore principale attrae inevitabilmente quella del fideiussore anche ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore, a nulla rilevando l'indagine sulla posizione rivestita dal garante stesso.

---

<sup>308</sup> La tesi del professionista "di riflesso" è sostenuta, fra le altre, da Cass., 11.01.2001, *cit.*, Cass., 6.10.2005, n. 19484, in *Mass. Foro it.*, 2005, da Cass. 13.06.2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1175 ss., in *Dir. prat. soc.*, 2006, p. 72 ss., con commento di P. Longhini, "Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela, e in *I Contratti*, 2007, n. 3, p. 225 ss., con nota di E. Guerinoni, *Quando il fideiussore è consumatore*, e più di recente, da Cass., 29.11.2011, n. 25212, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 506 ss. con nota di S. Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*.

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.

Affinché possa trovare applicazione la disciplina consumeristica, si ritiene quindi imprescindibile che entrambi i soggetti coinvolti nella vicenda - fideiussore e debitore - assumano la qualità di consumatore, mentre laddove il debitore principale agisca in veste di professionista non vi sarà alcun appiglio per la considerazione del fideiussore in termini di consumatore, né per l'applicazione della relativa normativa.

Peraltro, la questione si è posta, almeno in un'occasione, proprio con riguardo all'applicabilità, al fideiussore che agisce al di fuori dell'esercizio di attività professionale, di quello che rappresenta il vero e proprio "cuore" della disciplina consumeristica, ossia la normativa in materia di clausole abusive: in tale occasione la Cassazione<sup>309</sup> ha precisato che la vessatorietà di una clausola deve essere valutata anche con riguardo alle "circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende." Si è dunque valorizzata la caratteristica propria della fideiussione, consistente nell'essere un contratto funzionalmente collegato a quello principale, con conseguente affermazione del valore "assorbente" del legame di accessoriarietà.

### **9. Critiche alla soluzione accolta: emersione del garante "privato" e possibile considerazione del fideiussore quale consumatore**

La soluzione sopra esposta è condivisa fermamente da gran parte della giurisprudenza, anche di merito<sup>310</sup>; indubbiamente essa presenta un saldo fondamento logico e normativo, coincidente con la regola di accessoriarietà.

In tale ottica, poiché l'applicazione delle norme dettate a tutela del consumatore dipende esclusivamente dalla qualità del debitore principale, essa potrà essere invocata solo dal fideiussore che abbia garantito un contratto stipulato fra un debitore-consumatore e un professionista, come ad esempio una banca. Non assume invece alcun rilievo la posizione in concreto rivestita dal garante; è dunque indifferente che il fideiussore agisca nell'esercizio ovvero al di fuori dell'esercizio dell'attività professionale<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Si tratta di Cass., 11.01.2001, *cit.* In proposito, cfr. G. Stella, *Le garanzie personali del credito*, in G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti, (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, 2009, p. 281 ss., specie p. 290 ss.

<sup>310</sup> In tal senso, di recente, Trib. Padova, 9.01.2012, in *Riv. Notariato*, 2013, n. 3, p. 691 ss., con nota di M. Rinaldo, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*.

<sup>311</sup> Per il riepilogo della questione cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 848 ss.

In realtà, la suddetta prospettiva, apparentemente incrollabile, per altri aspetti non va esente da critiche.

Riguardo al principio di accessorietà utilizzato a presupposto esclusivo di tale impostazione, si osserva che, da un punto di vista logico-giuridico, è innegabile la sussistenza di un collegamento tra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria, dal quale discendono diverse conseguenze sull'efficacia e sulla estensione della garanzia fideiussoria, già oggetto di analisi<sup>312</sup>.

Tuttavia, è altrettanto vero che l'accessorietà non si atteggia a regola totalizzante, con efficacia assorbente di ogni aspetto della vicenda fideiussoria: come già esaminato<sup>313</sup>, non solo una divaricazione fra i due rapporti, principale e di garanzia, può senz'altro sussistere dal punto di vista causale, non solo la clausola "a prima richiesta", compatibile con lo schema fideiussorio tipico, determina un significativo allontanamento dalla regola di accessorietà; ma, soprattutto, la stessa giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni escluso l'operatività dell'accessorietà rispetto a talune circostanze.

La Cassazione ha cioè ritenuto che i due rapporti obbligatori in questione mantengono una certa individualità ed autonomia, di modo che, almeno per certi aspetti, la disciplina dell'obbligazione garantita non influisce su quella della garanzia: per quest'ultima continueranno pertanto a valere le relative regole<sup>314</sup>.

Bisogna inoltre considerare che l'applicazione acritica della soluzione imperniata esclusivamente sull'accessorietà del rapporto garantito determinerebbe il risultato paradossale di dover considerare consumatore "di riflesso"- e dunque a sua volta destinatario della relativa disciplina - anche una banca che presti garanzia in favore di un soggetto privato, che agisce quale consumatore.

Ma soprattutto, oltre ai rilievi già formulati, può apparire riduttivo valutare la questione esclusivamente nella prospettiva della strumentalità della disciplina del contratto di fideiussione, senza attribuire analogo rilievo alle finalità di tutela perseguite dalla normativa consumeristica, nonché al rischio economico complessivo che il garante viene ad assumersi nel prestare la garanzia.

Una risposta "*ante litteram*" al problema, ossia precedente all'introduzione in Italia della stessa nozione di "consumatore", oltre che alle modifiche che interessarono la

---

<sup>312</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sez. II, p. 8 ss.

<sup>313</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sez. II, p. 12 ss.

<sup>314</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 5.02.2008, n. 2655, *cit.*

fideiussione *omnibus*, è contenuta in un'analisi ormai risalente, ma non per questo priva di interesse<sup>315</sup>.

In realtà, già nei primi anni del Novecento - nella vigenza del codice di commercio, parallela a quella del codice civile - taluni tendevano a distinguere fra fideiussione prestata per obbligazioni commerciali e per obbligazioni non commerciali, con conseguente possibile differenziazione della disciplina applicabile<sup>316</sup>.

Sulla stessa linea, suonano nette le parole di quella dottrina che, in epoca successiva, interrogandosi sui rischi insiti nella fideiussione “prestata da privati”, evidenziava come il rilascio della garanzia determinasse, nella maggior parte dei casi, a carico di un soggetto chiamato “privato” (che oggi, con ogni probabilità, definiremmo “consumatore”), una vera e propria “sopraffazione”<sup>317</sup> a suo danno.

In quest'ottica, veniva messa in luce l'enorme rilevanza ed utilità del fenomeno fideiussorio nel contesto dei traffici commerciali; ma, al contempo, ne era segnalata la pericolosità sociale, in uno scenario in cui, mentre il garante “privato” si addossa il rischio eccessivo derivante da un'operazione complessa, il creditore si avvantaggia di una situazione di supremazia economica assoluta.

Non senza una certa estremizzazione, veniva addirittura ritenuta contraria ad ogni logica la possibilità di configurare il contratto di fideiussione a titolo gratuito, suggerendosi invece come soluzione preferibile la previsione di una vera e propria “sanzione” espressa di onerosità in caso di mancata pattuizione della stessa<sup>318</sup>.

Sulla stessa linea di ragionamento, veniva già opportunamente evidenziata anche la profonda differenza intercorrente fra la situazione in cui è una banca a prestare la garanzia e quella in cui si rende fideiussore un soggetto operante al di fuori di un'attività imprenditoriale o comunque professionale<sup>319</sup>: nel primo caso, un soggetto esercente un'attività economica organizzata quale quella bancaria è certamente in grado di ridurre l'entità del rischio accettato con l'assunzione della garanzia tramite l'adozione di

---

<sup>315</sup> Si fa riferimento all'approfondita analisi critica di E. Simonetto, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985. L'autore, in apertura e poi in appendice, ricorda che la pubblicazione in questione seguì ad un convegno tenutosi a Padova nel 1984, che aveva già significativamente accostato - in un periodo in cui tuttavia la disciplina italiana a tutela del consumatore doveva ancora vedere la luce - la materia della fideiussione al settore delle clausole vessatorie, rivendicando un ruolo più incisivo per le clausole generali, *in primis* la buona fede, che al contempo stava assumendo un ruolo sempre più centrale nel dibattito già in corso relativo alla fideiussione *omnibus*.

<sup>316</sup> Cfr. V. Campogrande, *op. cit.*, p. 82 ss., che ripercorre il dibattito in questione.

<sup>317</sup> Cfr. E. Simonetto, *op. cit.*, p. 4.

<sup>318</sup> Cfr. E. Simonetto, *op. cit.*, p. 5.

<sup>319</sup> Sul punto, ancora E. Simonetto, *op. ult. cit.*, p. 24 ss.

appositi accorgimenti tecnico-aziendali; nel secondo caso, può invece accadere che il garante risulti impreparato di fronte all'operazione economica in cui si trova coinvolto<sup>320</sup>.

Ora, è vero che grazie alla riforma del 1992, per quanto relativa alla sola fideiussione *omnibus*, taluni dei più rilevanti rischi di abusi a danno del fideiussore, sia questi soggetto "privato" o meno, sono stati contenuti; ciononostante, l'indagine svolta dalla dottrina in esame mantiene significativi tratti di interesse nel sottolineare in chiave critica la situazione di debolezza economica in cui non di rado riversa tale garante, allora definito "privato".

Non a caso, non mancano opinioni decisamente più recenti che propongono a loro volta una più approfondita considerazione della situazione in cui versi il fideiussore, per eventualmente accostarlo, a seconda delle circostanze, alla categoria soggettiva del consumatore, onde potergli così applicare la relativa disciplina.

In primo luogo, vi è dunque chi pone in evidenza l'incongruenza della soluzione consistente nel privare di ogni rilievo autonomo la qualità del fideiussore, che, indipendentemente da che agisca al di fuori o nell'esercizio di un'attività professionale, se garantisce un consumatore, verrà trattato come tale e assoggettato alla disciplina di tutela, mentre, se garantisce un professionista, verrà automaticamente escluso da tale applicazione<sup>321</sup>.

Sulla stessa linea, si osserva che è decisamente eccessivo attribuire un simile valore assorbente al collegamento esistente fra rapporto principale e rapporto di garanzia, soprattutto laddove non venga realizzata un'operazione economica unitaria, comune a fideiussore e debitore, ed il garante non abbia alcun interesse economico autonomo alla concessione del credito in favore del debitore garantito o comunque alla prestazione della garanzia.

Si propone piuttosto un'indagine di più ampio respiro sul ruolo rivestito dal garante all'interno della complessiva vicenda, di modo che la qualifica soggettiva di questi non sia ricavata a priori, e "di riflesso" rispetto al ruolo del debitore, bensì sia determinata in rapporto alla concreta inerenza dell'operazione realizzata alla sfera di attività professionali del soggetto stesso che agisce<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Per utilizzare le parole dal forte impatto utilizzate dall'autore, il fideiussore privato si trova "preso alla sprovvista e intrappolato". Così E. Simonetto, *op. cit.*, p. 26.

<sup>321</sup> Cfr. l'analisi critica di G. Bozzi, *op. cit.*, p. 854 ss.

<sup>322</sup> Cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 855-856



Forse, di fronte a tali circostanze, escludere senza eccezioni l'applicazione della disciplina consumeristica solo in ragione del carattere accessorio del rapporto di garanzia concretizza un'impostazione eccessivamente riduttiva e anche semplicistica<sup>323</sup>.

D'altronde, il vincolo dell'accessorietà, come già svelato da suddetta giurisprudenza della Cassazione che ne ha limitato la portata, ha un rilievo circoscritto al piano funzionale dei due rapporti in questione, non potendo estendersi la sua operatività al punto di determinare una reciproca influenza delle qualifiche dei soggetti coinvolti<sup>324</sup>.

Risulta così comprensibile il pur provocatorio rilievo per cui “non è dato comprendere cosa c'entri la regola di accessorialità con la nozione di consumatore”<sup>325</sup>.

In effetti, nella dottrina più recente si fanno sempre più diffuse le voci che, contestando l'inerenza della “ipervalutata”<sup>326</sup> regola di accessorialità con la nozione di consumatore, denunciano la limitatezza della soluzione accolta dalla giurisprudenza e propongono una differente lettura della questione, incentrata sulla posizione assunta in concreto dal fideiussore nella specifica operazione economica realizzata.

Con tali premesse, è possibile risolvere anche la questione che più preoccupa, ossia quella di un fideiussore che, risultando totalmente estraneo all'attività professionale del debitore garantito, verosimilmente non sia in grado di ben valutare e comprendere il rischio economico che lo stesso si assume prestando fideiussione.

In una siffatta situazione, è evidente che il garante - soggetto che, in quanto debitore in solido, potrà essere chiamato a rispondere per l'intero dovuto dal debitore principale - è tenuto a sopportare un rischio di inadempimento forse eccessivo,

---

<sup>323</sup> Sulla fondatezza della soluzione imperniata sull'accessorialità della garanzia si interroga criticamente anche S. Monticelli, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 527 ss.

Sul garante debole, in prospettiva comparata, cfr. inoltre G. Gioia, *In Search of the Effective Protection of the Weak Surety in the Web of the Italian Legal System*, in A. Colombi Ciacchi (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 215 ss.

Apri profili per la configurazione di un garante-consumatore anche M. Lobbuono, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 100 ss.

<sup>324</sup> Sul punto, ancora G. Bozzi, *op. cit.*, p. 857.

<sup>325</sup> Così si esprime criticamente A. A. Dolmetta, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in <http://www.dirittobancario.it/spunti-dall-abf/garanzie>, che sulla stessa linea prosegue affermando: “Che anzi, a bene vedere, la tesi della Cassazione si risolve piuttosto nell'allegazione di una (insussistente) regola di simmetria: e, per vero, e non meno dell'altra non afferente alla materia in questione (della riconosciuta veste di consumatore, appunto)”.

<sup>326</sup> La definizione è ancora di A. A. Dolmetta, *op. cit.*, ma a proporre un superamento dell'impostazione della Cassazione è anche M. Rabitti, *op. cit.*, p. 210 ss.

venendosi a trovare al pari di un consumatore “vero e proprio” in una posizione di debolezza contrattuale<sup>327</sup>.

### 10. La diversa soluzione per le garanzie autonome. Cenni

Si è appena detto che per considerare consumatore (con conseguente applicazione della relativa disciplina) un fideiussore, che pure agisca al di fuori di qualsiasi attività professionale, e che pure versi in una condizione di debolezza contrattuale ed economica, è necessario passare attraverso un’articolata soluzione interpretativa che superi la rigida impostazione giurisprudenziale manifestata al riguardo.

La soluzione da adottare risulta invece ben più lineare quando si tratti non di fideiussione ma di garanzie autonome, nelle quali, per definizione, difetta il problematico requisito dell’accessorietà<sup>328</sup>.

In effetti, laddove la garanzia sia qualificata come autonoma, si potrà ritenere che tale carattere valga ad escludere che la natura del rapporto garantito possa esplicare qualsivoglia influenza sul rapporto di garanzia, il quale sarà pertanto oggetto di una qualificazione sua propria.

Ne consegue che, ove la garanzia autonoma venga prestata da un soggetto che agisce al di fuori di scopi professionali, sia pure per garantire un professionista, questi potrà senza indugio essere considerato a tutti gli effetti consumatore, con correlativa applicazione delle tutele previste: si tratta di una soluzione sostenuta con fermezza dalla dottrina<sup>329</sup>, e che sembra trovare qualche appiglio anche in quella stessa giurisprudenza<sup>330</sup> la quale continua comunque a sostenere con convinzione il valore esclusivo ed assorbente dell’accessorietà fideiussoria ai fini di negazione dell’applicazione della disciplina consumeristica.

Si profila dunque a maggior ragione come essenziale il compito dell’interprete, chiamato ad effettuare un’analisi approfondita della concreta fattispecie di garanzia,

---

<sup>327</sup> Sulla problematica in esame, e, più in generale, sull’esigenza di distinguere fra tipi soggettivi di garante e sui correlativi riflessi in materia di disciplina applicabile, di particolare pregio l’analisi di F. Macario, *Garanzie personali, cit.*, p. 104 ss.

<sup>328</sup> Sul tema v. S. Monticelli, G. Porcelli, *I contratti dell’impresa*, Torino, 2013, p. 109 ss.

<sup>329</sup> In tal senso S. Monticelli, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, n. 1, p. 131 ss.

<sup>330</sup> Così la stessa Cass., 29.11.2011, n. 25212, *cit.* che, pur confermando la linea interpretativa consolidata - per cui l’applicazione della tutela consumeristica è da escludere quando la fideiussione sia stata conclusa da una persona fisica che agisce a garanzia di un debito contratto da un professionista, in virtù del carattere di accessorietà della garanzia - sembra al contempo lasciare intendere, in un inciso argomentativo, che potrebbe essere invece ammissibile un’indagine ed una soluzione di tipo diverso, ove di garanzia autonoma si trattasse.

onde verificare se si tratti di fideiussione ovvero di garanzia autonoma, risultando, nel secondo caso, sicuramente più agevole optare per la soluzione favorevole alla configurazione del garante-consumatore.

### **11. Un'isolata soluzione alternativa nella giurisprudenza di merito**

Di particolare rilievo, ai fini dell'analisi proposta, risulta una pronuncia di merito<sup>331</sup>, che, per l'impostazione che adotta, si discosta nettamente da quella giurisprudenza di legittimità che continua a non mostrare aperture circa la possibilità di considerare come consumatore il fideiussore che garantisca un debitore professionista.

In verità, quanto alle conclusioni, la pronuncia in esame non differisce da quanto stabilito dalla Cassazione, poiché giunge essa stessa a negare che, nel caso di specie, il fideiussore sia da considerare alla stregua di un consumatore. Tuttavia, quello che interessa è che tale sentenza rifiuti espressamente l'equiparazione automatica fra garante dell'imprenditore e professionista, e che, in generale, contenga significative argomentazioni che trascendono lo specifico caso oggetto di indagine ed approdano a conclusioni di più ampio respiro.

Lo sforzo principale del giudice di merito, lo si anticipa sin d'ora, è stato quello di porre in discussione l'assolutezza del principio, promanante dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui il fideiussore "privato" di un rapporto commerciale non può mai usufruire della tutela consumeristica.

Il caso di specie riguardava un fideiussore che aveva rilasciato garanzia per un credito concesso alla società di cui è amministratore: la pronuncia del Tribunale siciliano nega che tale soggetto possa essere considerato consumatore, e pertanto consente la deroga al principio del foro territoriale esclusivo, ritenendo che l'atto posto in essere da tale garante abbia natura imprenditoriale.

Il ragionamento che porta a suddetta conclusione negativa fa perno sul collegamento negoziale intercorrente fra il rapporto di garanzia (accessorio) e quello sociale (principale): esso induce infatti a ritenere non solo che sia il garante-amministratore stesso ad esercitare l'attività di impresa attraverso lo schermo interposto dato dall'ente societario, ma altresì che questi sia dunque certamente in grado di conoscere tutte le circostanze attinenti alla realizzazione dell'affare.

---

<sup>331</sup> Si tratta di Trib. Palermo, 13.12.2005, in *Corr. merito*, 2006, n. 3, p. 317 e ss., con commento di R. Conti, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*.

Ciò non significa che analoga conclusione debba valere anche per i fideiussori-persone fisiche che non ricoprono analogo ruolo. In proposito, la pronuncia è chiara nel negare che il fideiussore non amministratore - si potrebbe più in generale parlare al riguardo di fideiussore “privato”, che presta la garanzia al di fuori di un’attività professionale eventualmente svolta, e che quindi non beneficia di alcuna posizione privilegiata dal punto di vista informativo - possa derivare in “di riflesso” la qualifica di professionista (ma anche di consumatore) dal debitore principale come se fosse un professionista (o un consumatore) in via “indiretta”.

Piuttosto, si dovrà valorizzare il concreto ruolo svolto dal garante all’interno dello specifico affare.

Non a caso, la pronuncia in esame statuisce espressamente che “lo *status* di consumatore [...] 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”.

Il Tribunale lascia così significativamente intendere che il particolare regime di tutela istituito per i consumatori non può ritenersi limitato ai soli contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità, anche di terzi, professionale o imprenditoriale; al contrario, un atto strumentale all’esercizio della professione o dell’impresa di un terzo - proprio come la fideiussione prestata a favore di un professionista - ben può essere ricondotto al regime protettivo di cui al codice del consumo.

In siffatta analisi, volta a verificare se la prestazione della garanzia si collochi nell’ambito ovvero al di fuori dell’esercizio dell’eventuale attività professionale, si dovrà inoltre valutare l’eventuale sussistenza di un *deficit* conoscitivo a danno del fideiussore<sup>332</sup>.

Peraltro, nell’evidenziare l’importanza dell’analisi circa il ruolo concretamente rivestito dal garante nell’operazione economica realizzata, il giudice di merito menziona, a titolo di esempio, il caso del pensionato che rilascia fideiussione in favore del figlio imprenditore.

Si ritiene che tale riferimento non configuri una mera “trovata ad effetto”, ma anzi, che esso fotografi efficacemente una determinata realtà spesso sottostante al rilascio di fideiussioni; realtà che svela come nella maggior parte dei casi le intenzioni che animano il garante esulino da finalità professionali o interessi economici propri,

---

<sup>332</sup> Sul punto, cfr. R. Conti, *op. ult. cit.*, p. 319-320.

rendendo pertanto l'operazione realizzata da tale soggetto meritevole di tutela come una qualsiasi contrattazione del consumatore<sup>333</sup>.

## 12. Le decisioni di segno positivo dell'ABF

Sulla stessa linea della sovraesaminata pronuncia di merito, si collocano alcune più recenti decisioni adottate dall'Arbitro Bancario Finanziario<sup>334</sup>. Di particolare interesse le argomentazioni contenute nell'ultima, in ordine cronologico, di esse<sup>335</sup>.

Nonostante tale decisione concluda per l'irricevibilità del ricorso - stante l'incompetenza *ratione temporis* del Collegio, che preclude l'esame del merito della controversia<sup>336</sup> - essa prende in esame la giurisprudenza di legittimità relativa al fideiussore quale "professionista di riflesso" per poi discostarvisi.

Il caso di specie riguardava proprio la prestazione di una fideiussione a garanzia di esposizioni bancarie contratte da una società di capitali nell'esercizio della sua attività imprenditoriale, quindi un'ipotesi di garanzia rilasciata a favore di un professionista; in una tale situazione, secondo l'orientamento unanime della Cassazione, il garante dovrebbe ricavare la sua qualifica soggettiva, in via indiretta, dal debitore garantito.

È su questo punto che l'ABF, pur condividendo le premesse del ragionamento - ed in particolare la constatazione per cui il rapporto di strumentalità fra garanzia e obbligazione principale giustifica l'assoggettamento della prima alla disciplina della seconda - prende le distanze dall'orientamento giurisprudenziale in questione, rifiutando l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva propria del debitore principale, e ritenendo di limitare l'ambito di operatività del collegamento tra i due negozi al solo piano oggettivo, e non anche a quello soggettivo, il quale pone in evidenza diverse posizioni e, soprattutto, diverse esigenze di tutela dei soggetti coinvolti.

Il Collegio prende ulteriormente in considerazione l'ipotesi inversa rispetto al caso di specie - quella in cui è un professionista, come un intermediario bancario o

---

<sup>333</sup> V. ancora R. Conti, *op. ult. cit.*, p. 323

<sup>334</sup> Così Collegio ABF Roma, decisione n. 205 del 7.04.2010, Collegio ABF Roma, decisione del 2.02.2012, e, ancor più di recente, Collegio ABF Roma, decisione n. 4109 del 26.07.2013.

<sup>335</sup> Si fa riferimento alla già indicata Collegio di Roma, decisione N. 4109, 26.07.2013, il cui testo è integralmente reperibile all'indirizzo <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Apertura%2520di%2520credito/Garanzie/Dec-20130726-4109.pdf>

<sup>336</sup> Infatti, le condotte anomale lamentate dal ricorrente-fideiussore all'interno dei rapporti intercorsi con il debitore principale si collocano temporalmente in un periodo antecedente il 1/09/09 posto quale limite temporale dalle Disposizioni che regolano il funzionamento del Collegio stesso.

assicurativo, a garantire un consumatore - per evidenziare gli esiti inaccettabili che l'applicazione dell'indirizzo della Cassazione determinerebbe<sup>337</sup>.

Al contrario, il Collegio ritiene che, di volta in volta, a seconda delle circostanze del caso, occorra individuare quale sia la qualificazione soggettiva del garante e quale quella del debitore principale, facendo riferimento esclusivamente al rapporto che lega il soggetto agente al negozio giuridico posto in essere.

In tal senso, viene suggerito di tenere ben distinte due situazioni. La prima è quella in cui il garante rilascia la fideiussione per motivi attinenti al collegamento esistente tra la sua posizione e l'attività professionale del debitore principale<sup>338</sup>, così manifestando la propria disponibilità a partecipare a sua volta al rischio di impresa. La seconda è quella in cui il fideiussore presta la garanzia per ragioni totalmente estranee rispetto all'attività professionale del debitore garantito.

In generale, le decisioni dell'ABF che hanno ritenuto di non aderire alla tesi dell'automatica estensione della qualifica del debitore garantito al fideiussore, evidenziano in maniera significativa la necessità di distinguere fra diverse posizioni soggettive e, correlativamente, diverse esigenze di trattamento dei garanti, concludendo che un fideiussore ben può rivestire la posizione di consumatore e pertanto beneficiare dell'applicazione della relativa disciplina, ove, all'esito di una verifica incentrata sulla posizione in concreto rivestita dal garante all'interno della specifica operazione economica realizzata, risulti che lo stesso ha agito al di fuori di qualunque scopo professionale.

Ora, se ad una prima analisi è innegabile la distanza delle posizioni espresse da Cassazione e da ABF, ridurre la situazione ad una mera contrapposizione di vedute potrebbe risultare limitato.

In primo luogo bisogna tener presente la diversità di ruoli fra i due organi, nonché delle relative funzioni. Se da un lato la Cassazione esercita una nota funzione nomofilattica e unificatrice del diritto, con la conseguenza che le sue enunciazioni, anche se originate da un caso concreto, sono espressive di principi generali; dall'altro lato l'ABF, a cui spettano ben altri compiti - fra cui, *in primis*, la concreta gestione dei

---

<sup>337</sup> “Si dovrebbe allora ritenere applicabile alla banca o all'assicuratore la disciplina di tutela del consumatore, pur in assoluto difetto delle ragioni di meritevolezza che ne costituiscono il fondamento”, statuisce chiaramente il Collegio in proposito.

<sup>338</sup> A titolo di esempio, il Collegio menziona proprio l'ipotesi che la pronuncia di merito di cui sopra si trovò ad esaminare, ossia quella in cui il garante abbia rilasciato fideiussione nella sua qualità di amministratore di una persona giuridica.

rappporti fra banca e clientela, all'interno della quale garantire equità e limitare le situazioni di asimmetria informativa - fornisce interpretazioni delle norme più direttamente funzionali alla tutela degli interessi protetti<sup>339</sup>.

Inoltre, ferma restando la mancanza di vincolatività<sup>340</sup> delle decisioni dell'ABF, in quanto meccanismo di ADR, non è comunque da escludere che fra giurisprudenza di legittimità e orientamento dell'ABF si venga ad instaurare un proficuo dialogo ed un rapporto di reciproca influenza, tale che l'interpretazione del diritto bancario vivente operata dall'arbitro possa svolgere una funzione propulsiva, evolutiva, condizionante le posizioni della stessa Corte di legittimità<sup>341</sup>.

Comunque, anche in seno all'Arbitro non sono mancate pronunce allineate alla giurisprudenza di legittimità, e quindi aderenti alla tesi del professionista "di rimbalzo"<sup>342</sup>, al punto da poter dare vita ad un vero e proprio contrasto con le decisioni sopra esaminate. Non a caso, una recentissima ordinanza di rimessione al Collegio di coordinamento<sup>343</sup> dell'ABF ha ad oggetto proprio la possibile configurazione di un fideiussore-consumatore destinatario delle relative normative; la questione si conferma dunque di particolare attualità e interesse.

### 13. Fideiussione e credito al consumo nella giurisprudenza della CgUe

L'indagine proposta - finalizzata alla verifica circa la possibilità di considerare il fideiussore quale consumatore, e pertanto destinatario della relativa disciplina - non può

---

<sup>339</sup> È quanto posto in luce dalla significativa analisi di M. Rabitti, *op. cit.*, p. 2173 ss.

<sup>340</sup> Le decisioni dell'Arbitro non hanno efficacia vincolante e non producono giudicato sostanziale; ciononostante l'inosservanza della decisione dà luogo all'applicazione di sanzioni reputazionali, che dotano la decisione stessa di una certa efficacia persuasiva. Cfr. M. Rabitti, *op. cit.*, p. 214.

<sup>341</sup> È quanto auspicato ancora da M. Rabitti, *op. cit.*, p. 217 ss., che rigetta una visione antagonista del rapporto fra giurisprudenza della Cassazione e posizioni espresse dall'ABF, proponendo fra i due poli un'interazione costruttiva.

In proposito, cfr. anche l'analisi di I. A. Caggiano, *L'Arbitro Bancario Finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 7-8, p. 439 ss.

<sup>342</sup> Così, fra le altre, Collegio ABF Roma, decisione n. 216 del 14.01.2013, e Collegio ABF Roma, decisione n. 2000 del 15.04.2013.

<sup>343</sup> Si tratta di ABF Napoli, ord. n. 4091 del 5.05.2016, pubblicata in *Contratti*, 2016, n. 7, p. 685 ss., che evidenzia in maniera significativa come il suo intento sia proprio quello di individuare "l'esatta portata applicativa della nozione di professionista 'di rimbalzo', per chiarire se sia automatica l'estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, ovvero se il collegamento tra il negozio principale e quello di garanzia debba operare esclusivamente sul piano oggettivo e non anche su quello soggettivo (concernente le diverse posizioni e le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere)". Tale ordinanza di rimessione si pone peraltro in linea di continuità con la pronuncia della CgUe del 19.11.2015, su cui v. *infra*, cap. II, parr. 16 ss., a cui è già seguita la decisione di merito su cui v. *infra*, cap. II, par. 17.

esimersi dal considerare le istanze che, in tale ambito, sono provenute dallo scenario europeo.

In primo luogo, in questo contesto si è presentata una problematica analoga, relativa alla possibilità di applicazione al garante della disciplina sul credito al consumo, la cui soluzione a livello giurisprudenziale è stata fornita, in particolare, da una decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 2000<sup>344</sup>.

Il caso di specie era il seguente: un soggetto (Siepert) si era reso fideiussore nei confronti di una società (Berliner Kindl Brauerei AG) per il rimborso dei prestiti che questa aveva concesso ad un privato ai fini dell'apertura di un ristorante. Si trattava di un impegno assunto dal garante in assenza di qualsivoglia relazione con l'attività professionale dello stesso. Dopo che il fideiussore aveva informato la società circa la revoca della propria garanzia, e stante l'inadempimento del debitore principale, la società risolse i contratti di prestito conclusi con lo stesso e ottenne la sua condanna al pagamento.

Il garante venne condannato al pagamento della stessa somma dovuta dal debitore garantito. Nell'impugnare la sentenza di condanna dinanzi al *Landgericht* di Potsdam, il fideiussore fece valere il proprio recesso dal contratto di garanzia ai sensi della normativa tedesca<sup>345</sup>, adottata in attuazione della prima direttiva europea sul credito al consumo<sup>346</sup>.

Il giudice dell'impugnazione sospese il procedimento per chiedere l'intervento della Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale.

In tale occasione, la CgUe concludeva in senso negativo la verifica richiesta circa la possibilità di ritenere compresi nell'ambito di applicazione della prima direttiva comunitaria in materia di credito al consumo i contratti di fideiussione conclusi a garanzia del rimborso di un credito, quando né il fideiussore né il beneficiario del credito avessero agito nell'esercizio della loro attività professionale.

---

<sup>344</sup> Si tratta della sentenza della CgUe, Quinta Sezione, 23 marzo 2000, causa C-208/98, Berliner Kindl Brauerei c. Siepert, in *Foro it.*, 2000, n. 4, p. 201 ss., con nota di A. Palmieri. Nella dottrina tedesca, cfr. l'ampia riflessione di A. Sölter, *Die Verbraucherbürgschaft Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf die Bürgschaft*, Berlino, 2001, che si interroga circa l'applicabilità, in generale, della normativa consumeristica in favore del fideiussore che rilasci garanzie sulla spinta di circostanze contingenti e/o emozionali, senza prestare particolare attenzione al contenuto della garanzia stessa. L'Autrice dimostra, in generale, di fornire al quesito una risposta che tendenzialmente equipara consumatore e garante "privato" (*der private Bürge*). Sullo specifico caso Berliner Kindl Brauerei c. Siepert, v. p. 95 ss.

<sup>345</sup> *Verbraucherkreditgesetz* del 17.12.1990

<sup>346</sup> Dir. 87/102/CEE, in G.U.C.E. 12 febbraio 1987, n. L 42.



Tale soluzione è apparentemente concorde su tutta la linea con la giurisprudenza italiana, laddove nega l'applicazione di una normativa speciale, di tutela, a favore del fideiussore che pure presta garanzia al di fuori dello svolgimento di un'attività professionale.

A ben vedere, la pronuncia europea sviluppa in realtà un ragionamento di ben altro spessore, caratterizzato da argomentazioni di natura parzialmente diversa.

In effetti, la sentenza in esame, diversamente dalle pronunce italiane - che attribuiscono rilievo esclusivamente al carattere di accessorietà della garanzia - si sofferma anche sull'indagine della *ratio* della direttiva comunitaria.

La Corte ritiene che l'ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo non possa ritenersi esteso anche al contratto di fideiussione stipulato nei confronti delle parti del contratto di credito. In primo luogo è il dato letterale a deporre in tal senso, visto che le garanzie destinate ad assicurare il rimborso del credito sono prese in considerazione dalla direttiva soltanto sotto il profilo della protezione del consumatore-mutuatario, mentre non si rinviene alcuna disposizione espressa relativa alla fideiussione. Ciò significa che la direttiva ha inteso lasciar fuori il contratto di fideiussione dal proprio ambito di applicazione.

Inoltre, tale conclusione viene raggiunta anche alla luce lo scopo della direttiva in questione, che viene individuato nell'assicurare la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo e nel proteggere i consumatori che ottengono tali crediti.

La direttiva presenta cioè, come osservato dalla Corte, degli obiettivi circoscritti quasi esclusivamente all'informazione del debitore principale sulla portata dell'impegno assunto, che non si spingono fino a comprendere anche una protezione speciale in favore del fideiussore.

Niente però, nelle argomentazioni della CgUe, sembra precludere a che un'autonoma previsione possa essere dettata in tale direzione.

Significativamente, la Corte pone peraltro in evidenza la sussistenza di una precisa linea di demarcazione fra la direttiva comunitaria sul credito al consumo - della cui applicazione al fideiussore si discuteva nel caso di specie - e la direttiva comunitaria per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali: quest'ultima si caratterizza per avere un obiettivo garantistico di portata ben più generale, che consente quanto meno di non escludere *tout court* dal suo ambito di applicazione un contratto di fideiussione.

D'altronde, a quest'ultima conclusione la CgUe era già giunta in precedenza, laddove aveva sancito che non si può escludere dall'ambito di applicazione della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali un contratto a favore di terzi. Più precisamente, nel caso di specie si trattava proprio di un contratto di fideiussione concluso in seguito a una vendita a domicilio<sup>347</sup>.

Al di là della soluzione accolta nel caso di specie, l'orientamento fatto proprio dalla CgUe - propenso ad indagare la *ratio* e lo scopo della normativa della cui applicabilità al fideiussore si discute - sembra decisamente preferibile rispetto alla rigida tendenza, preponderante invece nella giurisprudenza italiana, a valorizzare esclusivamente il carattere strumentale della garanzia fideiussoria.

#### **14. La proposta di Direttiva europea sul credito ai consumatori del 2002**

Si può ipotizzare che fu anche sulla scia di quanto sancito dalla Corte di Giustizia nel 2000 - la quale negò l'applicazione della disciplina sul credito al consumo al garante essenzialmente sulla base di un'analisi dello scopo circoscritto della normativa stessa, ma senza precludere ad un'apertura in tale direzione - che la Commissione Europea, due anni dopo, nel contesto della predisposizione di una nuova Proposta di direttiva europea sul credito ai consumatori<sup>348</sup>, provvide ad estendere espressamente il relativo ambito di applicazione anche al fideiussore.

L'intento, dichiarato negli stessi *considerando* della Proposta, sarebbe stato quello di giungere alla massima estensione del campo di applicazione della direttiva - che avrebbe infatti dovuto ricomprendere tutte le forme di contratto di credito ed anche di fideiussione - e correlativamente, quello di ampliare l'ambito di applicazione delle tutele previste anche alle garanzie.

Significativamente, nell'esame del dispositivo della Proposta, si legge espressamente "La presente Proposta di direttiva è volta ad ampliare la sfera di applicazione tutelando le garanzie, vale a dire ogni fideiussore e dunque ogni consumatore che costituisce una fideiussione, personale o reale, che copre un credito concesso"<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Così CgUe, 17.03.1998, causa C-45/96, Dietzinger, su cui v., in dettaglio, *infra*, cap. III, par. 3.6.

<sup>348</sup> COM/2002/443, in G.U.C.E. 2002, C 331 E/200.

<sup>349</sup> Peraltro, si fa presente che la nozione di "fideiussione" e quella di "fideiussore" sono intese dalla Proposta in un'accezione estremamente ampia, sino a comprendere tutte le garanzie, personali e reali.

L'esigenza di dotare il fideiussore di una tutela pari a quella di cui gode il consumatore è esplicitata: si fa infatti riferimento all'esigenza di rendere i garanti destinatari almeno di quell'informazione e tutela minima di cui gode il mutuatario-consumatore<sup>350</sup>.

Analogamente, viene espressamente vietata la negoziazione dei contratti di credito e di fideiussione al di fuori dei locali commerciali e sono disciplinate dettagliatamente le informazioni che devono essere contenute nei contratti di fideiussione, così come in quelli di credito.

Anche le dinamiche del rapporto fra creditore e garante trovano nella Proposta una regolamentazione completa: alla luce di considerazioni relative anche alla valutazione del rischio a cui è soggetto il fideiussore, si prevede non solo che il creditore possa rivalersi sul fideiussore solo dopo che sia trascorso un periodo di "insolvenza", ma anche un obbligo di attivazione tempestiva a carico del creditore, il quale dovrà avvisare per tempo il fideiussore che il consumatore si trova in una situazione di mancato pagamento.

L'intenzione di realizzare una vera e propria parificazione fra garante e consumatore, quanto a tutele applicabili, è evidente.

Nonostante la portata innovativa della Proposta del 2002, essa è stata seguita da ulteriori proposte modificative<sup>351</sup>, nelle quali, inspiegabilmente, si riscontra fin da subito la completa cancellazione di ogni riferimento alla fideiussione ed al fideiussore.

Tale esclusione permane, conseguentemente, nella Direttiva in materia di credito al consumo del 2008<sup>352</sup>: la mancata adesione alla Proposta del 2002, che avrebbe regolato compiutamente la posizione del fideiussore tenendo conto delle peculiarità che lo contraddistinguono, può ben dirsi una vera e propria occasione perduta.

Infine, si segnala che questo stesso approccio tendente ad espungere, forse ingiustificatamente, ogni estensione di tutela in favore del fideiussore, connota anche l'ultima Direttiva in materia di contratti di credito relativi ad immobili residenziali<sup>353</sup>, preceduta da una Proposta<sup>354</sup> altrettanto silente sul tema delle garanzie.

---

<sup>350</sup> Ancora nell'esame del dispositivo della Proposta, si legge "non si possono privare tali soggetti [*i fideiussori*] del minimo d'informazione e di una tutela simile a quella di cui dispone il consumatore/mutuatario."

<sup>351</sup> Fra cui COM/2004/ 747 e COM/2005/483.

<sup>352</sup> Direttiva 2008/48/CE, in G.U.U.E. 22 maggio 2008, n. L 133.

<sup>353</sup> Direttiva 2014/17/UE, in G.U.U.E. 28 febbraio 2014, L 60/35

<sup>354</sup> COM/2011/142, in G.U.C.E. C140/11

## 15. La fideiussione nei progetti europei: dal Progetto Drobignig al *Draft Common Frame of Reference*

Se il profilo legislativo europeo<sup>355</sup>, nonostante l'interessante Proposta del 2002, non contiene oggi alcuna espressa considerazione della figura del fideiussore - in termini di analisi del rischio a cui lo stesso è soggetto, nonché di estensione delle tutele proprie del consumatore - sul versante della costruzione del diritto dottrinale europeo si è manifestata una nuova significativa attenzione per la problematica, che si pone in controtendenza rispetto alla scarsa attenzione dimostrata dal legislatore italiano e all'atteggiamento di chiusura della Cassazione.

In effetti, l'ambizioso progetto di un codice civile europeo<sup>356</sup>, nel Capitolo 4 del Libro IV, Parte G<sup>357</sup> (relativa alle *Personal Securities*), detta *Special rules for personal security of consumers*, precisando espressamente che le regole ivi previste debbano trovare applicazione “*when a security is provided by a consumer*”.

In realtà il *Draft Common Frame of Reference*, nella parte relativa alle garanzie, recupera integralmente i risultati già conseguiti dal c.d. Progetto Drobignig<sup>358</sup>, il quale, nel tentativo di unificare la materia, non si limitò a raccogliere gli spunti comuni ai vari diritti nazionali europei, ma si spinse oltre, proponendo soluzioni innovative<sup>359</sup>.

Il *Draft* contiene dunque una serie di previsioni relative alla posizione del garante, che sembrano rifarsi all'ispirazione che aveva guidato la redazione della Proposta del 2002, e delle quali, peraltro, è significativamente esclusa, per espressa previsione, la derogabilità in senso sfavorevole al garante, ad opera delle parti.

---

<sup>355</sup> Sul diritto delle garanzie nel contesto europeo, in prospettiva comparata, cfr. F. Fiorentini, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, in *Trattato notarile*, diretto da F. Preite, in A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di) *Atti notarili, diritto comunitario e internazionale*, vol. 4, *Diritto comunitario*, t. I, Torino, 2011, p. 783 ss.

<sup>356</sup> Su cui G. Alpa et al. (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. Con specifico riguardo alle garanzie, *ivi*, v. G. Stella, *op. ult. cit.*, p. 281 ss.

<sup>357</sup> Per un approfondimento relativo cfr. M. Storme, *The Harmonization of the Law of Personal Security*, in *Juridica International*, XVI/2009, p.73 ss.

<sup>358</sup> Si tratta di una proposta elaborata, negli anni 2000-2007, da un gruppo di studio avente sede presso il Max Planck Institut di Amburgo e diretto dal Prof. Ulrich Drobignig. Tale gruppo costituiva una delle unità operative del *network* di ricerca noto come *Study Group on a european civil code*, diretto dal Prof. Christian Von Bar.

<sup>359</sup> Sul progetto Drobignig nella prospettiva di armonizzazione del diritto europeo delle garanzie cfr. F. Macario, *Garanzie personali*, *cit.*, p. 23 ss.; in particolare, sul capitolo dedicato alle “disposizioni speciali per le garanzie personali dei consumatori”, v. l'analisi dettagliata dello stesso F. Macario, *ibidem.*, p. 108 ss. Ancora sul progetto Drobignig e soprattutto sulla rilevanza degli obblighi informativi ai fini di tutela del contraente “debole” della vicenda fideiussoria v. M. Cuccovillo, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, in *Contratti*, 2009, n. 11, 1060 ss.

Addirittura, una particolare attenzione è rivolta al rapporto fra creditore e “futuro fideiussore” (*intending security provider*): sul primo gravano tutta una serie di obblighi precontrattuali, essenzialmente informativi, nei confronti del secondo, ed il mancato adempimento di essi produce effetti invalidanti della proposta o del contratto, una volta concluso.

È inoltre presa espressamente in considerazione l'ipotesi in cui il garante non agisca liberamente, o comunque sulla scorta di informazioni adeguate, a causa del rapporto di fiducia e confidenza che lo lega al debitore principale: laddove il creditore conosca l'esistenza di una tale situazione è previsto un obbligo di attivazione a carico del creditore stesso, che dovrà accertarsi che il garante abbia ricevuto una “consulenza indipendente”, pena la facoltà di revoca dell'offerta contrattuale o di annullamento del contratto di garanzia, ove già concluso.

Ancora, il contratto di fideiussione è assoggettato a precisi adempimenti formali: in particolare esso è colpito dalla sanzione di nullità nel caso che non sia redatto in forma scritta o sottoscritto dal garante, e sul creditore gravano obblighi di informazione a cadenza annuale, soprattutto relativi all'ammontare del credito garantito, nei confronti del garante.

Alla conclusione del contratto di fideiussione vengono inoltre riferite categorie tipiche della contrattazione consumeristica, quali la negoziazione fuori dai locali commerciali, espressamente vietata come già nella Proposta di direttiva del 2002: l'assimilazione del fideiussore che agisce al di fuori dell'esercizio di attività professionale al consumatore è, in questo scenario, del tutto evidente.

Malgrado la nota assenza di vincolatività del *Draft*, in quanto espressione del c.d. “diritto della cattedra”, l'interesse da esso manifestato nei confronti del *consumer safety provider* ben può essere considerato indicativo della necessità di prendere in esame con maggiore attenzione la posizione del fideiussore, nonché di attribuire rilievo alle istanze di tutela da questi poste.

## **16. La recente apertura della CgUe**

Riguardo alla possibile configurazione di un vero e proprio “statuto fideiussorio” del garante-consumatore, con conseguente applicazione delle relative normative, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha reso, in tempi recenti, una pronuncia di grande interesse.

Si tratta dell'ordinanza datata 19 novembre 2015, originata da un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte d'Appello di Oradea (Romania)<sup>360</sup>.

Alla CgUe viene sottoposta - per la prima volta, a quanto risulta - la questione relativa alla possibile configurazione di un fideiussore che agisce in veste di consumatore, con conseguente applicazione anche della relativa disciplina.

È vero che i casi analoghi Berliner Kindl Brauerai e Dietzinger<sup>361</sup> formarono già oggetto di precedenti decisioni della CgUe; non a caso, gli stessi sono significativamente richiamati nella decisione in esame.

Tuttavia, nel caso deciso con l'ordinanza in commento, non si tratta, come nei casi precedenti, di ipotesi collaterali che sfiorano l'argomento centrale; invero, si discute circa l'applicabilità a due fideiussori della normativa in materia di clausole vessatorie, e le domande che ci si pongono sono quanto mai dirette: un garante che presta fideiussione senza che il rilascio della garanzia sia correlato né allo svolgimento di una propria, eventuale, attività professionale, né all'attività professionale del debitore garantito può essere considerato un consumatore? Può quindi essere destinatario della disciplina in materia di clausole abusive? Quanto rilievo esplica nella decisione l'estraneità del garante all'attività professionale, e quanto invece, sul versante opposto, il carattere di professionista del debitore principale?

Il caso di specie aveva ad oggetto due contratti - genericamente definibili di garanzia - stipulati da una coppia di coniugi in favore della società individuale di cui il di loro figlio risultava socio unico e amministratore. Proprio su richiesta del figlio, che intendeva ottenere un aumento della linea di credito già accordata alla propria società da una banca, i genitori avevano sottoscritto un atto aggiuntivo al contratto di credito stipulato tra tale società e la banca stessa; con tale atto, una garanzia immobiliare ed una fideiussione, entrambe a carico della coppia, venivano ad affiancarsi alle garanzie in precedenza costituite.

I coniugi in questione, quindi, da un lato avevano costituito ipoteca a favore della banca su un bene immobile di loro proprietà, e, dall'altro, si erano resi fideiussori garantendo il pagamento di quanto ottenuto dalla società del figlio a titolo di finanziamento.

---

<sup>360</sup> Si tratta dell'ordinanza del 19.11.2015, C 74/15, Tarcău, che è pubblicata in lingua italiana in G.U.U.E 2016, C 38/68. In proposito, v. l'analisi, propensa a considerare favorevolmente la decisione, di M. Renna, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 7-8, p. 1119 ss.

<sup>361</sup> Su cui v. *infra*, cap. III, par. 3.6.

In seguito, i coniugi adirono il tribunale competente per ottenere l'annullamento dell'atto aggiuntivo da loro sottoscritto, nonché dei relativi contratti di garanzia, chiedendo, in via subordinata, almeno l'annullamento delle clausole, ritenute abusive, in essi contenuti. Gli attori videro la loro domanda respinta in primo grado, in base all'art. 1, par. 1 della legge rumena n. 193/2000<sup>362</sup>, norma che circoscrive l'ambito di applicazione della disciplina in materia di clausole abusive ai contratti aventi a oggetto la vendita di un bene o la fornitura di un servizio ad un consumatore: in particolare, quest'ultima condizione non venne ritenuta integrata nel caso di specie, stante la natura di società commerciale del soggetto beneficiario del credito, così come delle garanzie prestate.

Inoltre, il tribunale individuò una seconda ragione per ritenere i contratti di garanzia immobiliare e di fideiussione esclusi dall'ambito di applicazione della legge n. 193/2000, corrispondente al loro carattere accessorio rispetto al contratto di credito, stipulato fra la banca la società, priva della qualità di consumatore.

È stato il giudice di secondo grado, a cui i coniugi ricorsero in appello, a sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali - in realtà riducibili ad una sola, ed infatti risolta come tale dalla CgUe - relative all'interpretazione dell'art. 1, par. 1, della direttiva n. 13 del 1993. In particolare, al giudice europeo si chiedeva se tale disposizione dovesse essere interpretata nel senso di includere nel relativo ambito di applicazione anche i contratti accessori, quali, *in primis*, quelli di garanzia, laddove il soggetto garantito sia una società commerciale, se la stipula della garanzia è avvenuta da parte di persone fisiche che hanno agito per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta, ed altresì in mancanza di collegamenti con l'attività esercitata dal professionista che beneficia della garanzia.

Per quanto ovvia, è opportuno premettere una prima osservazione relativa al contesto normativo: invero, la disciplina rumena di riferimento, che ha recepito la direttiva europea n. 13 del 1993, appare del tutto analoga a quella italiana oggi contenuta nel codice del consumo<sup>363</sup>.

La decisione della CgUe, dopo aver ricordato le definizioni di “consumatore” e “professionista” come previste dalla direttiva, nonché dal diritto rumeno, opera una

---

<sup>362</sup> Di implementazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

<sup>363</sup> L'unica nota distintiva è rappresentata, invero, dal riferimento che la definizione di “consumatore” contenuta nella legge rumena compie, oltre che alla persona fisica, anche al “gruppo di persone fisiche costituite in associazione”.

ricostruzione dettagliata dei fatti, evidenziando anche come, nel caso di specie, i genitori si siano resi garanti solo in considerazione della posizione - di socio unico e amministratore della società beneficiaria del credito - del loro figlio, e come questi adirono il tribunale sulla base della convinzione di aver agito in qualità di consumatori.

Peraltro, dalla decisione stessa emerge chiaramente il fenomeno - che, negli odierni traffici giuridico-economici, si fa sempre più comune - di affiancamento fra causa di garanzia e causa di finanziamento, nel senso che la fideiussione, intrinsecamente connotata da una causa di garanzia, diviene (anche) strumento imprescindibile di accesso al credito<sup>364</sup>.

La pronuncia pone poi in luce come, in base a giurisprudenza consolidata della Corte stessa<sup>365</sup>, l'ambito di applicazione della disciplina in materia di clausole abusive sia da riferire a qualsiasi contratto stipulato tra un professionista e un consumatore che non sia stato oggetto di negoziato individuale fra le parti.

È a questo punto che le affermazioni della CgUe si fanno di particolare interesse: la Corte - sebbene con toni sbrigativi e in alcuni passaggi assai assertivi - sostiene che l'indagine volta ad verificare la sussistenza di un contratto che ricade nell'ambito di applicazione in questione dovrà rivolgersi non all'oggetto del contratto stesso (che viene definito addirittura "irrilevante"<sup>366</sup> a tal fine), ma piuttosto alla qualità dei contraenti, tramite la considerazione se gli stessi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale.

Il criterio incentrato sulla qualità delle parti viene peraltro significativamente ricondotto alla *ratio* che costituisce il fondamento del sistema di tutela istituito dalla direttiva in questione in favore del consumatore, ossia la collocazione del consumatore stesso in una situazione di inferiorità rispetto alla controparte professionista, con riguardo sia al potere nelle trattative sia al piano informativo, e che si traduce in un'induzione ad aderire alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dal professionista, senza poter incidere sul relativo contenuto<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> È quanto osservato da F. Macario, *op. cit.*, p. 150.

<sup>365</sup> V. la recente sentenza Šiba, 15 gennaio 2015, C 537/13, richiamata dall'ordinanza nei Considerando nn. 20, 21, 23 e 24.

<sup>366</sup> Fatte salve le eccezioni indicate al decimo Considerando della Direttiva 93/13, ossia i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società. (Considerando n. 22).

<sup>367</sup> Considerando n. 24. Si potrebbe osservare che la CgUe assume un'impostazione piuttosto semplicistica, nonché di stampo esclusivamente paternalistico. Soprattutto, un tale atteggiamento si



La Corte riferisce poi, in maniera specifica, l'individuato ambito di tutela ai contratti di fideiussione conclusi fra un istituto di credito e un consumatore: in questo caso l'esigenza di protezione si fa ancora più consistente, in considerazione del fatto che la stipulazione comporta l'assunzione di un impegno personale da parte del garante, che si vincola all'adempimento dell'obbligazione altrui, con relativo rischio economico non sempre agevolmente calcolabile.

Ciò comporta quindi la nascita, in capo al fideiussore stesso, di "obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare".

Con riguardo al profilo dell'accessorietà, la Corte osserva, *in primis*, che è senz'altro vero che il contratto di fideiussione, in riferimento al proprio oggetto, presenta carattere "accessorio" rispetto al contratto principale da cui deriva il debito garantito; tuttavia, ancora una volta, la vicenda deve essere guardata dal punto di vista delle parti contraenti: sotto questa angolatura, non vi sono ostacoli a rilevare che il contratto di garanzia è distinto dal rapporto principale perché stipulato tra soggetti diversi.

Pertanto, anche la qualifica di professionista ovvero di consumatore dovrà essere indagata con esclusivo riguardo alle parti del contratto di garanzia<sup>368</sup>.

Nel prosieguo, la decisione ricorda che la nozione di consumatore deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame si collochi al di fuori dell'esercizio di una professione; un valutazione che spetta al giudice nazionale investito della relativa controversia.

Anche nel caso di specie, quello di una persona fisica che garantisca l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, dovrà essere il giudice nazionale a verificare in primo luogo se il garante abbia agito o meno nell'ambito della sua attività professionale, nonché se sussistano indici che lo ricollegano funzionalmente al debitore garantito, oppure al contrario, se il fideiussore abbia agito per scopi di natura privata<sup>369</sup>.

---

avverte laddove la Corte intende rafforzare ed espandere le tutele in favore di un soggetto ritenuto strutturalmente ed irrimediabilmente debole.

<sup>368</sup> Molto chiara l'affermazione della Corte "È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito", Considerando n. 26.

<sup>369</sup> "Quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale", Considerando n. 29.

La conclusione della Corte è che la normativa in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori può trovare applicazione anche a un contratto di fideiussione<sup>370</sup> stipulato tra una persona fisica e una banca per garantire le obbligazioni assunte da una società commerciale, “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”<sup>371</sup>.

L’ordinanza in questione, pur riconoscendo l’esistenza di un’innegabile accessorietà che collega i due piani contrattuali, assegna alla garanzia un certo livello di autosufficienza, quanto meno limitatamente alla valutazione autonoma circa la sussistenza della qualità di consumatore; verifica che dovrà infatti avvenire, come sancito con chiarezza, con esclusivo riguardo alle parti del contratto di garanzia. Due sono infatti i profili da individuare e distinguere: il primo, relativo all’oggetto del contratto di garanzia, che pone in luce la dipendenza funzionale della fideiussione rispetto al rapporto principale, il secondo, relativo invece al profilo soggettivo delle parti contraenti, rispetto al quale il rapporto di garanzia - intercorrente fra fideiussore e creditore - appare ben distinguibile da quello principale, intercorrente fra debitore principale e creditore.

Indipendentemente da quale che sia la qualifica soggettiva del debitore principale all’interno del rapporto principale (normalmente un contratto di credito), il fideiussore assumerà una qualità “propria”, misurata in riferimento alla vicenda fideiussoria, che sopravanza, ed anzi spezza la dipendenza dal rapporto principale.

Non si può negare che una certa propensione ad indagare il contesto di riferimento, in cui il garante agisce, alla luce della *ratio* e della normativa della cui applicabilità al fideiussore si discute piuttosto che sull’esclusiva considerazione del rapporto garantito, era già emersa in precedenti decisioni della Corte europea stessa<sup>372</sup>.

La pronuncia in questione adotta quindi una posizione assai netta, volta a prospettare una tutela del fideiussore in chiave consumeristica, in presenza di determinate condizioni. Di certo, si trae da essa uno spunto significativo - valevole soprattutto per l’ordinamento italiano, il quale manifesta particolare resistenza in proposito - per considerare la possibile diversificazione delle qualifiche soggettive che il

---

<sup>370</sup> O anche di garanzia immobiliare: i due casi sono infatti trattati congiuntamente dall’ordinanza.

<sup>371</sup> Considerando n. 30.

<sup>372</sup> Si tratta dei già citati casi *Dietzinger* e *Berliner Kindl Brauerei*.

fideiussore può assumere all'interno della vicenda economica complessiva in cui si inserisce la prestazione della garanzia.

Il rilievo di tale pronuncia è per di più accresciuto dal valore che le decisioni della CgUe assumono all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Le pronunce pregiudiziali interpretative, come quella resa nel caso di specie, producono, invero, effetti anche al di fuori del giudizio principale in quanto, pur originando da una controversia determinata, hanno carattere astratto, volto a chiarire l'interpretazione e la portata della normativa europea di cui si discute. Inoltre, tali decisioni producono effetti *erga omnes*, in conseguenza della portata vincolante delle stesse disposizioni interpretate.

D'altronde, come noto, uno degli obiettivi fondamentali, sottesi allo stesso istituto del rinvio pregiudiziale, è proprio quello di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea; scopo che risulterebbe frustrato se le sentenze interpretative della Corte dispiegassero i propri effetti soltanto nella causa *a quo*<sup>373</sup>.

Di conseguenza, l'ordinanza considerata - forte della sua efficacia che va ben oltre il caso di specie, originato dalla controversia rumena - acquisisce un significato particolare nel contesto europeo, soprattutto in un ordinamento come quello italiano che ha sempre fornito soluzioni in direzione opposta, attribuendo un rilievo determinante al carattere accessorio della fideiussione, e che difficilmente ha considerato meritevole di attenzione la vicenda economica concreta all'interno della quale la garanzia viene rilasciata.

Non è dunque escluso, in tale prospettiva, che si possa ipotizzare, anche nel perseguimento dell'armonizzazione del diritto europeo, un'incidenza diretta di tale pronuncia, in ottica conformativa, sulle soluzioni che nel nostro ordinamento in futuro verranno fornite al problema in esame.

Certo, secondo la soluzione adottata dalla CgUe, non ogni fideiussore "privato", che agisca cioè al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, può essere automaticamente trattato alla stregua di un consumatore.

La decisione individua infatti, per quanto sinteticamente, un secondo requisito necessario ai fini dell'attribuzione della qualità di consumatore, ossia l'insussistenza di ogni tipo di collegamento di natura funzionale con il debitore-professionista garantito.

---

<sup>373</sup> A. Riguglio, voce *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1997, pp. 1 ss. Non manca neppure chi ipotizza una vera e propria efficacia "normativa" delle pronunce pregiudiziali: in questi termini cfr. G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 249 ss.

Tale aspetto chiama in causa un ulteriore profilo, ad esso strettamente connesso, ossia la possibilità che sussista un interesse patrimoniale del garante stesso al rilascio della garanzia: è evidente infatti che laddove sussista suddetto collegamento fra fideiussore e debitore principale, si evidenzierà anche un interesse proprio del garante a rendersi tale.

La presenza di un interesse proprio del garante alla conclusione del negozio di garanzia è un fattore che ha esplicitato un certo peso nelle decisioni assunte in altri ordinamenti, soprattutto in materia di fideiussioni prestate dal coniuge o familiare del debitore garantito, a condizioni particolarmente gravose<sup>374</sup>.

### 16.1 La pronuncia della CgUe nell'ottica del principio di effettività

Spostando la riflessione sul piano argomentativo, non si può non osservare come l'ordinanza da ultimo esaminata concretizzi una plastica espressione del tanto discusso ed anche osteggiato principio di effettività, caratteristico delle pronunce della Corte di Giustizia<sup>375</sup>.

In primo luogo, appare significativo lo stesso utilizzo della forma dell'ordinanza, in aderenza all'art. 99 del regolamento di procedura della CgUe, secondo il quale ove la risposta a un quesito pregiudiziale non dia adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, previo rispetto di determinate condizioni procedurali, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata<sup>376</sup>.

Peraltro, l'ordinanza si caratterizza, come già accennato, per essere assai breve, concisa e netta nel sostenere le proprie conclusioni; forse persino sbrigativa laddove si tratta di argomentare determinate soluzioni. Essa fa inoltre particolare riferimento alla *ratio* che supporta ed ispira la disciplina dettata a tutela del consumatore.

È assai chiaro che la pronuncia compie un'applicazione dei principi del diritto dell'Ue - recepito nella normativa interna - al caso di specie, ricavandone una regola di interpretazione con valore autentico e vincolante, nell'ottica del perseguimento di un obiettivo che appare centrale, ossia l'effettività della tutela, (forse) a discapito

---

<sup>374</sup> Si tratta di situazioni che saranno oggetto di specifica analisi nel capitolo successivo, al quale si rinvia.

<sup>375</sup> Su cui v. le riflessioni di N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, n. 3, p. 887 ss., che definisce, in via generale e preliminare, l'effettività come "una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati".

<sup>376</sup> In generale, sulla rilevanza della soluzione delle questioni pregiudiziali da parte della CgUe v. F. Sorrentino, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in E. Navarretta (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 8 ss.

dell'argomentazione giuridica sottesa. Con evidenza la Corte procede in un ragionamento per principi, secondo una logica di stampo "sostanzialistico", in vista della garanzia di effettività della tutela della parte coinvolta.

Si tratta di affermazioni non prive di implicazioni, che inducono ad una riflessione profonda - in questa sede consentita solo per brevi cenni - relativa, innanzitutto, allo stesso sistema delle fonti.

La Corte di Giustizia dell'Ue dimostra spesso di prediligere l'atteggiamento meramente ermeneutico a quello strettamente dogmatico<sup>377</sup>, in ciò spinta soprattutto dall'esigenza di pervenire all'uniforme applicazione del diritto europeo, ed invoca l'effettività della tutela in situazioni in cui, si è detto in chiave fortemente critica, "la soluzione adottata nel caso concreto non trova altra soluzione che in se stessa"<sup>378</sup>.

Ma anche le Corti nazionali stanno effettuando un'applicazione diretta e quanto mai "disinvolta" dei principi<sup>379</sup>. Basti pensare alle note decisioni con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità riguardante l'assenza di una norma sulla riduzione giudiziale della caparra confirmatoria di ammontare eccessivo, e che hanno statuito il potere-dovere del giudice di rilevare e dichiarare, anche d'ufficio, la nullità, totale o parziale, *ex art. 1418 c.c.*, della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria "manifestamente eccessiva", per contrasto con il con il principio di "solidarietà sociale" di cui all'art. 2 Cost<sup>380</sup>.

Il parametro costituzionale fa in tal modo ingresso direttamente all'interno del regolamento contrattuale e impone l'applicazione dello strumento del bilanciamento, in relazione alle circostanze del caso concreto, senza passare necessariamente attraverso l'intermediazione della legge<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> Così C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 3.

<sup>378</sup> C. Castronovo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>379</sup> Principi, i quali perdono senz'alto il loro limitato significato originario, quello cioè di strumento interpretativo utilizzabile solo in caso di lacune e vengono utilizzati per operazioni ermeneutiche - tanto del testo legislativo quanto dello stesso comune sentire - che consente al giudice di rendersi interprete del tessuto socio-economico, nonché del patrimonio di diritti e di valori della civiltà giuridica. Da strumento ermeneutico con funzione residuale, i principi generali sono visti come doveroso momento di raccordo fra il diritto ed il suo necessario fondamento di giustizia e equità: in questi termini N. Lipari, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 28 ss. e 39, che ricostruisce i profondi mutamenti intervenuti nel sistema delle fonti e nella stessa cultura giuridica civilistica, per lungo tempo fortemente condizionata dal modello del positivismo e dai relativi vincoli, evidenziando come sia ormai assodato che l'argomentazione giuridica non si esaurisce in mere operazioni logico-formali, assiologicamente neutrali, bensì coinvolge operazioni valutative e scelte di valore.

<sup>380</sup> Si tratta delle già citate C. Cost., ord. n. 248 del 13.10.2013 e ord. n. 77 del 26.03.2014. In proposito, v. abbondantemente, *infra*, cap. 3, par. 3.5.

<sup>381</sup> Cfr G. Vettori, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Pers. merc.*, 2014, n.1, p. 102.

Come osservato, anche criticamente, da una simile impostazione il sistema delle fonti esce disgregato, in nome del conseguimento di una giustizia contrattuale intrinseca<sup>382</sup> e lo stesso sistema positivo emerge destrutturato, sostituito da un insieme di principi, norme spesso prive di una fattispecie che esigono un bilanciamento fra valori diversi<sup>383</sup>.

Ci troviamo innegabilmente di fronte ad un incisivo mutamento della “giuridicità” e dello stesso sistema delle fonti<sup>384</sup>; tutto sta nella prospettiva da cui considerarlo.

Da un lato vi è chi considera tutto ciò sintomatico di un’inesorabile “eclissi” a cui il diritto civile è ormai condannato; al punto che l’atteggiamento della CgUe - giudice che non disdegna di *jus condere*, ancora nell’ottica rimediale del perseguimento di una non meglio precisata tutela effettiva - viene ritenuto il vero e proprio emblema del declino, in grado di far venir meno persino il significato del sintagma “ordinamento giuridico”<sup>385</sup>.

Dall’altro lato, non manca chi considera il fenomeno piuttosto sul versante del recupero di un certo legame diretto fra diritto e società; il che porta con sé necessariamente l’erosione del predominio legislativo statale, e la differenziazione delle fonti del diritto<sup>386</sup>, sul presupposto che le istanze ed i giudizi valoriali non siano privi di fondamento razionale: anzi, questo convincimento errato viene ritenuto un dogma ingiustificato imposto dal positivismo<sup>387</sup>.

In tale ottica, il declino della post modernità è evidente; si va però oltre il nichilismo stesso per affidarsi piuttosto ad un atteggiamento di stampo realista, che, anche nel diritto, guardi alla dimensione concreta del presente<sup>388</sup>.

Ed è pur vero che soprattutto il diritto dell’Ue spinge verso la ricerca del rimedio effettivo, ma il contesto all’interno di cui ciò deve avvenire è un sistema che si costruisce

---

<sup>382</sup> Cfr. D’Amico, *op. cit.*, p. 927, che pone in luce il pericolo consistente nell’immolare sull’altare della c.d. giustizia del caso concreto regole e principi fondamentali del diritto contrattuale; il che può produrre effetti definiti “destabilizzanti”.

<sup>383</sup> Così, ma in chiave non critica: G. Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, n.1, p. 5 ss., specie p. 11, dove l’autore sostiene che “L’asse della giuridicità si sposta dall’assolutismo della legge alla centralità dell’interprete”.

<sup>384</sup> Rileva che la fonte perde veste formale, per “segnare il predominio della sostanza sulla forma”, A. Di Majo, *Diritto dell’Unione Europea e tutele nazionali*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, *cit.*, p. 123.

<sup>385</sup> C. Castronovo, *op. cit.*, p. 5.

<sup>386</sup> G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 2, p. 51 ss.

<sup>387</sup> G. Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, *cit.*, p. 15.

<sup>388</sup> V. ancora G. Vettori, *op. ult. cit.*, p. 11, secondo cui “Il giurista è sempre meno appagato da un ossequio al linguaggio e alle procedure per ricercare la verità parziale del proprio tempo, capace di orientare e determinare l’opera dell’interprete, condizionato sempre più da un’oggettività legata ad una dimensione concreta del presente e dell’esserci”.

a partire dal dialogo fra norma e giudici<sup>389</sup>. Ne risulta eroso il valore della certezza del diritto<sup>390</sup>, che, comunque, anche storicamente non trova il suo unico referente nella legge.

Di fronte a tutto ciò, il lavoro del giurista, lungi dal subire interruzioni o limitazioni, piuttosto cambia forma, prosegue, ma con nuovi orizzonti, imposti dalla necessità di compiere una riflessione “su come applicare diritti, principi e clausole generali in base a fonti giuridiche che diversificano le posizioni soggettive dei privati e inducono a percepire le differenze e la fonte generatrice delle diseguaglianze”<sup>391</sup>. Tale riflessione dovrà avvenire grazie ad una tecnica argomentativa nuova, ma rigorosa al pari della dogmatica tradizionale<sup>392</sup>.

Per tornare all’ordinanza in esame, si può affermare che un’indagine più approfondita di essa svela il suo essere sintomatica di una modalità di *ius dicere* assai caratteristica delle corti europee, fortemente orientata verso la ricerca di un principio di effettività della tutela, che privilegia l’aspetto assiologico della vicenda, a discapito dell’intermediazione legislativa, nonché forse della stessa argomentazione giuridica<sup>393</sup>.

In effetti, soprattutto nella parte della decisione - fondamentale ai fini della risoluzione del caso - in cui si distingue fra rapporto principale e rapporto di garanzia, il profilo relativo all’accessorietà del secondo rispetto al primo viene scarsamente considerato, e quasi “messo da parte” ai fini che qui interessano. Le implicazioni giuridiche dell’accessorietà risultano, in effetti, quanto meno tralasciate.

---

<sup>389</sup> In proposito, con particolare riguardo al ruolo della giurisprudenza, anche nell’ottica di una crescente convergenza degli ordinamenti di *civil law* e di quelli di *common law*, v. S. Patti, *L’interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, cit., p. 163 (anche in *Foro it.*, 2014, n. 4, p. 114 ss.).

<sup>390</sup> Sul cui valore e i relativi punti di “rottura”, fra cui, *in primis*, il diritto dell’Ue, v. l’accurata analisi di N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, n. 4, p. 1115 ss.

<sup>391</sup> Così ancora G. Vettori, *op. ult. cit.*, p. 11.

<sup>392</sup> Lo stesso A., in più di uno scritto (cfr. sopr. *Regole e principi. Un decalogo*, *op. cit.*, p. 56, ma anche *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 11 ss.) individua precisi “antidoti” contro il rischio di fare abuso dei principi. Tra questi, in primo luogo il fatto e l’argomentazione - nel senso che la ricostruzione puntuale della fattispecie dovrà indicare subito i termini entro cui si articola la conseguente risposta al problema della vita e sarà la tecnica argomentativa a dare conto di come dovranno essere impiegate le regole e i principi - ma anche la distinzione fra due piani spesso confusi: quello del diritto ad un ricorso effettivo, inteso quale possibilità di agire, attivando una tutela giurisdizionale effettiva, e quello del diritto ad rimedio effettivo, che consente di ottenere nel processo tutte le tutele che consentano la piena soddisfazione del diritto azionato.

<sup>393</sup> Nella decisione sembra cioè emergere con evidenza quella confusione e sovrapposizione fra diritti fondamentali e principi generali, denunciata da G. Alpa, *I “principi fondamentali” e l’armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contr. e impr.*, 2013, n. 4-5, p. 825 ss., il quale osserva proprio come la Corte di giustizia dell’Ue tenda, nelle proprie decisioni, a utilizzare i diritti fondamentali quali principi generali di diritto contrattuale. Cfr. sopr. p. 834 ss.

Eppure, proprio tale aspetto rappresenta il fulcro argomentativo delle decisioni che la Cassazione ha finora fornito sul punto, sebbene, come ricordato, non manchino, sul punto, altre pronunce della stessa corte di legittimità che limitano l'operatività della regola di accessorietà della garanzia, dimostrando che non di un principio assoluto si tratta<sup>394</sup>.

Invero, quanto osservato con riguardo al principio di effettività non significa comunque che la soluzione, sostenuta dalla Corte nel caso di specie - per quanto insufficientemente motivata - non abbia un fondamento scientifico solido. Non a caso tale prospettazione non è nuova né alle pronunce giurisdizionali di altri paesi, né allo stesso panorama italiano, in cui pur tuttavia risulta ancora minoritaria.

### **17. Gli ulteriori, più recenti, sviluppi giurisprudenziali**

Un'ulteriore importante sentenza favorevole alla configurazione di un garante-consumatore, alla quale è opportuno quanto meno accennare, è giunta in tempi recenti dal Tribunale di Milano<sup>395</sup>. Si ricorda che, a quanto risulta, la giurisprudenza di merito non rendeva in proposito una pronuncia di apertura dalla sovraesaminata decisione del Tribunale di Palermo del 2005<sup>396</sup>.

Non è un caso che la pronuncia in questione si collochi temporalmente soltanto a qualche mese di distanza dall'ordinanza della Corte di Giustizia del 19.11.2015, che viene significativamente richiamata dalla decisione milanese, e al cui contenuto essa dimostra di ispirarsi.

Il giudice milanese ha dunque qualificato i sottoscrittori "privati" di una garanzia prestata a favore di un soggetto non consumatore come consumatori, sancendo la conseguente applicabilità delle relative normative, *in primis*, della nullità delle clausole abusive contenute nel contratto di garanzia, e, in particolare, delle clausole limitative della facoltà di opporre le eccezioni inerenti il rapporto fondamentale.

Peraltro, vale la pena rilevare come nel caso di specie, relativo ad una fattispecie di anatocismo bancario, fosse dubbia la stessa natura - autonoma o fideiussoria, e quindi accessoria - della garanzia prestata. Come accennato, propendere per la soluzione

---

<sup>394</sup> Così, di recente, Cass. S. U., 5 dicembre 2011, *cit.*

<sup>395</sup> Si tratta di Trib. Milano, 4.04. 2016, reperibile in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14729.pdf>.

<sup>396</sup> V. *supra*, cap. II, par. 11.



favorevole alla considerazione del garante quale consumatore, in ipotesi di garanzia autonoma, appare, in generale, più agevole<sup>397</sup>.

In ogni caso, la pronuncia di merito, senza scandagliare ulteriormente la questione, in maniera forse semplicistica, si limita a sostenere che si deve procedere con l'applicazione delle tutele consumeristiche, “anche nell'ipotesi di qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo”, e richiama, in proposito, proprio quanto sancito dall'ordinanza della CgUe sopra analizzata.

Ancora di maggiore interesse ai fini della presente analisi, nonché persino più recente, un'ultima pronuncia della stessa Corte di Giustizia: a meno di un anno dalla decisione del novembre 2015, la CgUe rende un'altra ordinanza - anch'essa originata da un rinvio pregiudiziale proveniente da un giudice rumeno - avente ad oggetto la delimitazione dell'ambito applicativo della direttiva 93/13 del 1993, con particolare riguardo alla posizione di un fideiussore<sup>398</sup>.

Peraltro, pure in questo caso si trattava di un garante “privato”, che aveva rilasciato la garanzia al di fuori dell'esercizio di attività professionale, nonché in assenza di collegamenti di tipo funzionale con il debitore garantito-professionista, ed in presenza di un legame, stavolta di coniugo, con il debitore principale stesso<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> V. *supra*, cap. II, par. 10.

<sup>398</sup> Si tratta di CgUe, ordinanza 14.09.2016, C 534/15.

Al momento, l'ordinanza è pubblicata in [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/corte\\_di\\_justizia\\_dellunione\\_europea\\_sez.\\_x\\_14\\_settembre\\_2016\\_c-534-15\\_0.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/corte_di_justizia_dellunione_europea_sez._x_14_settembre_2016_c-534-15_0.pdf). Per un primo commento della stessa, v. M. De Nadai, *Ultimi sviluppi della giurisprudenza comunitaria in tema di tutele per il fideiussore-consumatore*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), novembre 2016, p. 1 ss.

<sup>399</sup> Nel periodo compreso fra 2005 e 2008 una banca- mutuante ed una società commerciale concludevano tre contratti di finanziamento. L'amministratore e socio unico della società e la relativa moglie stipulavano, a garanzia delle obbligazioni derivanti dai contratti di mutuo, un'ipoteca in favore della banca. Nel 2009, la banca stipulava con la società e con una società ad essa collegata tre contratti di credito aventi ad oggetto il rifinanziamento e la rateizzazione degli altrettanti contratti di mutuo già conclusi. La società assegnava inoltre alla banca, tramite un'operazione di delegazione, la società collegata quale nuova debitrice delle obbligazioni di rimborso degli originari finanziamenti. Successivamente, i due garanti-coniugi adivano il tribunale competente affinché fosse dichiarata la nullità per vessatorietà di alcune clausole, richiedenti il pagamento di commissioni bancarie, contenute nei contratti di credito del 2009. La banca convenuta negava che fosse configurabile la qualifica di consumatori in capo ai ricorrenti.

Così strutturato, il caso veniva sottoposto dal giudice del rinvio alla Corte di Giustizia, chiamata a rispondere ad un primo quesito riguardante la possibilità di attribuire la qualifica di consumatori a soggetti resisi garanti di obbligazioni assunte da una società commerciale, nonché ad un secondo quesito, relativo alla possibilità di ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 1. par. 1 direttiva 93/13 anche i contratti accessori come quelli di garanzia.

Il secondo quesito trova una risposta immediatamente positiva nell'ordinanza in questione; si ricorda che lo stesso profilo era già stato oggetto di una vera e propria *querelle* fra Commissione Europea e Italia, dal momento che il nostro ordinamento aveva originariamente recepito la direttiva 93/13 con una

La risposta fornita dalla Corte conferma la soluzione consistente nella verifica, in concreto, della veste in cui il fideiussore ha agito nel momento in cui si è reso tale, senza che l'accessorietà della garanzia possa invece esplicitare alcuna efficacia in funzione limitativa.

La giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia sembra pertanto destinata a consolidarsi in tal senso.

In conclusione, si osserva che - nonostante la mancata differenziazione delle categorie soggettive del garante da parte del legislatore italiano, e malgrado la rigidità delle posizioni giurisprudenziali che hanno sinora negato al fideiussore l'applicazione delle tutele consumeristiche - non mancano, anche alla luce di significative sollecitazioni provenienti dal contesto europeo, spunti sufficienti per consentire un'auspicabile riconsiderazione in chiave critica del fideiussore: figura quanto mai complessa, spesso costretta in posizioni di effettiva inferiorità (sia essa economica, contrattuale o informativa), al pari del consumatore stesso, eppure ad oggi ancora sprovvista di adeguata considerazione in tali termini.

Soprattutto, la decisiva spinta verso la configurazione a pieno titolo di un garante-consumatore proviene dalla giurisprudenza della CgUe, che ha di recente fornito risposte di grande apertura, nonché di rilievo anche con riguardo ad un'altra qualifica soggettiva rilevante, quella di familiare o coniuge del debitore garantito.

L'indagine proseguirà proprio prendendo in esame altre qualifiche soggettive, corrispondenti ad altrettanti "statuti fideiussori" differenziati, che il fideiussore possa rivestire.

---

formulazione risultante eccessivamente restrittiva ed idonea, in particolare, ad escludere dal proprio ambito applicativo proprio i contratti accessori. In proposito, v. *supra*, cap. II, par. 7.

### CAPITOLO III: Fideiussione e relazioni familiari

#### 1. Introduzione

Come già più volte posto in luce in chiave critica, la disciplina dettata dal nostro codice civile in tema di fideiussione non differenzia le molteplici qualifiche soggettive che il garante possa ricoprire all'interno della concreta vicenda fideiussoria; con conseguente mancata considerazione degli interrogativi che si pongono, in termini sia di tutela dei soggetti coinvolti, sia di allocazione del rischio di inadempimento<sup>400</sup>.

D'altronde, come è stato osservato, la presenza di regole a vocazione generale, non soffermantesi sugli aspetti differenziali che contraddistinguono lo specifico contraente, è una caratteristica generale che connota l'intera disciplina codicistica dei singoli contratti<sup>401</sup>.

Eppure, merita sicuramente merita autonoma considerazione l'ipotesi in cui il fideiussore, nel prestare garanzia, agisca al di fuori dell'esplicazione di un'attività professionale, potendo questi atteggiarsi, e pertanto anche essere giuridicamente trattato, alla stregua di un vero e proprio consumatore.

L'indagine sulla scomposizione della figura del fideiussore conduce ad individuare un secondo possibile "statuto fideiussorio", corrispondente alla fattispecie in cui in cui il fideiussore sia legato al debitore garantito da rapporti di coniugio o di parentela<sup>402</sup>, che è opportuno prendere in esame.

In realtà, si tratta di un'ipotesi connessa a doppio filo alle riflessioni precedenti, relative alla posizione del garante-consumatore<sup>403</sup>.

È infatti evidente che laddove un coniuge si renda fideiussore dell'altro coniuge, oppure nell'ipotesi in cui un genitore garantisca il debito del figlio o viceversa - due situazioni che concretizzano veri e propri casi paradigmatici dell'ipotesi in esame - il

---

<sup>400</sup> Cfr. F. Fiorentini, *Country Report: Italy*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, p. 353 ss., che denuncia la mancata differenziazione fra "tipi" di fideiussione, in particolare fra *commercial* e *consumer suretyship*, nonostante gli ultimi sviluppi della legislazione bancaria e consumeristica.

<sup>401</sup> V. F. Macario, *op. cit.*, p. 102.

<sup>402</sup> Così F. Macario, *op. cit.*, p. 118 ss.

<sup>403</sup> In proposito, cfr. la riflessione di ampio respiro di C. U. Schmid, *Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Civil Law*, in A. Colombi Ciacchi (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 21 ss. L'autore considera le garanzie che egli definisce "private" (*Private Suretyships*) come uno snodo cruciale nello sviluppo, sul piano giuridico ma anche sociale, del diritto privato contemporaneo.

garante agisce normalmente quale consumatore, essendo senz'altro a questi estraneo lo scopo professionale nel rilascio della garanzia.

Ciò, fermo restando che non necessariamente il fideiussore-consumatore è anche coniuge o familiare del debitore.

Se a valle si pone quindi l'interrogativo circa l'applicabilità o meno della disciplina consumeristica in favore del fideiussore, a monte si tratta di considerare se - nella circostanza in cui la garanzia venga prestata esclusivamente sul presupposto della sussistenza di un vincolo di coniugio o comunque familiare con il debitore, che induca il garante a sobbarcarsi condizioni contrattuali particolarmente gravose - possano individuarsi conseguenze, dalla maggiore incisività, che colpiscano la fideiussione stessa, giungendo a determinarne persino l'invalidità.

L'attenzione si sposta dunque dal versante della disciplina applicabile al garante al piano della validità della garanzia.

Preliminarmente, si ricorda<sup>404</sup> che, dal punto di vista dei rapporti che legano il garante al debitore principale, soggetto pur estraneo alla pattuizione fideiussoria, la realtà dei traffici economici dimostra ampiamente come sia senz'altro molto diffusa la situazione in cui il fideiussore sia coinvolto nella stessa attività imprenditoriale esercitata dal debitore, se non addirittura un intermediario professionale, che rilascia fideiussione sulla base di un accordo con il debitore garantito.

Parimenti frequenti risultano le ipotesi in cui, pur in assenza della pattuizione di un corrispettivo per la prestazione della garanzia, la gratuità che connota tale prestazione si configura comunque come "interessata".

Nel primo, come nel secondo ordine di situazioni, all'operazione economica complessivamente realizzata sottostà perciò un vero e proprio interesse patrimoniale, diretto o meno, del garante.

Al contrario, le ipotesi che ci si propone ora di prendere in esame concretizzano plasticamente proprio la figura codicistica del "fideiussore-amico" del garante, che rilasci la garanzia in un'ottica totalmente disinteressata dal punto di vista economico, se non addirittura all'insaputa del debitore (2°c., art. 1936 c.c.), e soltanto in vista di un'eventuale surrogazione e della possibilità di agire in regresso.

---

<sup>404</sup> V. *supra*, cap. I, sez. I, par. 7.2.

Ove il fideiussore sia un prossimo congiunto del debitore stesso, è infatti evidente come questi agisca solo in virtù di un legame di *affectio* con il debitore principale<sup>405</sup>.

D'altronde, la fideiussione si configura come negozio neutro, che può atteggiarsi indifferentemente come gratuito ovvero oneroso, senza che ciò incida sulla sua causa, che rimane in ogni caso causa di garanzia<sup>406</sup>.

Nelle situazioni di rilascio della fideiussione da parte di un coniuge o familiare, alla causa di garanzia non si aggiungerà l'ulteriore causa consistente nello scambio, che connota invece le garanzie a titolo oneroso, e la fideiussione si configurerà a pieno titolo come contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, alla conclusione del quale troverà conseguentemente applicazione la procedura semplificata di cui all'art. 1333 c.c.

## **2. L'*affectio familiaris* e l'assunzione di garanzie a condizioni gravose**

Fatte tali premesse, occorre chiedersi quale sia l'elemento che differenzia le fideiussioni rilasciate da coniugi/familiari dalle garanzie non connotate dalla presenza di siffatto legame, tale da poter condizionare, in presenza di ulteriori presupposti, la sorte della garanzia stessa.

La risposta è scontata: il nodo della questione sta proprio in quel vincolo, di coniugio o parentale, che lega, giuridicamente ed affettivamente, soggetto garante e soggetto garantito.

L'incisività del legame è, in una certa misura, dirompente, e l'esperienza dimostra che proprio l'*affectio* è in grado di indurre il coniuge/familiare-fideiussore ad acconsentire a rendersi garante di operazioni economiche che non solo non sottendono un interesse patrimoniale proprio - come invece avviene nelle fideiussioni a titolo oneroso, o comunque "interessate" - ma che risultano anche particolarmente gravose per il fideiussore stesso<sup>407</sup>.

Come è stato efficacemente affermato, la presenza del vincolo familiare può determinare "l'assunzione di obblighi che diversamente non verrebbero neanche presi in considerazione dal garante"<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> Sul rilievo esplicitato dall'*affectio parentalis* nell'assunzione di garanzie, v. A. Calderale, F. Mastropaolo, *op. cit.*, p. 508 ss.

<sup>406</sup> Sulla causa della fideiussione v. *supra*, cap. I par. 7.

<sup>407</sup> Sulla considerazione delle fideiussioni assunte da garanti "privati", soprattutto in presenza di un legame familiare con il debitore garantito, nella prospettiva della razionalità limitata (*bounded rationality*) del soggetto agente, cfr. K. Heine, R. Janal, *Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *op. cit.*, p. 5 ss., sopr. p. 12 ss.

<sup>408</sup> Cfr. F. Macario, *op. cit.*, p. 119.

Soprattutto laddove all'onerosità delle condizioni contrattuali a cui il garante si sottopone con la stipula della fideiussione in favore del coniuge o del parente si affianchi una scarsa preparazione e conoscenza complessiva dell'operazione economica da parte del fideiussore stesso, si fa pertinente la considerazione per cui il rilascio della garanzia sia dovuto esclusivamente al legame con il debitore principale, e quindi, verosimilmente, alla fiducia in questi riposta.

Peraltro, non è infrequente neppure la circostanza per cui il patrimonio del garante appaia del tutto insufficiente rispetto all'importo della garanzia assunta.

In tale prospettiva, la vera situazione emblematica dell'assunzione di fideiussione a condizioni svantaggiose è quella di una moglie che garantisca il debito del marito-debitore principale.

Nell'ottica tradizionale - per quanto essa sia ormai in larga misura superata - connotata dalla separazione dei ruoli in ambito familiare, compete al marito prendere decisioni che incidano sul patrimonio della famiglia: rispetto ad esse la moglie risulterà fortemente influenzata, e pertanto anche facilmente inducibile a rilasciare le relative garanzie, senza informarsi ulteriormente e senza aver ben chiara la portata delle proprie azioni<sup>409</sup>.

Questa situazione appare peraltro destinata a riproporsi anche all'interno dell'istituto, di recente introduzione nel nostro ordinamento, delle unioni civili<sup>410</sup> (anche) tra persone dello stesso sesso, in cui sia possibile individuare un *partner* in condizioni di inferiorità decisionale e/o economica.

La condizione, genericamente definibile di "squilibrio" in cui viene a trovarsi il fideiussore-familiare, è del tutto analoga a quella del garante-consumatore: in entrambi i casi, il garante accede alla pattuizione fideiussoria a causa della pressione che questi avverte, stante la presenza di vincoli di dipendenza economica ovvero "emozionale" nei confronti del debitore garantito<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Sono le considerazioni preliminari all'approfondita analisi svolta sul piano comparatistico da S. Catanossi, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti*, cit., p. 8 ss.

<sup>410</sup> Introdotte dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà, recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Sul tema, nel corso delle travagliate vicende che hanno infine condotto all'approvazione della legge, v. G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 1014 ss., e, in prospettiva più ampia, R. Senigaglia, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 11, p. 671 ss.

<sup>411</sup> Sul tema cfr. F. Fiorentini, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 783 ss. ed in particolare, sulle "fideiussioni rovinose", p. 795 ss.

È dunque inevitabile chiedersi se e in che limiti la garanzia prestata in siffatte condizioni sia valida; tanto più in considerazione del fatto che, come noto, la fideiussione è diventata imprescindibile per accedere a gran parte delle operazioni bancarie, soprattutto di finanziamento, e, come rilevato, le pratiche bancarie che accettano garanzie personali prestate da parenti (ma anche amici) del debitore garantito sono tutt'altro che infrequenti nel panorama europeo. Anzi, le stesse risultano particolarmente diffuse nelle operazioni finalizzate a garantire i crediti delle piccole e medie imprese<sup>412</sup>.

Se il senso comune porterebbe a ritenere che le banche-creditrici non abbiano particolare interesse a pretendere la prestazione di fideiussioni da parte del coniuge/familiare del debitore, che sia nullatenente o comunque dotato di un patrimonio del tutto incapiente rispetto all'ammontare del debito garantito, la prassi dimostra invece il contrario: tale richiesta viene di solito formulata per indurre l'adempimento da parte del debitore stesso<sup>413</sup>.

Da un punto di vista ulteriore, è stato inoltre osservato che, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, è lo stesso regime legale di comunione degli acquisti - sebbene oggi sempre meno privilegiato - a costringere le banche a richiedere il rilascio della garanzia da parte del coniuge<sup>414</sup>, indipendentemente dallo scopo di incentivare l'adempimento del debitore.

In ogni caso, è evidente che la questione della validità delle fideiussioni in un certo senso "gravose", prestate dal coniuge/familiare - lungi dal riguardare solo casi sporadici - manifesta un'estensione rilevante, e si dimostra idonea a coinvolgere una parte consistente del tessuto economico, non solo italiano, ma anche europeo.

Gli effetti "catastrofici" che una garanzia erogata a condizioni gravose esplica sull'inconsistente patrimonio di un coniuge/familiare del debitore, si palesano, com'è ovvio, ancor di più nella fase di richiesta di adempimento da parte del creditore.

---

<sup>412</sup> F. Fiorentini, *op. ult. cit.*, p. 796.

<sup>413</sup> V. S. Catanossi, *op. cit.*, pp. 8-9

<sup>414</sup> In proposito v. A. Del Giudice, *La fideiussione coniugale bancaria*, in M. Bianca (a cura di), *La comunione legale*, I, Milano, 1989, p. 151 ss., che ricorda come, grazie al regime della comunione legale, il patrimonio del coniuge-garante, incapiente al momento dell'assunzione della garanzia, sia poi soggetto a successivi aumenti, anche consistenti, dovuti ad acquisti effettuati dal coniuge-debitore, che determinano, com'è ovvio, una corrispondente diminuzione del patrimonio di quest'ultimo.

È infatti appena il caso di ricordare che il fideiussore risponde dell'adempimento dell'obbligazione altrui con tutto il suo patrimonio, non diversamente dal debitore principale stesso, in conformità al principio generale di cui all'art. 2740 c.c.

Peraltro, non vi è neppure modo di arginare tale responsabilità, rendendo la posizione del garante in certa misura meno esposta rispetto a quella del debitore principale, posto che, secondo un'autorevole opinione, l'accordo delle parti inteso a porre una limitazione quantitativa della responsabilità del fideiussore - nel senso che questi possa essere chiamato a rispondere soltanto con una parte determinata del proprio patrimonio - sarebbe da ritenersi nullo<sup>415</sup>.

Come significativamente evidenziato, se nessun dubbio si pone in ordine alla necessità che il debitore debba sopportare ogni conseguenza, anche pregiudizievole, dell'assunzione dell'obbligazione e quindi del suo possibile inadempimento, appare invece contrario quanto meno ad un basilare senso di giustizia che anche il familiare del debitore, sebbene investito del ruolo di garante, debba trovarsi in una simile posizione, tanto più quando questi non abbia avuto alcun ruolo decisionale nell'operazione economica che ha condotto alla stipulazione della garanzia, ed abbia prestato la garanzia in assenza di qualsiasi interesse patrimoniale proprio<sup>416</sup>.

Dopo aver contestualizzato i contenuti e la portata del fenomeno in esame, è opportuno ulteriormente premettere che l'indagine dei sistemi potenzialmente adottabili al riguardo assume necessariamente una dimensione più ampia di quella nazionale<sup>417</sup>.

Invero, come già rilevato rispetto all'affine settore del fideiussore-consumatore, anche in relazione alle garanzie erogate dal coniuge/familiare del debitore a condizioni svantaggiose, l'ordinamento italiano mostra un atteggiamento di sostanziale immobilismo.

La disciplina applicabile, pure a vicende fideiussorie come quelle in questione - che non a caso sono state definite "di frontiera"<sup>418</sup> - continua ad essere quella degli artt. 1936 ss. c.c., senza differenziazioni, e, d'altronde, neanche la giurisprudenza ha fornito un contributo decisivo, non essendo approdata a soluzioni innovative in proposito.

---

<sup>415</sup> Così V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 390 ss.

<sup>416</sup> In materia, l'analisi più completa in lingua italiana si deve a A. Colombi Ciacchi, *Le fideiussioni rovinose: un nuovo campo di applicazione delle clausole generali del BGB a tutela della parte debole*, in S. Patti (a cura di), *Annuario di Diritto Tedesco 1999*, 2000, p. 149 ss.

<sup>417</sup> Sull'importanza dell'adozione del metodo comparatistico con specifico riguardo al settore in esame, cfr. A. Colombi Ciacchi, S. Weatherhill, *Regulating Unfair Suretyships in Europe: Methodology of a Comparative Study*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>418</sup> Cfr. F. Fiorentini, *op. ult. cit.*, p. 795.



Piuttosto, nel prendere in considerazione l'ordinamento italiano, risulterà utile all'indagine l'analisi di istituti della disciplina generale del contratto, calati sulle vicende in esame, nonché di talune recenti decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario, che, sebbene relative a casi di specie non concernenti fideiussioni, si caratterizzano per la statuizione di principi di ampio respiro, che ben si potrebbero attingere anche alle situazioni in questione<sup>419</sup>.

L'intento di esaminare le modalità con in cui la garanzia personale per eccellenza si attegga rispetto a tali vicende economiche complesse, implicherà inoltre l'esigenza di volgere lo sguardo alle soluzioni invalse in altri ordinamenti, nel tentativo di inquadrare complessivamente il fenomeno a livello europeo<sup>420</sup>.

In effetti, altri Paesi hanno dimostrato di avvertire una maggiore sensibilità nei confronti del tema, rispetto al quale hanno fornito svariate soluzioni, tutte comunque in chiave, per così dire, di "rigetto": esse meritano di essere prese in esame, per vagliarne la praticabilità anche nell'ordinamento italiano.

### 3. Le "fideiussioni rovinose" nell'ordinamento tedesco: premessa

L'ordinamento che in maniera più sistematica - sebbene non particolarmente di recente - ha affrontato e fornito risposte significative al tema delle c.d. "fideiussioni rovinose" prestate dal coniuge o familiare del debitore principale, è quello tedesco<sup>421</sup>.

Già il riferimento all'ordinamento tedesco rende immediato, nel tentativo di reagire alle fideiussioni rovinose, il richiamo alla clausola generale di buona fede<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> Cfr. il par. 6 del presente capitolo.

<sup>420</sup> Esemplare A. Colombi Ciacchi, S. Wheeler, *op. cit.*, *passim*.

<sup>421</sup> In generale, sul contratto di fideiussione nel diritto tedesco cfr. G.B. Barillà, *Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del Tribunale federale tedesco*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, n. 1, 337 ss.

Per un'analisi comparata riferita agli ordinamenti tedesco e italiano, delle garanzie personali, v. V. Demuro, *Die persönlichen Kreditsicherheiten im italienischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Costanza, 2008.

Sul tema specifico delle fideiussioni rovinose nel contesto familiare v. J. Gerhübner, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, in *Juristenzeitung*, 50, p. 1086 ss. L'autore si interroga sulla stessa opportunità di consentire le fideiussioni familiari, in considerazione delle pressioni psicologiche che in ambito familiare risultano particolarmente avvertite. All'autore si deve, peraltro, la stessa definizione di "fideiussioni rovinose".

Sulle decisioni tedesche in materia di fideiussioni familiari rovinose, v. l'approfondita analisi di M. Habersack, R. Zimmerman, *Recent developments in German Suretyships Law: Legal Change in a Codified System*, in *Edinburgh law review*, 1999, 3, p. 272 ss. Il contributo esamina le recenti novità tedesche in materia di fideiussione nella prospettiva della giustizia commutativa, evidenziando come, essendo la fideiussione un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, sia particolarmente significativo che le note sentenze tedesche abbiano aperto alla sua considerazione nell'ottica della *fairness* contrattuale.

Sulle soluzioni adottate dalle pronunce tedesche relativamente alle fideiussioni connotate dall'elemento dell'*affectio parentalis*, cfr. anche A. Calderale, F. Mastropaolo, *op. cit.*, p. 509 ss.

In effetti, se è vero che neppure in Germania, così come in Italia, si individuano definizioni legislative, né interpretazioni univoche della buona fede, tuttavia è proprio il sistema giuridico tedesco ad aver costituito il terreno di maggiore rilevanza delle riflessioni in materia.

Proprio la fideiussione ha rappresentato e rappresenta tutt'oggi un istituto che si presta particolarmente ad essere ricondotto alle clausole generali.

D'altronde, il legame fra fideiussione e buona fede, particolarmente evidente nell'ordinamento tedesco, era già stato posto in luce con riguardo alla fideiussione *omnibus*<sup>423</sup>: rispetto ad essa, peraltro, anche l'ordinamento italiano ha vissuto quella che ad oggi costituisce l'unica evoluzione normativa della disciplina fideiussoria, fortemente ispirata al principio di buona fede<sup>424</sup>.

In ogni caso, nell'ordinamento tedesco le soluzioni conseguite con riguardo al tema delle fideiussioni rovinose sono state molteplici e significative, ed hanno mostrato una certa articolazione soprattutto prima dell'arrivo ad una battuta di arresto giurisprudenziale nel 1993.

### 3.1. Le soluzioni precedenti al 1993

La questione delle fideiussioni rovinose contratte dal coniuge o dal familiare a condizioni svantaggiose si è imposta in più occasioni all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza tedesca.

In ogni caso, il tentativo perseguito - laddove l'escussione della garanzia apparisse contraria al "senso di giustizia"<sup>425</sup> - è stato quello di paralizzare i relativi effetti fornendo significative interpretazioni evolutive del diritto vigente.

La giurisprudenza di merito aveva in proposito conseguito soluzioni degne di considerazione già in tempi risalenti: così, una decisione di merito del 1910<sup>426</sup> aveva

---

<sup>422</sup> La bibliografia in materia di buona fede, anche con riguardo o in comparazione con l'ordinamento tedesco, è, com'è noto, particolarmente ampia. *Ex multis*, cfr. G. Alpa, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea - Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, Padova, 2003, p. 158 ss.; R. Favale, *Formnichtigkeit e Treu und Glauben: una sineddوحة*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 415 ss.; J. Basedow, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 455 e ss., W. F. Ebke, B.M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in (a cura di) J. Beatson, D. Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1994, p. 170 ss.

<sup>423</sup> V. *supra*, cap. I, sez. II, par. 1 ss.

<sup>424</sup> V. *supra*, cap. I, sez. II, par. 6.

<sup>425</sup> Per usare i termini di A. Colombi Ciacchi, *Le fideiussioni rovinose. cit.*, p. 152.

fondato sui *gute Sitten* (buoni costumi) - un concetto comprensivo delle nozioni italiane di ordine pubblico e buon costume - di cui al par. 138 BGB, la decisione di invalidare la fideiussione assunta da una figlia nei confronti di una banca-creditore, a garanzia del credito dei propri genitori, ed in particolare finalizzata ad ottenere una dilazione di pagamento di 8 giorni<sup>427</sup>.

Nel caso di specie, vennero evidenziati, quali elementi rilevanti, da un lato l'inesperienza e l'inconsistenza del patrimonio del garante, e dall'altro le pressioni da questi subite da parte della banca al fine di rilasciare la garanzia; mentre il creditore, considerato il ridotto livello di conoscenza dell'affare da parte del fideiussore, avrebbe dovuto provvedere ad informarlo accuratamente nella fase delle trattative, adempiendo al proprio *Aufklärungspflicht* (obbligo di informazione), di cui al par. 242 BGB.

La pronuncia, seppure risalente, è assai significativa soprattutto laddove, nel sancire la nullità della fideiussione prestata, attribuisce un peso determinante alla sussistenza di un'evidente sproporzione fra obbligazione garantita e possibilità economiche del garante di farvi fronte.

Come osservato, la decisione del 1910 configura una sorta di precedente storico di quelle ricostruzioni che tenderanno poi ad allontanarsi, in termini di avanzamento, rispetto alle soluzioni che riconducano, *sic et simpliciter*, la fideiussione rovinosa alla figura del negozio usurario o quasi usurario<sup>428</sup>.

Il negozio usurario rappresenta in sostanza una positivizzazione del negozio nullo per contrarietà ai *gute Sitten* (par. 138, primo comma BGB) e di esso - in presenza di una serie di elementi costitutivi quali la costrizione (*Zwangslage*) e l'inesperienza e difetto di capacità discernitive (*Urteilsvermögen*) - è sancita espressamente la nullità da parte dello stesso par. 138 BGB secondo comma<sup>429</sup>.

A partire dal negozio usurario, la giurisprudenza tedesca, soprattutto dagli anni '70, ha poi elaborato l'ulteriore figura del negozio quasi usurario (*wucherähnlich*)<sup>430</sup>,

---

<sup>426</sup> Si tratta di OLG Dresden, 10.11.1910, in *SeuffA*, 67, n. 1, su cui v. la riflessione di A. Braun, *Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen*, in *DSrR*, 1996, p. 1692 ss.

<sup>427</sup> V. la ricostruzione di R. Favale, *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*, in *Annali del Dipartimento di Scienze Giuridico-sociali e dell'amministrazione*, n. 3/2001, Università del Molise, Napoli, 2002, p. 203 ss.

<sup>428</sup> Cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 153 ss.

<sup>429</sup> Per la traduzione del par. 138, commi primo e secondo BGB si fa riferimento a A. Somma, *Parr. 104 - 185*, in S. Patti (a cura di), *Il Codice civile tedesco*, Milano, 2005, p. 48 ss.

<sup>430</sup> Sul negozio quasi usurario nell'ordinamento tedesco v. il commento di T. Mayer-Mali, § 138, in *Münchener Kommentar*, Monaco, 1993, n. 1, 3ª ed., p. 1168 ss.

connotato da una consistente sproporzione fra le prestazioni corrispettive, unitamente ad “ulteriori circostanze che rendono riprovevole il negozio nel suo insieme<sup>431</sup>”.

In realtà, si rinvengono difficoltà di non poco conto nel ricondurre le fideiussioni rovinose al negozio usurario o quasi usurario, per il semplice fatto che la fideiussione è un contratto non a prestazioni corrispettive, bensì con obbligazioni a carico del solo proponente<sup>432</sup>: per l'applicazione della fattispecie difetta quindi lo stesso requisito della sproporzione fra le prestazioni<sup>433</sup>.

È su tale impedimento applicativo che si innestano quelle tesi - già significativamente anticipate dalla pronuncia del 1910 - che spostano l'asse dell'indagine relativa alla sproporzione fra le non rinvenibili controprestazioni al rapporto fra la prestazione consistente nell'assunzione della garanzia e un elemento esterno al contratto, ossia le condizioni economico-patrimoniali del fideiussore<sup>434</sup>, che solitamente risultano, nella casistica in esame, di consistenza decisamente limitata rispetto all'importo della fideiussione prestata.

In siffatto modo, viene in un certo senso “eluso” il riferimento allo squilibrio delle prestazioni corrispettive, elemento costitutivo del negozio usurario e quasi usurario.

Il grande merito della sentenza del 1910 si individua proprio nel passaggio argomentativo volto a rapportare la capacità del debitore-fideiussore di adempiere all'obbligazione garantita su un fattore esterno al contratto stesso di garanzia: questa verifica circa la possibilità concreta di adempiere, da parte del singolo debitore - peraltro parametrata su una situazione ultronea rispetto alla vicenda fideiussoria in sé considerata - può condurre a concludere per la nullità del negozio.

In ciò sta la portata in certa misura “rivoluzionaria” di tale impostazione: un elemento esterno al contratto - in relazione al quale viene costruito un giudizio di sproporzione, il cui secondo termine di raffronto è invece un elemento del contratto di garanzia (ossia l'importo della fideiussione stessa) - “entra” potentemente nel contratto ed acquisisce una forza tale da poter incidere sulla validità di esso.

---

<sup>431</sup> V. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 153.

<sup>432</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sez. I, par. 5.

<sup>433</sup> V. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 14.

<sup>434</sup> Cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 155.

Come ricostruito da chi più si è occupato della questione<sup>435</sup>, in realtà la soluzione consistente nel ricercare l'appiglio sui cui parametrare la valutazione circa lo squilibrio delle prestazioni all'esterno del contratto non è appannaggio esclusivo delle fideiussioni rovinose, essendo piuttosto stata perfezionata dalla giurisprudenza successiva all'antecedente del 1910, con decisioni relative a casi di mutuo<sup>436</sup>.

In tale direzione, attribuendo rilievo alla sproporzione fra l'ammontare della somma mutuata e la capacità del debitore, si sono considerati nulli i contratti di mutuo caratterizzati da un'eccessiva onerosità a carico dell'obbligato<sup>437</sup>.

Anche qui talora interveniva, nelle fattispecie considerate, quale ulteriore elemento deponente a favore dell'invalidazione del contratto di mutuo, la presenza di un vincolo familiare: in effetti l'intento di tutela era in tali casi essenzialmente rivolto nei confronti del coniuge/familiare del mutuatario, resosi a sua volta comutuatario<sup>438</sup>.

Il passaggio successivo è consistito nell'estendere tale principio proprio alle analoghe ipotesi di fideiussione rovinosa assunta dal coniuge/familiare del debitore garantito.

In ogni caso, nonostante qualche forzatura ermeneutica, il riferire le fideiussioni rovinose all'alveo del par. 138 BGB per farne discendere la nullità, seppur tramite il ricorso ad un elemento estraneo al contratto, produce l'effetto di ancorare la verifica dei presupposti per la declaratoria di invalidità del negozio rovinoso ad un controllo di tipo oggettivo, incentrato non tanto sullo sfruttamento abusivo della posizione di debolezza altrui, ma piuttosto, come è stato efficacemente affermato "sul fatto che le circostanze concrete dell'accordo costringono una parte a vivere il resto della propria vita in funzione del debito contratto"<sup>439</sup>: proprio in tale limitazione della libertà risiede la contrarietà al buon costume.

Un'ulteriore soluzione approntata da isolata giurisprudenza di merito<sup>440</sup>, definita "ermeneuticamente spinta"<sup>441</sup>, e risultante invero assai originale, ha invece fatto

---

<sup>435</sup> Si tratta, ancora, di A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, sopr. pp. 152 ss., che effettua una pregevole e completa analisi ricostruttiva delle molteplici teorie affermatesi nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca.

<sup>436</sup> Sulle decisioni tedesche in tema di mutuo, cfr. anche F. Nappi, *Mutui bancari e corresponsabilità dei prossimi congiunti del mutuatario: recenti applicazioni dei § 138 e 242 BGB*, in G. Cian (a cura di), *Cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 421 ss.

<sup>437</sup> V. OLG Dusseldorf, 3.11.1983, in *ZIP*, 1984, p. 166 ss.

<sup>438</sup> Cfr. OLG Stuttgart, 3.04.1987, in *WM*, 1987, p. 1422 ss.

<sup>439</sup> Così S. Catanossi, *op. cit.*, p. 15.

<sup>440</sup> OLG Stuttgart, 12.01.1988, in *NJW*, 1988, p. 833 ss.

<sup>441</sup> Così R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 206.

applicazione ad un caso di fideiussione rovinosa del par. 310 BGB, norma che, nella sua formulazione originaria, sanzionava con la nullità il negozio con il quale una parte cede all'altra tutto il suo patrimonio futuro ovvero una quota di esso, così tutelando la libertà patrimoniale dell'individuo.

In tal caso, il giudice di merito ritenne di far discendere da tale disposizione l'enunciazione di un "principio costituzionale non scritto, secondo il quale ciascuno ha un diritto inalienabile alla speranza e alla ricerca della felicità"<sup>442</sup>, tale da giungere sino a vietare tutte le operazioni con cui il debitore rinunci alla propria libertà economica.

Si tratta di un'interpretazione del tutto peculiare, che ha suscitato aspre critiche da parte della dottrina, la quale ha opportunamente evidenziato come la *ratio* della norma in questione diverga notevolmente dalle vicende fideiussorie: in effetti obbligarsi a trasferire una quota indeterminata del proprio patrimonio futuro è ben diverso da obbligarsi a garantire un credito avente un certo ammontare, per quanto questo possa essere cospicuo se riferito alle condizioni economiche del fideiussore<sup>443</sup>.

Inoltre, mentre la fattispecie considerata e vietata dal par. 310 BGB è destinata, per sua natura, a vincolare il debitore all'infinito, la fideiussione consente sempre una liberazione del garante, anche se particolarmente difficoltosa nelle garanzie rovinose<sup>444</sup>.

Un'altra norma che ha talvolta trovato applicazione ai casi in esame è il par. 242 BGB<sup>445</sup>, a cui già fece ricorso la pronuncia del 1910: è da tale norma che si ricostruisce il principio di correttezza e buona fede (*Treu und Glauben*), riferito precipuamente agli obblighi del traffico giuridico (*Verkehrssitte*), a partire dal quale la giurisprudenza ricava la sussistenza di obblighi di informativa nella fase precontrattuale che imporrebbero alla banca di colmare la distanza informativa rispetto ad un garante complessivamente poco informato circa i termini dell'accordo<sup>446</sup>.

La conseguenza della violazione degli obblighi di informativa sarebbe quindi la responsabilità risarcitoria per colpa precontrattuale a carico della banca<sup>447</sup>.

Come ulteriormente osservato, se risarcire il danno significa ripristinare la situazione che vi sarebbe stata qualora il contratto - stipulato in violazione degli obblighi

---

<sup>442</sup> Cfr. ancora R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 206.

<sup>443</sup> In proposito v. C. Stumpf, *Der vermögenslose Bürge: Zum Spannungsverhältnis zwischen privatautonomer Gestaltungsfreiheit und Verbraucherschutz*, in *Jura*, 1992, p. 421 ss.

<sup>444</sup> V. H. Heinricus, § 310, in *Palandt Kommentar*, Monaco, 1990, 49<sup>a</sup> ed., p. 369.

<sup>445</sup> Norma rubricata *Leistung nach Treu und Glauben*, Esecuzione secondo buona fede.

<sup>446</sup> Cfr. LG Lübeck, 11.12.1986, in *WM*, 1987, p. 955 ss., relativa, ancora una volta, ad un caso di mutuo. Sul punto v. anche F. Macario, *op. cit.*, p. 120.

<sup>447</sup> V. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 16.

informativi - non fosse stato concluso, ciò implica anche che gli effetti della fideiussione rovinosa debbano essere posti nel nulla: la conseguenza sarebbe quindi la caducazione dell'obbligo del garante-coniuge o familiare<sup>448</sup>.

Certo, è immediatamente evidente che rispetto alla sensibilità del giurista italiano, la soluzione che fa discendere la nullità del contratto, seppur rovinoso, dalla violazione degli obblighi informativi della fase precontrattuale appare alquanto problematica, posto che va ad incidere sulla tradizionale distinzione fra regole di comportamento e regole di validità<sup>449</sup>.

### 3.2 L'approdo alla sentenza del 1993

Come esaminato, la giurisprudenza tedesca di merito aveva dispiegato notevoli sforzi nel ricercare appigli normativi che consentissero la liberazione del garante-coniuge o familiare del debitore che avesse assunto una fideiussione eccessivamente gravosa, e, talvolta anche aderendo a ricostruzioni sistematiche azzardate, era giunta in più occasioni a sancire la nullità di tali garanzie.

Tuttavia, il *Bundesgerichtshof*<sup>450</sup> rigettò quelle soluzioni che implicavano un controllo tanto penetrante sul regolamento contrattuale, ritenendo che risultasse in tal modo eccessivamente compressa l'autonomia negoziale delle parti<sup>451</sup>.

La contrarietà ai *gute Sitten ex par. 138 BGB* veniva inoltre contestata - in verità in maniera assai semplicistica - facendo riferimento al fatto che la fideiussione, anche se familiare, è pur sempre un contratto di garanzia previsto e disciplinato dalla legge, connotato dallo scopo, non riprovevole, di consentire al familiare-debitore di ottenere credito; ciò non consentirebbe di considerare tale contratto contrario al buon costume<sup>452</sup>.

Soprattutto, fu la nona sezione civile del *Bundesgerichtshof* a respingere le soluzioni proposte dalla giurisprudenza di merito, consentendo un controllo del contenuto

---

<sup>448</sup> Cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, pp. 157-58.

<sup>449</sup> V. esemplarmente, l'affermazione *tranchant* secondo cui "In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni" di L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, *cit.*, p. 9.

<sup>450</sup> Si tratta, come è noto, dell'organo di vertice della giurisdizione ordinaria, sostanzialmente equivalente alla Corte di Cassazione italiana.

<sup>451</sup> Cfr. BGH 16.05.1991, in ZIP, 1991, p. 787 ss.

<sup>452</sup> Per una ricognizione approfondita delle decisioni del *Bundesgerichtshof* che non aderirono alle prospettazioni della giurisprudenza di merito in materia di fideiussioni rovinose, cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.

contrattuale al fine di far caducare la garanzia prestata solo a condizione che la banca avesse indotto il garante in un errore riconoscibile.

Non mancarono d'altronde aperture più accentuate da parte della sezione undicesima, competente in materia di diritto bancario, che ammise talvolta di fare applicazione del par. 138 BGB, sicché la garanzia rovinosa poteva effettivamente considerarsi contraria al buon costume, e quindi nulla<sup>453</sup>.

Fu in questo contesto che si giunse ad una celebre pronuncia della Corte Costituzionale tedesca, (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>454</sup>, la quale, invero, è stata già oggetto di commento con riguardo ai profili *omnibus* della garanzia<sup>455</sup>. La stessa sentenza può essere ora esaminata con riguardo al suo essere relativa proprio ad un caso di fideiussione familiare rovinosa.

Orbene, occorre osservare che due furono i ricorsi sottoposti al giudizio della Corte Costituzionale, ma di uno venne esclusa l'incostituzionalità: si trattava del caso di una fideiussione rilasciata da una moglie in favore del coniuge-debitore, per garantire un prestito bancario finalizzato all'acquisto di un'abitazione<sup>456</sup>.

L'altro ricorso - che fu invece oggetto di dichiarazione di incostituzionalità - riguardava una *Gesamtbürgschaft* (letteralmente "fideiussione globale"), in sostanza l'equivalente della fideiussione *omnibus* - prestata, nel 1982, in favore di una banca-creditore, da un fideiussore ventunenne e sprovvisto di un proprio patrimonio nonché di propri redditi, che era anche la figlia del debitore principale, a garanzia di un aumento di credito concesso in relazione all'esercizio dell'attività imprenditoriale svolta dal padre stesso. Peraltro, la figlia assunse tale garanzia rinunciando al beneficio di escussione ed alla possibilità di opporre eccezioni: almeno ad una prima analisi, si trattava quindi senza dubbio di una vera e propria fideiussione rovinosa.

---

<sup>453</sup> Cfr. la ricostruzione di S. Catanossi, *op. cit.*, p. 16.

<sup>454</sup> Si tratta di BVerfG, 19.10.1993, in *NJW*, 1994, p. 36 ss., la cui traduzione italiana è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss., con nota di A. Barenghi, *cit.* Una traduzione italiana della pronuncia, a cura di L. Di Nella e R. Favale è pubblicata anche in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 594 ss., con il commento, di particolare interesse, di H. Honsell, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*. Sulla sentenza cfr. anche F. Macario, *op. cit.*, p. 119 ss., A. Calderale, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999, p. 110 ss., e con specifico riguardo ai profili "familiari" della garanzia rovinosa v. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 17 ss., A. Colombi Ciacchi, *op. cit.*, p. 161 ss., R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 207 ss.

<sup>455</sup> V. *supra*, cap I, sez. I, par. 7.

<sup>456</sup> In tale caso la Corte Costituzionale ritenne non pregiudicata in alcun modo la libertà di scelta del contraene-garante. Sul punto, cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, pp. 18-19.



La vicenda giudiziaria sottostante - originata da una richiesta di escussione avanzata dalla banca, tramite domanda riconvenzionale, nei confronti della garante, per un importo pari a 100.000 marchi - si presentava come assai complessa<sup>457</sup>.

In effetti, il *Bundesgerichtshof* aveva revocato la decisione della Corte d'Appello, che a sua volta aveva ribaltato la decisione del tribunale di primo grado.

In particolare, la Corte d'Appello (*Oberlandesgericht*) aveva dimostrato di aderire a pieno alle prospettazioni della più diffusa giurisprudenza di merito sul punto, ed aveva negato la validità della garanzia prestata, ritenendo che il fideiussore si dovesse considerare esonerato dall'obbligo di garanzia assunto, in quanto la condotta della banca risultava lesiva degli obblighi informativi precontrattuali.

Cautamente, la Corte d'Appello negava tuttavia che si potesse individuare un obbligo generale, a carico del creditore, di informare il fideiussore sui rischi connessi al rilascio della garanzia. Nondimeno, la Corte evidenziava come tale principio subisse due eccezioni.

La prima eccezione si concretizza ove la banca abbia indotto il fideiussore in un errore riconoscibile; la seconda si realizza quando il creditore - pur essendo consapevole di trovarsi di fronte un garante "riconoscibilmente maldestro"<sup>458</sup> - minimizzi il rischio che questi si addossa prestando la fideiussione e influenzi conseguentemente la sua volontà di concludere il relativo contratto.

Proprio questa seconda situazione era stata riconosciuta sussistere nel caso di specie, poiché era stato accertato che la garante era stata rassicurata circa il fatto che la "firma" apposta al contratto di fideiussione non avrebbe comportato gravi impegni, trattandosi di poco più di una semplice formalità.

Il *Bundesgerichtshof* aveva invece fermamente smentito tale ricostruzione, ritenendo che in nessun caso a carico del creditore si possano configurare obblighi di informazione né obblighi di informarsi sul livello di preparazione del fideiussore.

In tale prospettiva, è sufficiente la maggiore età del contraente per rendere il consenso espresso vincolante ed il relativo contratto valido, senza che la contrattazione debba essere circondata di ulteriori cautele.

---

<sup>457</sup> Per la vicenda, fattuale e processuale, cfr. BVerfG, in *Rass. dir. civ., cit.*, p. 594-607.

<sup>458</sup> Così BVerfG, in *Rass. dir. civ., cit.*, p. 598.

### 3.3 I contenuti della sentenza del 1993

La sentenza resa dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>459</sup> è immediatamente apparsa di grande interesse, al punto da essere definita una vera e propria “pietra miliare per la garanzia di giustizia contrattuale da parte dei giudici civili”<sup>460</sup>. In generale, essa si apprezza per il notevole impatto che ha dispiegato sul diritto contrattuale<sup>461</sup>.

L’analisi del BVerfG prende le mosse dall’art. 2 della Costituzione tedesca (*Grundgesetz*), che tutela l’autonomia privata (*Privatautonomie*), la quale garantisce la generale libertà di azione dei privati, da cui discende la possibilità di creare rapporti giuridicamente vincolanti fra i privati stessi sulla base della loro volontà.

Si tratta, ricorda la Corte, di una libertà non incondizionata, ma soggetta, a determinate condizioni, al controllo legislativo: non certo al punto da svuotarne la garanzia, bensì, al contrario, al fine di assicurare l’attuazione dei diritti fondamentali.

La questione si fa problematica quando - fra i privati che nell’esercizio della loro libertà di azione si danno una regolamentazione dei reciproci assetti di interessi - uno disponga di un predominio tale da poter determinare unilateralmente il contenuto contrattuale, al punto che per la controparte si tratterà di una vera e propria “predisposizione imposta dall’esterno”<sup>462</sup>, di una situazione, quindi, di sostanziale eteronomia<sup>463</sup>.

È in tal caso che si legittima, ed anzi si rende necessario, un controllo sul contenuto del contratto, e financo un intervento correttivo dello stesso - da parte del giudice civile - con riferimento a parametri costituzionali, ed in particolare, proprio in funzione della garanzia dell’autonomia privata quale diritto fondamentale<sup>464</sup>.

Certo, non in ogni situazione di semplice alterazione della parità contrattuale si giustifica una tale soluzione, sostanzialmente demolitoria del dogma per cui “*pacta sunt*

---

<sup>459</sup> Cfr. l’approfondita analisi delle pronuncia del 1993 e di una successiva del BGH operata da F. Nappi, *Prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante: gli interventi del Bundesverfassungsgericht ed un “distinguo” del Bundesgerichtshof*, in Id., *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997, p. 115 ss.

Sulla sentenza del 1993, con precipuo riguardo all’ambito di esplicazione dell’autonomia privata ed ai relativi limiti nel contesto familiare, v. anche E. Bargelli, *Limiti dell’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, n. 1, p. 57 ss.

Nell’ordinamento tedesco, v. il commento di H. Wiedemann, *Anmerkung zu BVerfG JZ 1994, 408*, in *JZ* 1994, p. 411 ss.

<sup>460</sup> Cfr. W. Löwe, *Bürgen in Sippenhaft dürfen aufatmen*, in *ZIP*, 1993, p. 1759 ss.

<sup>461</sup> È quanto osserva R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 207.

<sup>462</sup> Così BVerfG, in *Rass. dir. civ., cit.*, p. 603.

<sup>463</sup> Cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 162.

<sup>464</sup> Sul punto, cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 19.

*servanda*<sup>465</sup>”, bensì solo laddove “si tratta di una fattispecie tipizzabile, che lascia riconoscere una inferiorità strutturale di una parte del contratto e se gli effetti del contratto nei confronti della parte contrattuale debole sono insolitamente onerosi”<sup>466</sup>.

La tipizzazione, l’individuazione specifica delle circostanze che pregiudicano la parità fra i contraenti e giustificano il correlativo controllo o intervento sul contenuto contrattuale, risponde all’esigenza primaria di garantire la certezza del diritto.

Le affermazioni del *Bundesverfassungsgericht* si fanno ancora più audaci laddove si giunge a sostenere che la libertà contrattuale incontra un limite quando il rapporto di forza fra i contraenti risulti squilibrato<sup>467</sup>: se uno dei contraenti approfitta della propria posizione dominante per imporre unilateralmente clausole inique alla controparte, la soluzione non potrà che essere la nullità dell’accordo ai sensi del par. 138 BGB.

In sostanza, due sono i presupposti che la Corte individua come legittimanti il controllo del contenuto contrattuale da parte dell’interprete, sempre con riferimento al precetto costituzionale di garanzia dell’autonomia negoziale dei privati: il primo è la sussistenza di una situazione che lasci riconoscere una “strutturale inferiorità” (*strukturelle Unterlegenheit*)<sup>468</sup> di una parte, il secondo consiste nel fatto che le conseguenze che derivano dal contratto risultino “insolitamente gravose” (*ungewöhnlich belastend*) per la parte debole stessa<sup>469</sup>.

Sussistendo siffatti presupposti, il giudice dovrà intervenire sul regolamento contrattuale, e il mezzo da utilizzare a tal fine saranno le clausole generali disposte dall’ordinamento quali regole di governo del comportamento delle parti.

Vengono quindi in gioco i canoni della buona fede, del buon costume (unitamente all’ordine pubblico, nell’accezione di *gute Sitten*) e delle usanze dei traffici giuridici, di cui ai parr. 138 e 242 BGB, concretizzati alla luce dei valori fondamentali espressi dalla Costituzione, a partire dalla *Privatautonomie* di cui al par. 2 GG.

---

<sup>465</sup> Su cui, in generale, cfr. S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, *passim*.

<sup>466</sup> Ancora, sono le parole della stessa Corte Costituzionale, V. BVerfG, in *Rass. dir. civ., cit.*, p. 603.

<sup>467</sup> La pronuncia afferma chiaramente: “La compensazione della turbata parità contrattuale fa parte dei compiti principali del diritto civile” e cita dottrina a sostegno di tale assunto, fra cui U. Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, Monaco, 1993, p. 216 ss.

<sup>468</sup> La valutazione circa la sussistenza della condizione di “inferiorità strutturale” del contraente avverrà alla stregua di una serie di parametri quali l’età, l’esperienza professionale, la competenza economica e giuridica ecc.

<sup>469</sup> In proposito, v. R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 209 e A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 162.

La sentenza del BverfG conferma, in tale prospettiva, la tendenza già emersa in sede costituzionale<sup>470</sup> ad intervenire in chiave correttiva, grazie al ricorso alle clausole generali, sulle situazioni connotate da consistenti disparità delle parti contraenti<sup>471</sup>, tale che una sia in grado di imporre all'altra un determinato contenuto contrattuale sfavorevole.

Nel decidere sul caso di specie - relativo alla fideiussione *omnibus* rilasciata dalla figlia ventunenne e nullatenente del debitore - la Corte Costituzionale ha individuato come sussistente, a carico del contraente-garante, proprio una situazione definita di "squilibrio sociale ed economico" (*soziales und wirtschaftliches Ungleichgewicht*)<sup>472</sup>, che lo aveva indotto a prestare una garanzia particolarmente gravosa.

La conclusione è stata pertanto quella di accogliere il ricorso ed annullare la decisione del BGH, sancendo la nullità del contratto di fideiussione in questione.

### 3.4 Dall' *Inhaltskontrolle* alla *Drittwirkung*

Già da quanto appena detto, si intuisce la portata "rivoluzionaria" della sentenza costituzionale del 1993.

Come osservato<sup>473</sup>, anche in chiave critica<sup>474</sup>, la pronuncia in esame consegue risultati che vanno in realtà ben oltre il semplice controllo del contenuto contrattuale (*Inhaltskontrolle*), già noto al diritto tedesco<sup>475</sup>.

In effetti, la possibilità di operare l'*Inhaltskontrolle* era già prevista dal par. 9 dell'AGBG (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), una legge tedesca del 1977 in materia di contratti standardizzati, poi trasfusa nel 2002 nel BGB stesso, ai parr. 305-310.

---

<sup>470</sup> V. BverfG, 7.02.1990, in ZIP, 1990, p. 753 ss.

<sup>471</sup> Aspetto particolarmente criticato in dottrina per la sua vaghezza. Cfr. D. Medicus, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, cit., p. 19 ss. V. anche la recensione di A. Barenghi, *Varietà nel dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 101 ss.

Più di recente, evidenzia i profili dubbi di tale generico riferimento ad una "strutturale disparità delle parti", posto che la parità effettiva configura una situazione irrealistica, anche C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831 ss., sopr. p. 869 ss.

<sup>472</sup> In particolare, gli elementi della inferiorità del garante e della gravosità delle condizioni contrattuali vengono ricondotti al carattere *omnibus* della fideiussione, che non indicava quali fossero l'importo massimo garantito, né gli interessi o le spese. Cfr. H. Honsell, *op. cit.*, p. 611.

<sup>473</sup> A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.

<sup>474</sup> Cfr. A. Barenghi, *op. ult. cit.*, p. 103.

<sup>475</sup> Sull'*Inhaltskontrolle* nel diritto tedesco cfr., in generale, L. Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Monaco, 1992, e J. Isensee, *Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte - Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung*, in *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 485 ss.

Nonostante nei contratti individuali (*Individualvertrag*) l'*Inhaltskontrolle* non sia testualmente applicabile, la “forza attrattiva” del controllo sul contenuto contrattuale diviene inarrestabile, e la soluzione così conseguita, dogmaticamente debole, si legittima tramite il ricorso alle clausole generali<sup>476</sup>.

È in un simile contesto che si verifica l'ulteriore “sconfinamento” dall'*Inhaltskontrolle* alla *Drittwirkung*.

D'altronde - se l'*Inhaltskontrolle* tende a risolversi in un controllo su singole clausole contrattuali, con l'obiettivo di mantenere in essere il rapporto, eliminando solo le singole clausole asimmetriche, ovvero in una verifica circa la sussistenza di un equilibrio fra prestazione e controprestazione - la soluzione approntata dal BverfG nel caso di specie giunge a sancire la nullità del negozio per effetto della contrarietà al buon costume<sup>477</sup>. E le clausole generali, a loro volta riferite ai principi costituzionali, fanno da tramite per l'applicazione della sanzione della nullità.

Peraltro, è significativo che un tale tipo di controllo sia effettuato con riguardo ad un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente quale la fideiussione, che non presuppone un bilanciamento fra interessi contrapposti, all'interno del regolamento contrattuale: di guisa che il controllo richiesto dalla sentenza del 1993 sembra avere carattere molto esteso, e riguardare “qualsiasi obbligazione negoziale, in presenza di una situazione di squilibrio insolitamente gravosa per una parte”<sup>478</sup>, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto di tipo sinallagmatico.

Si va decisamente oltre l'*Inhaltskontrolle* per statuire, sembra, un obbligo dell'interprete di operare un ampio controllo sul caso concreto, ispirato a criteri di equità e parametrato sui due riferimenti, individuati dal *Bundesverfassungsgericht*, dell'inferiorità strutturale della parte e dell'eccessiva onerosità della prestazione a suo carico.

Si tratta di soluzioni non salutate però univocamente con favore.

Da un lato vi è stato chi non si è stupito per quanto affermato dalla Corte Costituzionale, osservando che proprio nei casi di fideiussione rovinosa si palesano concrete lesioni della libertà effettiva di decisione, stanti le pressioni particolarmente avvertite in ambito familiare e la correlata incapacità patrimoniale del garante: pertanto,

---

<sup>476</sup> È quanto osservato criticamente da F. Nappi, *op. cit.*, p. 133.

<sup>477</sup> Cfr. anche S. Catanossi, *op. cit.*, p. 20.

<sup>478</sup> V. A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 165.

il modello proposto dal BfverG rientrerebbe perfettamente nell'alveo del par. 138, 2°c. BGB<sup>479</sup>.

Non sono però mancate opinioni critiche<sup>480</sup> nei confronti della pronuncia in questione.

Da parte di alcuni<sup>481</sup>, si è sostenuto che la decisione avrebbe creato una clausola generale volta a sanzionare con la nullità il contratto integrato da clausole vessatorie a pregiudizio del contraente debole. Non sono poi mancati rilievi di paternalismo, rivolti alla sentenza, laddove la stessa attribuisce un significato determinante a profili quali la giovane età e l'impreparazione del fideiussore stesso, nonché il legame di parentela con il debitore principale<sup>482</sup>.

Nella prospettiva critica, sono state inoltre manifestate generali preoccupazioni relative all'eccessiva compressione della *Privatautonomie*, in favore dell'imposizione di un controllo del regolamento contrattuale finalizzato a colmare la disegualianza fra le parti, ritenuto eccessivo<sup>483</sup>, e addirittura, da taluno, anche evocativo di pericolose concezioni di stampo nazionalsocialista<sup>484</sup>.

In ogni caso, nelle ipotesi di fideiussione rovinosa, così come in molti altri settori caratterizzati da rapporti economici complessi, si individua un inevitabile profilo di contrasto fra due esigenze, a lungo considerate reciprocamente impermeabili: da un lato la libera esplicazione dell'autonomia privata, *sub specie* di autonomia contrattuale, dall'altro lato, istanze che genericamente si possono definire di "giustizia"<sup>485</sup>.

---

<sup>479</sup> C. W. Canaris, *Wandlung des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 200, 2000, p. 273 ss. In proposito, v. anche l'analisi di R. Favale, *op. ult. cit.*, p. 210-211, in cui l'autore ricorda la distinzione, operata già da dottrina precedente e ripresa da Canaris fra *rechtliche Freiheit* (libertà legale) e *tatsächliche Freiheit* (libertà effettiva), che ben si adatta alle situazioni in esame.

<sup>480</sup> Per un riepilogo di esse cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. cit.*, sopr. p. 166, note comprese.

<sup>481</sup> Così K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild*, in *NJW*, 1994, p. 2467 ss. In senso contrario, F. Rittner, *Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1994, p. 3330 ss., il quale nega che la Corte Costituzionale abbia enunciato una siffatta clausola generale. Tuttavia lo stesso autore rileva criticamente come il *Bundesverfassungsgericht* taccia in merito alle modalità di esercizio della correzione giudiziale del contenuto del contratto di fideiussione. In proposito, cfr. anche W. Grunsky, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin New York, 1995, p. 10.

<sup>482</sup> Cfr., sul punto, W. Enderlein, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, Sondereinband, 1996, p. 54 ss. e 141 ss.

<sup>483</sup> V. H. G. Graf Lambsdorff, B. Skoka, *Handbuch des Bürgschaftsrecht*, Monaco, 1994, p. 96 ss.

<sup>484</sup> Cfr. K. Adomeit, *op. cit.*, p. 2470 ss.

<sup>485</sup> Per un inquadramento anche della sentenza in commento nel quadro della giustizia contrattuale, con particolare riguardo al contesto europeo, cfr. l'analisi di A. Colombi Ciacchi, *La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione Europea*, in A. Colombi Ciacchi, T. Pinkel, M. Comenale Pinto, C. U. Schmid, G. M. Uda (a cura di), *La Dimensione Sociale del Diritto Privato in Europa - Convegno Italo-Tedesco, Die gesellschaftliche Funktion des Privatrechts in Europa - Deutsch-Italienischer Workshop, Studi Italo-Tedeschi, Deutsch-Italienische Studien*, vol. 1, 2010, p. 37 ss.

Quello che si apprezza della sentenza del BfervG del 1993 è di aver tentato di costruire il rapporto fra tali due suddetti poli non tanto in ottica “avversativa”, quanto piuttosto in termini di continuità.

In effetti, l'intervento dell'interprete sul contenuto contrattuale, postulato dalla sentenza - benché sostanzialmente manipolativo dell'autonomia privata delle parte - viene identificato come essenziale proprio ai fini dell'implementazione di una garanzia costituzionale fondamentale: la *Privatautonomie* di cui al par. 2 della *Grundgesetz*.<sup>486</sup>

La mancanza di sufficienti informazioni e l'onere sproporzionato che grava sul debitore sono identificati quali gli indici sintomatici che dimostrano sia l'ingiustificata compressione dell'autonomia negoziale della parte, sia la conseguente eteronomia per questa parte del regolamento contrattuale, e che quindi legittimano l'intervento riequilibrante.

Come ricordato<sup>487</sup>, al legislatore spetta comunque individuare, ed anzi tipizzare, i casi passibili di intervento, pena l'acquisizione di un ruolo eccessivamente penetrante da parte della giurisprudenza, che potrebbe in sostanza condurre ad applicare le norme al di fuori dell'ambito di interessi che le stesse sono volte a tutelare.

Di fronte a siffatti rilievi, ben si comprende senz'altro l'esigenza di garantire la certezza del diritto e la stabilità del sistema delle fonti; tuttavia, al contempo, appaiono sacrificate le istanze di flessibilità che il conseguimento della stessa giustizia contrattuale impone<sup>488</sup>.

Come ben individuato, la *ratio* profonda che rende necessario il controllo sul contenuto contrattuale è il pregiudizio che il contratto altrimenti determinerebbe sul “realizzarsi della persona umana, quale valore preminente”<sup>489</sup>.

Su un piano più generale, è noto che i rapporti fra contratto e tutela della persona, nell'ottica della costruzione di un sistema di giustizia all'interno del contratto stesso, costituiscono da qualche tempo il terreno privilegiato per riflessioni di ampio

---

<sup>486</sup> Per una riflessione generale sul contratto asimmetrico e gli interventi correttivi nell'ottica della giustizia contrattuale, cfr. A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 536 ss.

<sup>487</sup> D. Medicus, *op. cit.*, p. 23.

<sup>488</sup> La tensione fra autonomia contrattuale e istanze di solidarietà sociale ben si avverte anche nel *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti: Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss. La traduzione italiana del Manifesto è pubblicata in *Riv. crit. dir. priv.* 2005, p. 99 ss., con commento di A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ibid.*, p. 75 ss.

<sup>489</sup> Così ancora A. Zoppini, *op. cit.*, p. 387, che significativamente non esclude che la soluzione praticata dal *Bundesverfassungsgericht* possa trovare applicazione anche nell'ordinamento italiano.

respiro nel contesto del diritto europeo: d'altronde è stato proprio quest'ultimo, sulla scia dell'armonizzazione, a fornire l'impulso propulsore iniziale per l'instaurazione di statuti normativi differenziati in ragione del ruolo soggettivo rivestito dal contraente, a sua volta dipendente dal grado di "debolezza" dello stesso<sup>490</sup>.

Un aspetto paradossale, quindi, ma certo al contempo di grande impatto, è che, come operato dalla pronuncia tedesca del 1993, l'autonomia privata venga limitata in concreto, alle luce delle circostanze del caso di specie, per trovare effettiva garanzia sul piano costituzionale. Lo strumento attraverso il quale transita tale implementazione sono le clausole generali, che garantiscono l'ineludibile flessibilità applicativa che le situazioni coinvolte richiedono.

Già dalle osservazioni precedenti, appare evidente che il tema, estremamente complesso, che viene a questo punto in gioco, è quello della c.d. *Drittwirkung*<sup>491</sup>, ossia dell'applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti inter-privati.

### 3.5 La *Drittwirkung* negli ordinamenti tedesco e italiano

Nelle argomentazioni adoperate e nelle soluzioni praticate dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 1993 per sancire la nullità di una fideiussione familiare rovinosa contrastante con il par. 138 BGB, si rinvengono significativi elementi che offrono lo spunto per operare riflessioni più approfondite, soprattutto in tema di giustizia contrattuale e di clausole generali.

In particolare, l'affermazione dell'esistenza di quello che sembra configurarsi come un obbligo generalizzato, a carico dell'interprete, di operare un controllo sul contenuto contrattuale del caso concreto - condotto alla stregua dell'Art. 2 *Grundgesetz* e per il tramite della concretizzazione giurisprudenziale dei parr. 138 e/o 242 BGB - onde consentire la piena realizzazione della persona umana - fa un chiaro riferimento alla teorizzazione, ben nota alla dottrina tedesca, della *Drittwirkung*<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Sull'argomento, cfr. *ex multis*, F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 33 ss., P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss., U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit.

<sup>491</sup> V. D. Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in *AcP*, 1992, p. 35 ss.

<sup>492</sup> La teoria della *Drittwirkung* è stata originariamente elaborata in Germania da H. C. Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *RdA*, 1950, p. 121 ss., e da Id., *Gleichheit*, in F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, (a cura di), *Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, p. 111 ss. Per una riflessione più recente, anche in chiave critica, cfr. K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten: Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht. (Schriften zum Europäischen Recht)*, Berlino, 2005.



Come è noto, la *Drittwirkung* implica la vincolatività delle disposizioni costituzionali per i consociati - all'interno dei loro rapporti giuridici di natura privata (c.d. efficacia orizzontale) - attraverso le clausole generali interpretate alla luce dei diritti fondamentali espressi nelle norme costituzionale stesse. In sostanza, essa concretizza la potente emersione di istanze costituzionalistiche all'interno del diritto privato<sup>493</sup>.

In particolare, la *Drittwirkung* operata dalla sentenza in questione è di tipo *mittelbar*, cioè mediato<sup>494</sup>, e realizza il c.d. effetto orizzontale indiretto<sup>495</sup>, nel senso che il diritto fondamentale costituzionalmente sancito (nel caso di specie la *Privatautonomie* del par. 2 GG) trova applicazione mediata attraverso la clausola generale, che viene così ad acquistare un significato più circostanziato, riempiendosi di contenuto<sup>496</sup>.

Per quanto attiene all'ordinamento italiano<sup>497</sup>, sebbene in esso difetti una teorizzazione di spessore analogo a quella sviluppata in Germania, non sono mancate significative considerazioni in proposito, e d'altronde, come è stato correttamente osservato in via preliminare, “in Italia pur in assenza di un'esplicita previsione normativa che prescrive l'applicazione diretta dei diritti costituzionali nei rapporti tra soggetti privati, quest'ultima non pare essere seriamente contestata da alcuno”<sup>498</sup>.

---

<sup>493</sup> In prospettiva europea, con precipuo riferimento al diritto contrattuale, cfr. il prezioso contributo di M. W. Hesslink, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, n. 1, p. 1 ss.

<sup>494</sup> Un celebre caso di *Drittwirkung* indiretta o mediata fu quello del 1958 noto come “Lüth-Urteil” deciso da BVerfG, 15.1.1958-1, in *NJW*, 1958, p. 257 ss. La pronuncia affermò che “nel diritto civile il contenuto giuridico dei diritti fondamentali si dispiega indirettamente attraverso le disposizioni di diritto privato. Esso concerne soprattutto norme inderogabili ed è per il giudice eminentemente realizzabile attraverso le clausole generali”.

<sup>495</sup> Sulla distinzione ma anche sul superamento dell'opposizione tra *Drittwirkung* mediata ed immediata, v. C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, p. 201 ss.

<sup>496</sup> Cfr. C. W. Canaris, *L'incidenza dei diritti fondamentali nel diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, p. 359 ss.

<sup>497</sup> Nell'ordinamento italiano, ed in prospettiva europea, per riflessioni di più ampio respiro cfr. V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 2, p. 145 ss. Sulla *Drittwirkung*, con particolare riguardo alle evoluzioni giurisprudenziali in materia di danno non patrimoniale, v. E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, n. 2, p. 81 ss. Sull'applicazione diretta fra privati delle libertà fondamentali dell'Unione Europea, v. ancora, di recente, Id., *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. 4, p. 878 ss., A. Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, n. 4, p. 743 ss., e, relativamente all'incidenza di tali libertà sugli *status* della persona, cfr. C. Camardi, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, n. 1, p. 7 ss. Con specifico riguardo all'applicazione diretta ai rapporti fra privati dei principi contenuti nella Carta di Nizza, cfr. G. Alpa, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 20108 ss. In proposito, v. anche S. Gentile, *I rimedi in caso di violazione dei diritti fondamentali*, in *Corr. giur.*, 2013, n. 12, p. 1588 ss.

<sup>498</sup> Così G. Comandé, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004, p. 30.

Soprattutto, vi sono stati approdi giurisprudenziali, anche recenti, che hanno tentato applicazioni dirette dei diritti costituzionali ai rapporti inter-privati, proprio sulla scia della *Drittwirkung* tedesca e che, nonostante non siano relativi ad ipotesi di fideiussione, risultano di estremo interesse.

Non a caso le soluzioni approntate hanno suscitato intensi dibattiti dottrinali relativi al grado di penetrazione del contenuto contrattuale rispetto alle clausole generali, che fanno da tramite all'applicazione di principi costituzionali.

Si fa riferimento, in primo luogo, alle due ordinanze con cui la Corte Costituzionale si è recentemente pronunciata sulla questione di legittimità riguardante l'assenza di una norma sulla riduzione giudiziale della caparra confirmatoria di ammontare eccessivo<sup>499</sup>.

La Corte, richiesta di stabilire se possa ipotizzarsi una riduzione della caparra confirmatoria eccessiva - sebbene l'art. 1385 c.c. non faccia alcuna menzione di una simile eventualità, espressamente prevista invece dall'art. 1384 relativamente alla clausola penale - ha affermato che non si deve considerare l'art. 1385 c.c. come una norma contenente una lacuna nella parte in cui non preveda un potere giudiziale di riduzione della caparra eccessiva: piuttosto, il problema della eccessività della caparra può (ed anzi, deve) essere risolto a monte, ritenendo nulla, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con l'art. 2 Cost., la clausola che preveda una caparra sproporzionata.

Quindi, le due ordinanze, di identico contenuto, pur dichiarando l'inammissibilità della questione, hanno fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.

---

<sup>499</sup> Si tratta di C. Cost., ord. n. 248 del 13.10.13 e ord. n. 77 del 26.03.2014, su cui v. le note di F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss., G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, n. 10, p. 927 ss., e, anche in ottica comparatistica, con particolare riguardo alle soluzioni conseguite dalla giurisprudenza tedesca, cfr. l'analisi di F. P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, n. 3, p. 685 ss. Sull'ordinanza del 2.04.2014, n. 77, v. anche l'analisi, sul piano dell'interpretazione, di E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, n. 1, p. 2036 ss., che osserva come nell'operazione di interpretazione correttiva della norma ordinaria attraverso l'applicazione diretta della norma costituzionale, in combinato disposto con la buona fede, si rinvenga in realtà una soluzione che va oltre la stessa *Drittwirkung* alla tedesca, poiché usa la clausola generale in integrazione del principio costituzionale non con mera valenza retorico-persuasiva, bensì col valore di argomentazione fondante. In tal senso, l'autore ricorda che già la previsione di cui all'art. 1175 c.c. esprime di per sé un dovere di solidarietà fra le parti del rapporto, pertanto non c'è bisogno di richiamare anche l'art. 2 Cost. Tale richiamo viene operato perché è la norma costituzionale ad attribuire alla clausola generale la *vis* imperativa che consente a quest'ultima di integrare la "norma imperativa" richiesta dall'art. 1418 c.c. Sulla stessa linea, pur senza giungere a sancire l'invalidità della pattuizione, si pone anche la recentissima Cass. 23.11.2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 4, p. 503 ss., con nota di S. Nobile de Santis, *Sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa*, la quale condiziona l'azionabilità di una clausola risolutiva espressa, pur ritualmente prevista all'interno di un contratto, al rispetto del principio di buona fede.

1385 c.c., ritenendo che sia da considerare nulla la pattuizione in contrasto con il dovere di solidarietà e il canone della buona fede.

Non erano mancati precedenti giurisprudenziali in tal senso da parte della Corte di legittimità<sup>500</sup>, tuttavia sono state le due pronunce della Consulta ad aver sancito, in maniera particolarmente evidente, sebbene non senza profili dubbi, una vera e propria *Drittwirkung* all'interno dell'ordinamento italiano<sup>501</sup>.

Le due ordinanze hanno infatti statuito il potere-dovere del giudice di rilevare e dichiarare, anche d'ufficio, la nullità, totale o parziale, *ex art. 1418 c.c.*, della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria “manifestamente eccessiva”, per contrasto con il con il principio di “solidarietà sociale” di cui all'art. 2 Cost<sup>502</sup>.

Si profila dunque un'applicazione diretta di una norma costituzionale, ad un rapporto giuridico intercorrente fra privati. Grazie al riferimento costituzionale, delle clausole generali si fa una “rilettura incline a definirne i contenuti in ragione dei valori ad esse sottesi”<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> Cfr. in particolare Cass. 19.06.2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, n. 1, p. 60 ss., con nota di N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore e*, in versione integrale, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., che ha sancito la nullità della clausola convenzionale di un contratto di locazione contenente, oltre al divieto di sublocazione, anche quello di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, perché in contrasto con l'adempimento dei doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.* La Cassazione ritenne, in quell'occasione, che il controllo sull'autonomia negoziale dovesse essere parametrato ai valori costituzionali posti a tutela degli specifici interessi coinvolti, ivi compreso quello contemplato dall'art. 2 Cost., che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. Già in precedenza, seppur in ottica parzialmente diversa, la Corte di legittimità aveva operato un intervento fortemente manipolativo dell'autonomia privata, non sancendo una nullità, ma al contrario imponendo il rispetto di un impegno viziato da palese nullità, in materia di disconoscimento della paternità tentato da chi avesse in precedenza manifestato il suo consenso alla fecondazione eterologa della moglie. Il riferimento costituzionale che venne allora in gioco fu il rispetto della dignità della persona umana. Cfr. Cass., 16.03.1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1324 ss., con nota di C.M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*.

<sup>501</sup> Nell'ordinamento italiano, la riflessione relativa alla *Drittwirkung* mediata dalla clausola generale di buona fede, si è sviluppata anche con riguardo al legittimo affidamento, che costituisce una specificazione della buona fede stessa, ed al correlativo divieto di *venire contra factum proprium*. Quest'ultimo rappresenta un principio espressamente codificato nell'ordinamento tedesco, dove è conosciuto come *Vervirkung*. Per riflessioni circa la trasponibilità del principio nell'ordinamento italiano e i suoi risvolti applicativi in giurisprudenza, cfr. F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006.

<sup>502</sup> C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 46 ss. fa il parallelo, in chiave molto critica, fra pronuncia della Cassazione sulla caparra confirmatoria e sentenza del BGH tedesco del 1993 in materia di fideiussione, proprio con riguardo alla *Drittwirkung*. Si pronuncia criticamente nei confronti della *unmittelbare Drittwirkung* F. Piraino, *Il diritto europeo e la “giustizia contrattuale”*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, n. 2, p. 233 ss., che, proprio con riguardo all'applicazione diretta del principio di solidarietà, osserva che essa ha sostanzialmente legittimato la tecnica di giudizio del bilanciamento di interessi, che altro non è che un giudizio di equità.

<sup>503</sup> Sono le parole di F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva*, cit., p. 3777, il quale ritiene comunque che la *Drittwirkung* non sia questione determinante nel caso in esame, stante l'estrema vaghezza del canone di buona fede, che rende difficoltoso individuare la “misura” della solidarietà richiesta, soprattutto laddove il conflitto tra gli interessi delle parti rimanga insanabile.

In particolare, la clausola generale che viene qui in considerazione è quella della buona fede<sup>504</sup>.

Nella prospettazione della Consulta, il principio di solidarietà e la buona fede operano dunque “in combinato contesto”: il primo integra la seconda, creando un “effetto sinergico”, tale che la clausola generale trova un significato compiuto in direzione evolutiva attraverso il riferimento ai valori costituzionali e, al contempo, questi ultimi, grazie al presidio integrato dalla sanzione che correde la norma ordinaria, acquisiscono un valore applicato, e non più solo enunciato<sup>505</sup>.

La buona fede viene quindi disegnata come una sorta di “contraltare” della solidarietà costituzionale<sup>506</sup>: l’ottica che le pronunce in questione sembrano assumere è proprio quella per cui il principio costituzionale, per mezzo della buona fede, a cui al contempo attribuisce *vis* normativa, “entra” all’interno del contratto, realizzando una “*Drittwirkung* all’insegna di un principio di solidarietà civil-costituzionale<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> Per una riflessione in chiave evolutiva circa il ruolo della buona fede nel diritto contrattuale, cfr. G. D’Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 151 ss. L’autore osserva come la clausola generale sia passata da essere considerata mero criterio per la valutazione delle condotte delle parti, che opera soltanto *ex post*, in fase successiva al sorgere del rapporto - quale “misura” di verifica del comportamento tenuto dalle parti nell’esecuzione del contratto - a vera e propria fonte di integrazione del regolamento contrattuale, quando è diventata evidente la simbiosi dell’art. 1374 c.c. con l’art. 1375 c.c. Infine, l’evoluzione più recente, ma anche più dubbia, in tema di buona fede concerne la sua funzione quale regola di validità del contratto: in tale ottica, la buona fede verrebbe a rivestire il duplice ruolo di criterio di integrazione del contratto e limite generale all’esercizio dell’autonomia privata: la sua violazione - ove si risolve nell’imposizione da parte di un contraente, a danno dell’altro, di un contenuto visibilmente squilibrato, in contrasto con il dovere di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, di cui la buona fede è espressione - potrebbe comportare, ai sensi dell’art. 1418 c.c., la nullità del relativo contratto.

Per i profili di tale ultima ricostruzione, proprio con riguardo alla fideiussione *omnibus*, v. A. di Biase, *La fideiussione omnibus a ventun’anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei “limiti” all’impegno del garante*, *cit.*, p. 183 ss.

Per un’ulteriore riflessione sul ruolo della buona fede all’interno del contratto, anche nel contesto dell’Unione Europea, nonché in ottica comparata, cfr. A. Somma, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale - Versione ampliata della Relazione al Seminario internazionale Social Justice in European Contract Law, Parigi, 22-23 settembre 2005*, reperibile in <http://www.astrid-online.it/>

<sup>505</sup> In proposito, cfr. il contributo dello stesso giudice estensore delle due ordinanze della Consulta, M.R. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3 ss. Sul punto, v. anche F. P. Patti, *op. cit.*, p. 698.

<sup>506</sup> Sul principio di solidarietà costituzionale, anche in termini critici, cfr. F. D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e “l’attesa della povera gente”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 2, p. 413 ss.

<sup>507</sup> L’efficace espressione è di S. Pagliantini, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, n. 10, p. 856. L’autore prende in esame, oltre ad una delle due ordinanze della Corte Costituzionale, anche una sentenza della Corte di Giustizia dell’Ue e due decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario: tutte pronunce accomunate dall’importanza attribuita alla trasparenza delle clausole e alla congruità dello scambio contrattuale.

Per una rilettura del principio costituzionale alla stregua della buona fede, che diventa a sua volta “principio fondamentale di socialità reale (...), ispiratore degli stessi principi contenuti nella Carta Costituzionale” cfr. inoltre L. Bigliuzzi Geri, *L’interpretazione*, Milano, 1994, p. 120 e p. 153 ss.

I rischi insiti in una siffatta impostazione, per quanto suggestiva, ben evidenziati dai commentatori, ineriscono essenzialmente due profili<sup>508</sup> tra loro strettamente connessi: da un lato si teme, com'è piuttosto ovvio, un'ingiustificata compressione dell'autonomia negoziale, e, dall'altro, si paventano possibili arbitri ed abusi della giurisprudenza, con relative conseguenze sulla stessa gerarchia delle fonti<sup>509</sup>.

Per quanto attiene al primo profilo, la stessa libertà contrattuale assume contorni dubbi, forse perdendo la sua tradizionale connotazione individualistica, per assumere la nuova veste di autonomia costituzionalizzata in ottica solidaristica<sup>510</sup>.

Relativamente al secondo profilo di rischio, si è invece posto in luce il pericolo consistente nell'immolare sull'altare della c.d. giustizia del caso concreto regole e principi fondamentali del diritto contrattuale; il che può produrre effetti definiti "destabilizzanti"<sup>511</sup>.

Se i principi costituzionali e le clausole generali come la buona fede sono direttamente idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene relativizzata qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere.

In concreto, la possibilità è quella che un ordinamento di diritto scritto, quale il nostro continua formalmente ad essere, si converta in qualcosa di diverso: un ordinamento in cui il diritto scritto convive con il diritto di fonte giurisprudenziale, fondato sull'equità, considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito<sup>512</sup>.

Soprattutto, il rischio di eversione dell'ordinamento si palesa con maggiore concretezza laddove la clausola generale interferisca con una disciplina imperativa,

---

<sup>508</sup> Così F. Astone, *op. ult. cit.*, pp. 3777-78.

<sup>509</sup> Sulla *Drittwirkung*, in ottica critica, cfr. anche C. Castronovo, *op. cit.*, p. 37 ss., che descrive il fenomeno come "momento in cui la giurisprudenza è pronta a varcare i confini della legislazione ordinaria, applicando direttamente la Costituzione in sostituzione del legislatore", p. 37. I problemi pertanto si pongono, oltre che sul piano della gerarchia delle fonti, anche per quanto attiene la natura stessa delle norme costituzionali, che "sono regolative di poteri, non conformative di atti e rapporti, come invece quelle di diritto privato", p. 38.

<sup>510</sup> V. S. Pagliantini, *op. cit.*, p. 857.

<sup>511</sup> Così G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, *cit.*, p. 927.

<sup>512</sup> V. G. D'Amico, *op. cit.*, p. 933, che è molto critico in proposito, giungendo ad affermare che si tratta di un'idea che "nella sua apparente semplicità, contiene un principio 'eversivo' dell'intero diritto contrattuale".

comportando, in sostanza, nullità non espressamente previste o, al contrario, inibendo l'applicazione di nullità espressamente previste<sup>513</sup>.

In generale, il tema della *Drittwirkung* e dei rapporti fra autonomia privata e potere giudiziale di intervento sul contenuto contrattuale<sup>514</sup>, è senz'altro complesso e profondo, nonché emblematico delle evoluzioni, talora travagliate, che hanno interessato negli ultimi decenni l'intero settore del diritto privato.

Semplificando, si osserva che il diritto privato, già afflitto da una crisi della sovranità<sup>515</sup>, si trova sempre più in bilico fra una certa staticità legislativa a cui cerca di far fronte una giurisprudenza "attivista" - che tende però a fare un uso anche troppo disinvolto dei principi, così determinando un arretramento dello spazio tradizionalmente ampio spettante all'autonomia privata - e istanze rimediali derivanti dal contesto europeo, che, improntato al principio dell'effettività<sup>516</sup>, si discosta sempre più dalla dogmatica dei diritti soggettivi, per aderire piuttosto a modelli di *common law* connotati da un approccio di tipo funzionale, privilegiante gli aspetti di tutela e mirante al soddisfacimento dello specifico interesse secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza<sup>517</sup>.

### 3.6 Le evoluzioni successive alla sentenza del 1993 e l'influenza della CgUe

Tornando precipuamente all'ordinamento tedesco, si osserva che, nonostante le critiche che pure ha sollevato, la sentenza del BverfG del 1993 in materia di fideiussione

---

<sup>513</sup> Cfr. ancora F. Astone, *op. ult. cit.*, p. 3778, il quale però ricorda anche come, in verità, la prassi dimostri che di tale soluzione si sia fatta scarsa applicazione.

<sup>514</sup> In proposito, v. anche G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. previd.*, 2016, n. 1, p. 75 ss., che considera le due decisioni in materia di caparra confirmatoria (insieme ad altre in materia di clausola penale, preliminare improprio, abuso del diritto, causa concreta genetica e funzionale ecc. - tutte pronunce accomunate dall'aver fornito soluzioni imperniate sul profilo della inesigibilità di alcune pretese obbligatorie - ) come espressive di un vero potere giudiziale di manipolazione del contratto, su cui l'autore si interroga criticamente, guardando alla *Drittwirkung* di tipo orizzontale, non mediata da previsioni di legge, nell'ottica del rischio di annientamento dell'autonomia contrattuale e quindi della vincolatività dell'accordo. Sul piano della gerarchia delle fonti, il pericolo è la degenerazione da un monopolio legislativo negli interventi limitativi dell'autonomia privata, al monopolio di un interprete vittima del fascino della giustizia del caso concreto. Cfr. inoltre le riflessioni ancora attuali di G. B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.* 2004, p. 1 ss.

<sup>515</sup> Su cui v. le riflessioni generali di R. Bin, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. Pugiotto (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, p. 369 ss.

<sup>516</sup> Su cui cfr. *supra*, cap. II, par. 16.1.

<sup>517</sup> Così G. Travaglino, *op. cit.*, p. 88 ss. Sul punto v. anche C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 12, dove si afferma significativamente "Il legislatore comunitario ritiene di aver sostanzialmente adempiuto al proprio compito quando riesca a far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico e il minimo tasso di riconcettualizzazione e di generalizzazione".

rovinosa ha avuto un certo seguito nella giurisprudenza di legittimità<sup>518</sup> degli anni successivi<sup>519</sup>.

In effetti, il BGH si è tendenzialmente allineato alle posizioni espresse dalla Corte Costituzionale, operando una verifica di validità sulle fideiussioni familiari, e facendo derivare la nullità delle relative pattuizioni proprio dalla sussistenza di una sproporzione eccessiva fra ammontare della garanzia prestata e capacità economica del fideiussore<sup>520</sup>, nonché dalla presenza di ulteriori circostanze<sup>521</sup>, che erano note al creditore, o quanto meno da questi conoscibili<sup>522</sup>.

Tali elementi consentono infatti di ritenere che la garanzia rovinosa sia stata rilasciata dal fideiussore a causa della sua condizione di inferiorità strutturale (*strukturelle Unterlegenheit*).

Nella giurisprudenza degli anni successivi al 1993, il BGH ha inoltre individuato delle circostanze che escludono la contrarietà al buon costume della fideiussione rilasciata, nonostante la sussistenza della suddetta sproporzione: in simili casi, non si giustifica pertanto il ricorso alla sanzione della nullità.

---

<sup>518</sup> V., fra le altre, BGH 5.09.1994, in *NJW*, 1994, p. 2749 ss. e BGH, 14.05.2002, in *NJW*, 2002, p. 2228 ss..

<sup>519</sup> Per un esame dettagliato della giurisprudenza del BGH successiva alla pronuncia costituzionale del 1993, cfr. A. Colombi Ciacchi, *op. cit.*, p. 167 ss. Per una rassegna delle decisioni successive a quella del BverfG, v. anche M. Habersack, R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 281 ss. In particolare, gli Autori (p. 283) fanno riferimento ad una decisione, anch'essa relativa ad una fideiussione rovinosa rilasciata da un figlio, del *Bundesgerichtshof* datata 10.10.1996, in *ZWR*, 17, 1996, p. 1977 ss., la quale, andando persino oltre la pronuncia del BverfG del 1993, specifica che, ai fini dell'invalidazione della garanzia, non è necessaria la pressione esercitata sulla volontà del garante, bensì è sufficiente il basso grado di esperienza di quest'ultimo: un dato, che, già di per sé, può essere letto come inadempimento dei doveri dei genitori di cura dei figli, che non sono stati adeguatamente protetti dal prendere una decisione avventata e sfavorevole.

Sugli sviluppi più recenti in materia di fideiussioni rovinose, anche alla luce dell'approvazione della legge tedesca sull'esdebitazione (*Restschuldbefreiung*), cfr. V. Sangiovanni, *La fideiussione nel diritto tedesco*, in *Contratti*, 2009, n. 2, p. 190 ss.

<sup>520</sup> V. A. Colombi Ciacchi, *Le fideiussioni rovinose, cit.*, p. 167 ss. che, in proposito, ricorda come una sentenza del BGH, ossia 25.04.1996, in *ZIP*, 1996, p. 1126 ss., abbia fissato un criterio di quantificazione preciso per calcolare tale sproporzione, ritenendola integrata quando la parte pignorabile del reddito del fideiussore in cinque anni di pagamenti rateali, non riuscirebbe a coprire neanche un quarto della somma dedotta in obbligazione.

<sup>521</sup> A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, p. 170 ss. rileva come molte di quelle circostanze attengono alla sfera giuridica del debitore stesso e siano costitutive della debolezza contrattuale di questi. Fra esse, la giovane età, il livello di istruzione e preparazione, e, la circostanza che appare più problematica, ossia quella della *seelische Zwangslage*: espressione riferita alla pressione psicologica che il garante avverte per effetto del vincolo affettivo e/o familiare che lo lega al debitore principale.

<sup>522</sup> In sostanza, il creditore deve aver approfittato delle circostanze particolari del garante, che lo relegano ad una posizione di inferiorità contrattuale, o quanto meno il creditore, con il suo comportamento, deve aver indotto, sfruttando le condizioni del garante, la concessione della fideiussione da parte di questi, altrimenti non ci sarebbe la contrarietà al buon costume che giustifica la sanzione della nullità.

Tale seconda circostanza si concretizza quando, come avvenne proprio nel caso deciso da BverfG nel 1993, il creditore minimizza, agli occhi del fideiussore, l'entità del rischio che questi sopporterà con il rilascio della garanzia. In proposito, cfr. ancora A. Colombi Ciacchi, *op. ult. cit.*, pp. 172-73.

Tali circostanze si identificano sostanzialmente con la presenza di un interesse proprio del garante alla conclusione del negozio - interesse che deve essere non mediato, ma diretto - e con la sussistenza di un giustificato interesse del creditore alla corresponsabilità familiare<sup>523</sup>. D'altronde, già nella sentenza costituzionale del 1993, l'elemento della (in)sussistenza di un interesse del garante stesso (la figlia ventunenne e nullatenente del debitore principale) venne ritenuto determinante<sup>524</sup>.

Come ulteriormente osservato<sup>525</sup>, una certa influenza sulla giurisprudenza tedesca è stata inoltre esercitata dal diritto dell'Ue in materia consumeristica. Al riguardo, viene in considerazione la già esaminata sentenza *Berliner Kindl Brauereu c. Siepert* della Corte di Giustizia Europea, originata, non a caso, proprio da un ricorso tedesco<sup>526</sup>.

Altra significativa decisione, parimenti originata da un caso tedesco, è quella resa sul c.d. caso *Dietzinger*<sup>527</sup>, relativa proprio ad una fideiussione familiare. Nel caso di specie, si trattava di una garanzia contratta da un figlio a garanzia di un prestito inerente all'attività professionale dei genitori. La relativa stipula era peraltro avvenuta al di fuori dei locali commerciali. Il fideiussore (*Dietzinger*) lamentava di non essere stato informato per iscritto dalla banca creditrice circa il suo diritto di recedere dal contratto entro sette giorni dalla conclusione, e, stante l'inadempimento della banca, chiedeva di poter esercitare tale diritto.

Il quesito posto in via pregiudiziale riguardava quindi l'applicabilità alla fideiussione dello *ius poenitendi* previsto dalla Direttiva 85/577/Cee in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

---

<sup>523</sup> V. A. Colombi Ciacchi, *op. cit.*, p. 174 ss.

<sup>524</sup> Cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 20-21 ss.

<sup>525</sup> Cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 23 ss.

<sup>526</sup> Si tratta della nota CgUe, V Sez., 23.03.2000.

<sup>527</sup> *Bayerische Hypotheken Wech Selbank AG c. Dietzinger*, Corte di Giustizia, 17.03.1998, causa C-45/96, in *Foro it.*, 1998, n. 4, p. 129 ss., con nota di A. Palmieri, in *Danno e resp.*, 1998, n. 4, p. 330 ss., con nota di M. Sesta, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 7, p. 769 ss., con nota di M. Graniero, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 17, p. 74 ss., con nota di P. Moreschini, *Cbi presta garanzia a un professionista perde la tutela «europea» per i consumatori - La fideiussione è regolata dalle norme nazionali se assiste un credito di natura «non privata»*, nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, n. 2, p. 129 ss., con nota di A. Tucci, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessoriati della fideiussione*. In proposito v. anche M. Lobbuono, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 45 ss.

Sulla pronuncia *Dietzinger*, nella dottrina tedesca, in senso adesivo, v. T. Pfeifer, *Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts*, in *ZIP*, 1998, p. 1129 ss. Peraltro, lo stesso autore rifletteva sull'applicabilità della disciplina in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali prima dell'emanazione della sentenza *Dietzinger*. Cfr. Id, *Haustürwiderrufsgesetz und Bürgschaft - Ein Beitrag zur causa "kausaler" Sicherungsgeschäfte und zum europäischen Zivilrecht*, in *ZBB*, 1992, p. 1 ss.



Come nel caso Berliner Kindl Brauerei, anche per quanto attiene a tale profilo, la risposta al quesito presentato alla CgUe è stata negativa poiché il credito garantito dalla fideiussione era stato richiesto in correlazione all' esercizio di un'attività commerciale<sup>528</sup>.

Come osservato, si è trattato di una risposta strettamente tecnica, alla stregua, d'altronde, del quesito stesso. Ciò non significa però che la CgUe non sia consapevole degli interrogativi sottesi al tema delle fideiussioni familiari, ed anzi, la decisione in esame è stata letta come contenete un invito, rivolto al legislatore tedesco, a rimodellare la disciplina in materia<sup>529</sup>.

### **3.7 Le garanzie familiari al centro della riflessione di Teubner**

Si è quindi visto come le soluzioni adottate nell'ordinamento tedesco in materia di fideiussioni rovinose offrano lo spunto per operare riflessioni di più ampio respiro inerenti soprattutto alle limitazioni a cui l'autonomia privata può essere sottoposta in funzione di ragioni di giustizia contrattuale.

Il ricorso al metodo della comparazione ha consentito poi di dimostrare che anche nell'ordinamento italiano - nonostante la tendenziale insensibilità verso il tema delle garanzie rovinose - la giurisprudenza ha conseguito soluzioni, talvolta audaci, che hanno consentito di affrontare il controverso tema dell'applicazione costituzionalmente orientata delle clausole generali, con i conseguenti rischi che si profilano in ordine alle applicazioni giurisprudenziali stesse, potenzialmente suscettibili di produrre veri e propri effetti "rivoluzionari" rispetto al sistema delle fonti.

Nell'ordinamento tedesco, proprio le fideiussioni rovinose sono state inoltre al centro di un importante studio condotto dall'illustre sociologo del diritto Ghunter Teubner<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> Come puntualmente osservato da C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 870, la pronuncia della CgUe "propone un'applicazione estensiva della Direttiva, prospettando uno spiraglio di tutela che solo in fatto non viene accordata".

<sup>529</sup> Cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, pp. 24-25, che, richiamando C. Joerges, *Il ruolo interpretativo della Corte di giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 275 ss., fa discendere un tale invito dal non voler esprimere, da parte della CgUe - relativamente alla risoluzione dei casi di fideiussione rovinosa, o comunque contratta da soggetti "privati" - una preferenza in favore del diritto dell'Ue, piuttosto che dei rimedi approntati dalle Corti nazionali, incentrati essenzialmente sul par. 138 BGB.

<sup>530</sup> G. Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2000, p. 83 ss.

La critica di Teubner è incentrata sulla teoria dei sistemi, che prende spunto proprio da quella che egli chiama *Familienbürgschaft*, ossia “fideiussione familiare”<sup>531</sup>.

L'autore, ben consapevole del problema delle “fideiussioni rovinose” all'interno della famiglia, appare però critico nei confronti della soluzione consistente nel considerare le stesse ipotesi di alterazioni della parità contrattuale, e nel risolvere tali alterazioni tramite il ricorso alla *Drittwirkung* di diritti costituzionali.

Piuttosto, Teubner cerca di spostare le riflessioni ad un livello superiore, considerando la *Familienbürgschaft* come un problema di collisione fra logiche incompatibili, all'interno di settori della vita regolati dal diritto privato: da un lato la famiglia con le sue logiche solidaristiche; dall'altro il mercato con le sue logiche utilitaristiche.

In effetti, l'analisi di Teubner pone bene in luce il fenomeno per cui il mercato, e con esso il contratto, tenda a divenire strumento di regolazione di pressoché tutti gli aspetti della vita sociale, anzi della vita stessa: è la “colonizzazione del mondo vitale”<sup>532</sup>.

Tale estensione del mercato, tale contaminazione, interessa anche l'ambito della famiglia, di cui all'art. 6 GG<sup>533</sup>.

Si tratta di veri e propri casi di “contaminazione strutturale” (*strukturelle Korruption*), come indicato nel titolo stesso. Secondo Teubner, la differenziazione della fideiussione familiare rovinosa rispetto alle altre garanzie personali non rileva ai sensi del par. 138 BGB in quanto esplica una funzione di concretizzazione dei diritti fondamentali, ma, piuttosto, acquista un rilievo determinante solo se si passa da una concezione di *Drittwirkung* del diritto fondamentale definita “individuale”, quindi applicata al singolo caso di specie, ad una concezione definita invece “istituzionale”.

---

<sup>531</sup> La riflessione relativa ha trovato un certo sviluppo anche nel diritto svizzero. Cfr. A. Abegg, *Familienbürgschaften als privatrechtliches Problem - BGE 129 III 702: von Willensfreiheit zu Waffengleichheit und Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung*, in *fampra.ch* 6, 2005, p. 209 ss.

<sup>532</sup> Si tratta della *Kolonisierung der Lebenswelt* già teorizzata da J. Habermas..

<sup>533</sup> Per maggiore precisione, si riporta il testo, reperibile sul sito web ufficiale del Bundestag, <http://www.bundestag.de/ftp/9000500.html>, dell'art. 6 della Costituzione tedesca, intitolato *Matrimonio e famiglia*, che prevede:

- (1) Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale.
- (2) La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un loro precipuo dovere. La comunità statale vigila sul modo con il quale essi svolgono la loro funzione.
- (3) I figli possono essere separati dalla loro famiglia contro il volere delle persone che ne hanno la patria potestà solo in forza di una legge, nel caso che gli aventi il diritto dell'educazione vengano meno al loro dovere o nel caso che, per altri motivi, i figli corrano il rischio di venir trascurati.
- (4) Ogni madre ha diritto alla protezione e all'assistenza della comunità.
- (5) La legge assicura ai figli naturali le stesse condizioni di sviluppo, fisico e morale, nonché lo stesso status sociale, sanciti per i figli legittimi.

L'effetto dell'applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti inter-privati - suggerisce Teubner - deve essere colto nella variante istituzionale.

La suddetta collisione fra logiche incompatibili è dunque una collisione istituzionale, operante, più precisamente, fra istituzioni sociali: da un lato, la famiglia, con le sue logiche tipicamente solidaristiche, dall'altro lato il mercato, dominato da meccanismi ben diversi, di stampo prettamente utilitaristico.

In ciò, afferma il sociologo, si individua il vero problema della garanzia familiare, che tenta il difficile incrocio fra suddette logiche inconciliabili. Nelle parole di Teubner si avverte comunque una certa sfiducia nei confronti dello stesso fenomeno della *Familienbürgschaft*: le garanzie prestate all'interno della famiglia sono definite come costituzionalmente problematiche, perché strumentalizzano in chiave economica lo spirito solidale interno alla famiglia. Addirittura, quale soluzione estrema, si giunge ad ipotizzare che proprio una *Drittwirkung* dell'art. 6 GG potrebbe portare a vietare le *Familienbürgschaft*, poiché esse contraddicono le dinamiche proprie del contesto familiare.

Nonostante la complessità - lessicale e contenutistica<sup>534</sup> - dello studio condotto da Teubner, che, forse, in mancanza di ulteriori approfondimenti, impedisce in questa sede di coglierne a pieno lo spessore, esso risulta particolarmente significativo innanzitutto laddove svela l'importanza che le garanzie assunte dai familiari a condizioni svantaggiose hanno assunto nel dibattito tedesco, giuridico e non solo.

In secondo luogo, le affermazioni del sociologo potrebbero fungere da presupposto per fornire al fenomeno un diverso inquadramento, da cui ricavare spunti valevoli anche per l'ordinamento italiano. L'ottica da assumere dovrebbe allora essere, come suggerito da Teubner, proprio quella della "contaminazione" strutturale fra diversi settori dell'ordinamento, da considerare alla stregua di un vero e proprio conflitto istituzionale, che, anche nelle parole dell'autore, appare insanabile.

Ragione per la quale non si esclude che una soluzione da approntare al fenomeno delle fideiussioni rovinose potrebbe essere quella di farle andare incontro a divieti e/o limitazioni applicative, a determinate condizioni.

---

<sup>534</sup> Il testo in questione, disponibile soltanto in lingua tedesca, è reperibile anche online, all'indirizzo [https://www.jura.uni-frankfurt.de/42828746/Buergschaft\\_kritv\\_2000.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/42828746/Buergschaft_kritv_2000.pdf).

#### 4. Le soluzioni adottate dalle Corti inglesi. Cenni

Anche nell'ordinamento giuridico inglese si sono talvolta presentati veri e propri casi di "fideiussione rovinosa", rispetto ai quali si è cercato di reagire, similmente a quanto accaduto nel diritto tedesco, i termini di invalidazione.

Le soluzioni adottate dalle corti inglesi<sup>535</sup> sono sintetizzabili in maniera piuttosto lineare, poiché fanno perno essenzialmente sulla cosiddetta "*undue influence*": si tratta di una dottrina elaborata dall'*equity*, incentrata sulla indebita influenza o pressione esercitata da una parte sull'altra per ottenere un vantaggio patrimoniale manifestamente sproporzionato<sup>536</sup>.

Con specifico riguardo al settore delle *unfair suretyships*, l'*undue influence* delinea un concetto analogo alla *seelische Zwangslage* delle pronunce tedesche, e coincide con la pressione psicologica esercitata da un coniuge sull'altro, affinché quest'ultimo presti la garanzia, anche a condizioni particolarmente sfavorevoli<sup>537</sup>.

Altra nozione che viene correlativamente in gioco è quella di *confidence*, la quale viene in siffatte ipotesi tradita dal coniuge che induce l'altro al rilascio della fideiussione.

L'indebita influenza, che tradisce la fiducia del coniuge-garante è ascrivibile alla categoria giuridica dei vizi del consenso, concretizzando, come osservato<sup>538</sup>, una violenza morale che va a coprire tutte le ipotesi non di per sé riconducibili alla violenza (*duress*), già elaborata nel *common law*.

La presenza di *undue influence* è quanto meno presunta (*presumed*) dalle corti inglesi, di fronte a rapporti di natura parentale o affettiva.

La conseguenza del rilevamento, effettivo o in via presuntiva, della presenza di un *undue influence* nella garanzia rilasciata dal coniuge o familiare, è l'invalidazione della garanzia stessa, ritenuta viziata.

Come osservato, per arrivare alla conseguenza di dichiarare la nullità della fideiussione connotata da influenza indebita, sono ulteriormente necessari altri elementi,

---

<sup>535</sup> Cfr. *ex multis*, Royal Bank of Scotland v Etridge [1998] 4 All ER 705 House of Lords, Bank of Scotland v Bennett [1999] 1 FCR, 641, Bank of Cyprus Ltd v. Markou [1992] 2 All ER 707. Le ultime due pronunce indicate sono oggetto di un commento di A. M. Benedetti, *La moglie garante del marito: vero consenso o abuso di intimità familiare?* in *Trusts*, 2000, n. 2, p. 208 ss.

<sup>536</sup> Anche con specifico riguardo alle origini di *equity* della dottrina dell'*undue influence*, V. H. G. Beale (a cura di), *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 28<sup>a</sup> ed., Londra, 1999, p. 7 ss.

Sul rilievo dell'*undue influence* in prospettiva comparata, cfr. la disamina di J. du Plessis, R. Zimmermann, *Relevance of reverence. Undue influence*, in *Maastricht Journal of european and comparative law*, 2003, n. 10, p. 345 ss.

<sup>537</sup> In proposito, cfr. l'analisi di G. Smorto, *La fideiussione del coniuge nel sistema bancario inglese*, in *Ec. dir. terziario*, 1999, n. 2, p. 565 ss., S. Catanossi, *op. cit.*, p. 25 ss., F. Macario, *op. cit.*, p. 121 ss., e A. Calderale, F. Mastropaolo, *op. cit.*, p. 519 ss.

<sup>538</sup> G. Smorto, *op. cit.*, p. 567.

ossia la sproporzione fra i benefici ottenuti dalle parti e il fatto che il garante non sia stato informato circa le conseguenze del proprio gesto<sup>539</sup>.

Riguardo al requisito della sproporzione, esso conosce un'esimente che vale ad escludere l'invalidità del negozio, ossia la presenza, all'interno dell'operazione realizzata, di un interesse proprio del fideiussore al rilascio della garanzia: esso porta infatti ad escludere che il consenso della moglie sia viziato perché determinato da *undue influence*.

Il requisito della mancata informativa del garante, ritenuto fondamentale dalle Corti inglesi<sup>540</sup> a partire dal caso *Barclays Bank v O'Brien*<sup>541</sup>, è chiaro indice del grande valore attribuito all'asimmetria informativa fra le parti: ove il fideiussore non sia nelle condizioni di poter comprendere e valutare con sufficiente precisione la portata della garanzia che è richiesto di prestare, i giudici inglesi sono propensi a configurare, a carico della banca-creditore, un obbligo informativo.<sup>542</sup>

In proposito, si individua una seconda esimente idonea ad escludere la sussistenza di un'asimmetria informativa - e dunque tale da non far caducare la garanzia prestata - coincidente con la fornitura di un "*independent advice*"<sup>543</sup>, una consulenza indipendente, da parte dei funzionari della banca, che bene illustri tutti gli aspetti della vicenda fideiussoria, ed in particolare i relativi rischi.

Volendo trarre una breve conclusione in merito alle impostazioni adottate dalle Corti inglesi con riguardo alle fideiussioni assunte dal coniuge o familiare a condizioni svantaggiose, si può dire che - nonostante esse non presentino il livello di approfondimento delle soluzioni in proposito conseguite dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca - appaiono comunque significative dell'interesse che il fenomeno in esame ha suscitato anche nell'ordinamento inglese: le risposte ivi fornite si caratterizzano per tendere piuttosto uniformemente verso la riconduzione delle ipotesi in questione sotto l'ambito operativo dei vizi del consenso.

---

<sup>539</sup> V. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 29.

<sup>540</sup> Cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 30.

<sup>541</sup> *Barclays Bank v O'Brien* [1994] 1 AC 180 House of Lords.

<sup>542</sup> Infatti A. M. Benedetti, *op. cit.*, pp. 208-209, osserva come correttamente i due casi oggetto di commento abbiano avuto un diverso esito stante non solo la differente "forza", chiaramente risultante dalle circostanze dei casi di specie - che le due mogli-garanti avevano potuto opporre alle pressioni e all'influenza esercitata dai rispettivi mariti - ma anche la circostanza, risultata decisiva, per cui in un caso (Bennett) la moglie aveva ricevuto, all'atto della stipula della fideiussione, un parere indipendente appositamente fornito da un legale, mancante nell'altro caso (Markou). Non a caso il caso Bennet venne risolto in favore della banca, non così il caso Markou.

<sup>543</sup> Sull'*independent advice*, anche in relazione al generale principio della *disclosure* in fase precontrattuale, cfr. S. Catanossi, *op. cit.*, p. 32 ss.

In realtà, come è stato correttamente osservato, non è escluso che le stesse soluzioni possano essere apprezzate anche quali “sanzioni contro l’abuso del più forte”, che mirano ad un obiettivo più ampio rispetto alla tutela del singolo contraente il cui consenso sia viziato, ossia la garanzia del giusto regime degli scambi (*substantive fairness*), all’interno del mercato<sup>544</sup>.

Altra caratteristica delle pronunce inglesi, almeno degli anni più recenti, è quella di attribuire notevole rilievo all’informativa precontrattuale. Mancano invece, in esse, i riferimenti - frequenti nel contesto tedesco - alle clausole generali, spiegabili anche in termini di differente retroterra normativo.

### **5. Il ritorno all’ordinamento italiano e il riferimento al contesto europeo**

Il metodo della comparazione, soprattutto riferito all’ordinamento tedesco, ha consentito di rivelare come le fattispecie di “fideiussione rovinosa” siano risolte - soprattutto da parte della giurisprudenza - talvolta attraverso l’applicazione diretta di principi costituzionali, la quale conduce a dichiarare la nullità della garanzia per contrarietà alle clausole generali che fanno da tramite alla *Drittwirkung* - talaltra nell’imposizione di requisiti di informativa precontrattuale a carico del creditore, che, se inosservati, comportano, ancora, la nullità del negozio<sup>545</sup>. In ogni caso, l’effetto della nullità viene conseguito al prezzo di acconsentire ad un penetrante controllo sul contenuto contrattuale, che viene persino “manipolato”, così da farvi filtrare all’interno istanze genericamente definibili di “giustizia”.

L’ordinamento italiano continua a caratterizzarsi per una totale mancanza di azione in materia: evidentemente, le istanze emerse in altri ordinamenti non hanno qui trovato sbocco, quanto meno non nel settore in esame. È pur vero che non si può prescindere dal considerare l’ordinamento italiano come indissolubilmente legato al contesto europeo, di cui è parte integrante.

Una prima riflessione, condotta soprattutto all’esito della comparazione con le soluzioni adottate nell’ordinamento inglese, sposta necessariamente l’attenzione sul versante dei vizi del consenso<sup>546</sup>: certo, come osservato, nell’ordinamento italiano sarà

---

<sup>544</sup> V. ancora S. Catanossi, *op. cit.*, pp. 26.

<sup>545</sup> Cfr. F. Fiorentini, *op. ult. cit.*, p. 796-797.

<sup>546</sup> Cfr. l’analisi di S. Catanossi, *op. cit.*, p. 45 ss.

piuttosto arduo poter configurare una violenza morale<sup>547</sup> nelle ipotesi di *unfair suretyship*; queste, nella maggior parte dei casi, saranno riconducibili piuttosto ad un *metus ab intrinseco*, non idoneo ad inficiare la validità del relativo contratto<sup>548</sup>.

La semplice pressione psicologica avvertita dal coniuge, che lo induca - anche in considerazione del rapporto di fiducia che lo lega all'altro - a stipulare la fideiussione, per quanto essa sia "ingiusta" o "rovinosa" non è quindi di per sé rilevante alla luce della disciplina codicistica dei vizi del consenso.

Relativamente alle soluzioni approntate nell'ordinamento tedesco, si è osservato che, in verità, sebbene con riguardo a fattispecie diverse dalla fideiussione<sup>549</sup>, anche nell'ordinamento italiano la giurisprudenza più creativa<sup>550</sup> ha proceduto, con decisioni più o meno criticabili, a vere e proprie *Drittwirkung* per il tramite della clausola generale di buona fede, che viene resa così contraltare normativo del principio di costituzionale di solidarietà.

D'altronde la buona fede aveva già giocato un ruolo di primo piano nelle vicende che portarono alla modifica della disciplina della fideiussione *omnibus* - soprattutto per quanto attiene alla previsione di un massimo importo garantito - in ottica di tutela di una maggiore trasparenza delle relazioni reciproche all'interno della vicenda fideiussoria.

Sul versante del diritto europeo, la stessa buona fede, come è noto, ha avuto e sta avendo un ruolo fondamentale non solo nel quadro complessivo dell'armonizzazione tra ordinamenti - stante il suo carattere di clausola generale - ma anche nell'ambito della disciplina europea dei contratti, di cui si dimostra vero e proprio principio fondante<sup>551</sup>.

---

<sup>547</sup> Cfr. A. M. Benedetti, *op. cit.*, p. 209, il quale ipotizza che si possa configurare violenza morale quando, ad esempio, il marito non solo eserciti pressione sulla moglie, ma le prospetti anche conseguenze spiacevoli, in primo luogo la fine del matrimonio - il che integrerebbe una vera e propria minaccia - per il caso in cui questa non stipuli la garanzia.

Altra ipotesi "estrema" considerata dall'A. è quella in cui il marito, consapevole che la moglie difficilmente concluderebbe un affare per sé completamente svantaggioso, pone in essere un'attività ingannatrice diretta a convincere la moglie che l'operazione in cui si inserisce il rilascio della garanzia presenta anche per lei vantaggi, senza che ciò corrisponda tuttavia al vero. In tal caso potrebbe trovare applicazione il vizio del dolo del terzo determinante.

<sup>548</sup> Come è noto, l'art. 1437 c.c. dispone che "Il solo timore reverenziale non è causa di annullamento del contratto".

<sup>549</sup> Si tratta della clausola penale e della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva. V. il par. 4.5 nel presente capitolo.

<sup>550</sup> Osserva in chiave critica la tendenza espansiva della giurisprudenza creativa, a livello tanto nazionale quanto europeo, C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, n. 2, p. 437 ss. Ancor più di recente, l'opinione più sfavorevole è quella di C. Castronovo, p. 87 ss., che, non a caso ritiene tale atteggiamento della giurisprudenza, insieme alla remissività della dottrina, uno dei fattori responsabili dell'"eclissi" del diritto civile.

<sup>551</sup> Cfr., *ex multis*, G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.* 2002, p. 915 ss., M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*.

È evidente che nel diritto contrattuale, la tendenza espansiva della buona fede desta preoccupazione: se è senz'altro da escludere la sussistenza di una libertà incondizionata in capo ai contraenti<sup>552</sup>, è pur vero che il regolamento contrattuale diviene sempre più spesso terreno in cui si frappongono elementi eteronomi che non solo integrano, ma tendono anche a sovrapporsi e sostituirsi all'autonomia che dovrebbe governare l'istituto.

La buona fede agisce così quale strumento correttivo che può determinare ora l'integrazione giudiziale del contratto - sì da garantire l'equilibrio delle posizioni contrattuali reciproche - ora l'applicazione di sanzioni invalidanti<sup>553</sup>.

Semplificando, il contratto si rende in tal modo recettore di esigenze di giustizia<sup>554</sup> e al contempo l'Europa diviene contesto di accesso privilegiato di istanze sociali di più ampia portata<sup>555</sup>.

Peraltro, lo stesso Progetto Drobnič - i cui contenuti sono stati integralmente recuperati dal *Draft Common Frame of Reference*<sup>556</sup> - nel dettare regole in materia di *Personal Securities*, mostra di essere debitore di quelle esperienze europee che hanno manifestato una maggiore sensibilità nell'approntare discipline e/o soluzioni giurisprudenziali riferite soprattutto alle fideiussioni connotate da profili problematici.

Soprattutto, il Progetto svela la sua vicinanza al contesto inglese, nei contenuti così come nella terminologia utilizzata.

---

*Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 324 ss. Su un piano più generale, v. A.A. V.V., *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*. Acquis communautaire e diritto privato europeo. Torino, 2009.

<sup>552</sup> "L'idea del contratto come pura e piena soggettività dell'individuo, immune da qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un'idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà". Così V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 41.

<sup>553</sup> Cfr., di recente, I. L. Nocera, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, n. 4, p. 1449 ss.

<sup>554</sup> Cfr. T. Wilhelmsson, *Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies*, in *Juridica International*, vol. 14, 2008, p. 51 ss., che conduce una disamina, estesa al contesto europeo, delle possibili *rationes* sottese alla previsione di clausole abusive. L'A. rileva, su un piano più generale, come vengano talvolta in rilievo anche elementi di giustizia distributiva (*distributive justice*), in un'ottica ampia finalizzata al miglioramento della posizione dei gruppi sociali più deboli. L'obiettivo diventa allora quella che viene definita come una tutela contrattuale non più solo individuale, ma avente una dimensione sociale (*contractual social protection*). La concretizzazione emblematica di tale istanza è il principio di forza maggiore sociale (*social force majeure*), diffusosi nei paesi del nord Europa, e grazie al quale le conseguenze giuridiche dei ritardi nei pagamenti o di altri inadempimenti possono essere attenuate se le ragioni ultime del ritardo sono rappresentate da variazioni sfavorevoli nella salute, lavoro, situazione abitativa o familiare del debitore. Sulla rilevanza della forza maggiore sociale, con specifico riferimento al sovraindebitamento, v. anche L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 220 ss.

<sup>555</sup> U. Mattei, F. G. Nicola, *A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *Global Jurist*, vol. 7, 2007, p. 1 ss.

<sup>556</sup> V. *supra*, cap. II, par. 15.



In tal senso, non a caso vengono sanciti specifici obblighi informativi precontrattuali, il cui mancato adempimento produce effetti invalidanti. Analogamente, è previsto che - laddove il creditore sia a conoscenza dell'esistenza di una situazione in cui il garante non agisce liberamente, o comunque non dispone di informazioni adeguate, a causa del rapporto di fiducia che lo lega al debitore principale (situazione di cui ipotesi emblematica è proprio la fideiussione rilasciata in ambito familiare) - il creditore stesso debba attivarsi per accertarsi che il garante abbia ricevuto una "consulenza indipendente" (*l'indipendent advice* delle Corti inglesi) pena la facoltà di revoca dell'offerta contrattuale o di annullamento del contratto di garanzia, se già concluso<sup>557</sup>.

### 5.1 Segue. Gli ulteriori sviluppi nel diritto bancario

Altre importanti evoluzioni nell'applicazione delle clausole generali si stanno da qualche tempo manifestando con sempre maggiore rilievo nel settore del diritto bancario.

Come è noto, nell'ambito delle relazioni banca-cliente, il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede ha trovato ripetuta applicazione in funzione limitativa delle condotte dell'istituto di credito, soprattutto con riguardo alla facoltà di recesso dal rapporto di apertura di credito<sup>558</sup>. Ancora, la giurisprudenza di legittimità ha applicato lo stesso principio ai rapporti di conto corrente, laddove sussista una clausola negoziale che consenta alla banca di operare la compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista, in qualsiasi momento, senza obbligo di preavviso<sup>559</sup>.

---

<sup>557</sup> Sulla previsione, ritenuta molto generica ed in quanto tale foriera di perplessità, dell'*indipendent advice* nel *Draft* cfr. G. Stella, *Le garanzie personali del credito*, in G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti, (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, cit., p. 317 ss.

<sup>558</sup> In tal senso, è stato affermato che, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, il recesso è da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari. Così Cass. 21.05.1997 n. 4538, in *Foro it.*, 1997, n. 1, p. 2479 ss., con commento di M. Caputi, Cass. 14.07.2000 n. 9321, in *Contratti*, 2000, n. 12, p. 1111 ss. con nota di F. Di Ciommo, *Il recesso dal contratto di apertura di credito e l'abuso del diritto*, Cass. 21.02.2003 n. 2642, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 375 ss.

<sup>559</sup> La Cassazione ha ritenuto che la contestazione sollevata dal cliente, il quale - a fronte dell'intervenuta operazione di compensazione - lamenti di non esserne stato prontamente informato e di essere andato incontro, per tale motivo, a conseguenze pregiudizievoli, imponga al giudice di merito una valutazione del comportamento della banca alla stregua del fondamentale principio della buona fede nell'esecuzione del contratto. Con la conseguenza, laddove tale comportamento risulti contrario al principio, del riconoscimento a carico della banca di una responsabilità risarcitoria. Così Cass. 28.09.2005 n. 18947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 9, p. 891 ss., con nota di F. Belviso, *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti*.

In tale scenario, si innestano, negli ultimi anni, alcune significative decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario, le quali riaffermano con forza i principi della diligenza, correttezza e trasparenza, che la banca è tenuta ad osservare nello svolgimento delle relazioni con la clientela, e che, come è stato affermato - con una formulazione che riecheggia la *Drittwirkung* tedesca, ma anche quella italiana operata dalla Cassazione - "si concretizzano in un dovere giuridico espressione di un generale principio di solidarietà sociale"<sup>560</sup>.

In tal senso, è stato sancito che, in caso di blocco cautelativo imposto al conto corrente del cliente a causa del protesto di taluni assegni bancari elevato a carico di un cointestatario del conto stesso - laddove risulti che la banca abbia non abbia agito con modalità idonee a salvaguardare i diritti del cointestatario non coinvolto negli atti di protesto, ed in particolare laddove non risulti che tale misura cautelativa sia stata comunicata tempestivamente al cliente - deve ritenersi che il comportamento della banca non risponda ai canoni della trasparenza e della buona fede che la stessa è tenuta ad osservare<sup>561</sup>.

Ancora, si è detto che l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di apertura di credito, anche laddove consentito in difetto di giusta causa, non deve assumere connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, tali cioè da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca e all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto<sup>562</sup>.

Senz'altro, i principi sanciti da tali decisioni riguardano anche le fideiussioni bancarie, e, ragionando *de iure condendo*, non è escluso che terreno privilegiato di applicazione di essi possano essere proprio le "fideiussioni rovinose" contratte dal coniuge/familiare del debitore a condizioni particolarmente svantaggiose: allora si dovrà avere particolare riguardo al contesto in cui è avvenuta la stipula della garanzia, onde verificare che gli obblighi di informativa precontrattuale siano stati regolarmente adempiuti, nonché alle modalità di esecuzione del rapporto contrattuale<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> Così Collegio di Roma, 10.11.2010, n. 1312. I testi delle decisioni dell'ABF sono reperibili tramite [https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni;internal&action=newricerca\\_dec.action](https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni;internal&action=newricerca_dec.action) ricerca all'indirizzo

<sup>561</sup> È la stessa decisione del Collegio di Roma, 10.11.2010, *cit.*

<sup>562</sup> Cfr. Collegio di Roma, 23.04.2010, n. 284.

<sup>563</sup> Certo, si tratta di una soluzione che, ad oggi, risulta particolarmente ostacolata da quella giurisprudenza di legittimità che tende a negare ogni rilievo alla qualifica consumeristica del fideiussore, su cui cfr. *supra*, cap. II, par. 8, superata, non a caso dalle decisioni dello stesso ABF, su cui v. *supra*, cap. II, par. 12.

## 6. Garanzie rovinose e pratiche commerciali scorrette: una possibile suggestione

In questa ricostruzione, può apparire utile provare a ricondurre il fenomeno delle garanzie “rovinose” contratte dai coniugi o familiari del debitore principale, in presenza di determinati presupposti, all’universo delle pratiche commerciali scorrette<sup>564</sup>.

Come noto, la relativa disciplina è stata introdotta in Italia con il d.lgs. 2.8.2007, n. 146, attuativo della direttiva 2005/29/CE, che ha modificato in tal senso il codice del consumo. L’ambito di applicazione è assai esteso e segna un deciso avanzamento della tutela in favore del consumatore.

In effetti, non solo la nozione di “pratica commerciale” è di per sé molto ampia<sup>565</sup>, ma, come è stato ulteriormente osservato, viene individuata una clausola generale di scorrettezza commerciale, sotto la quale sussumere le pratiche in questione, tale da consentire la configurazione di ipotesi non tipizzate di illecito<sup>566</sup>.

Il parametro di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale è dato dalla contrarietà alla diligenza professionale e dall’idoneità ad alterare il comportamento di quello che viene definito “consumatore medio”, che identifica non già il soggetto dotato di un livello “mediocre” di informazione, bensì il soggetto sufficientemente avveduto e ragionevole, tale da poter fronteggiare le pratiche scorrette, almeno entro un certo limite<sup>567</sup>.

Dando per presupposto che il familiare o coniuge del debitore principale è propriamente un “consumatore”, e senza avere qui la possibilità di indagare la labile distinzione fra pratica ingannevole e aggressiva, è indubbio che, almeno in linea teorica, determinati comportamenti tenuti dalla banca nel momento in cui il familiare o coniuge del debitore principale si accinge a rilasciare la relativa garanzia, possano rientrare

---

<sup>564</sup> In materia, cfr., *ex multis*, G. De Cristofaro, *La direttiva 2005/29/Ce*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 1 ss., E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.

<sup>565</sup> L’art. 18, lett. d), cod. cons. definisce pratica commerciale “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” e l’art. 19 cod. cons. dichiara la disciplina applicabile alle pratiche commerciali scorrette “poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto”.

<sup>566</sup> Così V. Meli, *Pratiche commerciali scorrette*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>567</sup> V. C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, cit., p. 316. In generale, sulla nozione di consumatore medio, cfr. N. Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr.*, 2010, n. 2, p. 549 ss.

nell'una o nell'altra categoria, comunque concretizzando a pieno titolo una pratica commerciale scorretta.

In particolare, ad integrare il parametro di scorrettezza potrebbe essere la condotta dell'ente creditizio che, minimizzando l'entità del rischio che si va assumendo e riconducendo la conclusione del contratto di garanzia a una semplice "firma" dal valore poco più che formale - come peraltro concretamente avvenuto nel caso deciso dal BverfG nel 1993 - se non addirittura sfruttando la pressione psicologica avvertita nei confronti del proprio familiare dal fideiussore, induca quest'ultimo a rendersi tale senza avere contezza della relativa operazione economica complessivamente considerata.

Il pregio principale di una tale soluzione, che tuttavia non trova al momento alcun riscontro, a livello né dottrinale né giurisprudenziale, sarebbe quello di consentire l'applicazione della molteplicità di sanzioni che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può irrogare - fra cui le sanzioni amministrative pecuniarie o la disposizione con provvedimento motivato della sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette - senza invalidare la garanzia prestata.

Bisogna in effetti osservare come soluzioni sostanzialmente "demolitorie" delle fideiussioni rovinose - quali quella approntata nel 1993 dal BverfG, o tendenzialmente adottate dalle corti inglesi tramite il ricorso alla categoria della *undue influence* - per quanto senz'altro grandemente efficaci nel tutelare in via immediata l'interesse del garante a non dover sopportare le conseguenze di una fideiussione particolarmente gravosa, prestata sulla scorta della presenza di peculiari circostanze, possano produrre, sul piano strettamente pragmatico, un effetto di complessiva erosione del mercato delle fideiussioni gratuite: la possibile applicazione di rimedi che vanificano la garanzia prestata indurrebbe infatti gli utenti a rivolgersi piuttosto al mercato delle garanzie a pagamento.

Certo, al contempo, il limite principale di una prospettazione che tenda a configurare, a determinate condizioni, nella prestazione di una garanzia familiare rovinosa, una pratica commerciale scorretta, sta proprio nel non riuscire a tutelare a pieno l'interesse del garante "familiare" a non vedersi accollate le conseguenze della infausta garanzia; posto che la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette appronta una tutela sul piano esclusivamente amministrativo - essenzialmente finalizzata

al ripristino del regolare funzionamento del mercato<sup>568</sup> - relegando la protezione degli interessi individuali all'attivazione, sul piano giurisdizionale, dei rimedi contrattuali "tradizionali" (sostanzialmente i vizi della volontà), difficilmente esperibili con successo nei casi in esame.

## 7. Fideiussione e rapporti patrimoniali fra i coniugi

Si è finora presa in considerazione la situazione in cui un coniuge presti fideiussione a favore dell'altro coniuge, acconsentendo - più o meno consapevolmente ed in virtù della presenza di una serie di circostanze, fra cui, *in primis*, la pressione psicologica avvertita, stante il rapporto di fiducia intercorrente con il debitore garantito - a sottostare a condizioni contrattuali per sé particolarmente sfavorevoli.

Un altro aspetto che vale almeno la pena di accennare è quello dei rapporti interni fra i coniugi: soprattutto, si tratta di esaminare gli effetti che l'assunzione di una fideiussione da parte di un coniuge può determinare sui rapporti patrimoniali fra i coniugi stessi.

Occorre innanzitutto muovere dal presupposto che la responsabilità a cui è assoggettato il fideiussore è una responsabilità patrimoniale universale *ex* art. 2740 c.c.: come è evidente, la situazione si può pertanto rendere problematica quando la garanzia sia rilasciata da un soggetto coniugato, e i coniugi siano in regime legale di comunione dei beni<sup>569</sup>.

Sul punto, si segnala una pronuncia piuttosto risalente della Cassazione<sup>570</sup>, che in maniera assai contraddittoria, ha stabilito che la prestazione di fideiussione da parte di un coniuge costituisce atto di straordinaria amministrazione, tuttavia la garanzia stipulata da uno soltanto dei coniugi è valida ed efficace anche in mancanza del consenso dell'altro coniuge.

---

<sup>568</sup> C. Camardi, *op. ult. cit.*, p. 310, parla di amministrativizzazione dei relativi procedimenti e tutele, nel senso che si assiste a monte ad uno spostamento del potere regolatorio dagli originari soggetti privati che ne erano titolari alle Autorità indipendenti, nonché, a valle, alla progressiva cessione di competenze rimediali dal giudice ordinario a quello amministrativo.

<sup>569</sup> Cfr. A. Del Giudice, *op. cit.*, p. 151 ss.

<sup>570</sup> Cass. 10.05.1991, n. 5244, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, n. 1, p. 678 ss., con nota di P. M. Putti, *Non necessità del consenso di entrambi i coniugi in comunione dei beni per il rilascio di fideiussione* e in *Giur. it.*, 1994, n. 1, p. 671 ss., con nota critica di G. F. Basini, *Sulla responsabilità "sussidiaria" dei beni in comunione legale per la fideiussione prestata da un solo coniuge*.

In tale decisione, la Corte di legittimità osserva preliminarmente come la sussistenza del regime legale di comunione fra i beni non intacchi la possibilità di ciascun coniuge di contrarre obbligazioni anche per interessi estranei a quelli familiari.

Conseguentemente, la prestazione di una fideiussione da parte di uno solo dei coniugi in regime di comunione legale - nonostante la natura di atto di straordinaria amministrazione - vale a vincolare, per quanto in via sussidiaria, anche i beni comuni nei limiti della quota di tale coniuge, ossia della metà, ai sensi dell'art. 189 c.c.

Il garante, per la fideiussione non rilasciata nell'interesse della famiglia, in caso di insufficiente preventiva escussione dei beni personali, risponderà dunque sussidiariamente con la quota parte dei beni in comunione.

La soluzione adottata dalla Cassazione presenta diversi profili problematici.

Il primo interrogativo che sembra porsi la Suprema Corte riguarda la natura di atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione della prestazione di fideiussione da parte del coniuge e la conseguente applicabilità o meno dell'art. 180, 2° c. c.c.: se tale atto si qualifica come di straordinaria amministrazione, il suo compimento dovrebbe infatti richiedere il consenso anche dell'altro coniuge.

La risposta fornita dalla pronuncia è senz'altro contraddittoria laddove l'atto in questione si ritiene di straordinaria amministrazione, ma al contempo si nega la necessità del consenso del coniuge non fideiussore.

Ma soprattutto, come opportunamente osservato, è lo stesso interrogativo di fondo circa la natura dell'atto - di ordinaria ovvero di straordinaria amministrazione - a risultare superfluo e fuorviante: infatti, non ogni obbligazione contratta individualmente dal coniuge deve essere considerato atto di gestione della comunione. Come correttamente obiettato, l'esposizione patrimoniale che si realizza con l'assunzione di una fideiussione non è qualificabile come atto di amministrazione<sup>571</sup>.

Peraltro, nel caso deciso dalla Cassazione nel 1991 la garanzia prestata riguardava lo svolgimento di un'attività economica personale del coniuge, del tutto estranea all'amministrazione dei beni comuni.

Oggetto delle principali perplessità sollevate è proprio la riconduzione alla comunione di atti che niente hanno a che vedere con la gestione dei beni comuni. L'impostazione adottata dalla Cassazione si traduce perciò in un'ingiustificata

---

<sup>571</sup> V. G. F. Basini, *op. cit.*, pp. 673-74.

compressione della capacità negoziale della persona coniugata, con conseguenti possibili ripercussioni sulle ragioni creditorie<sup>572</sup>.

In effetti, l'angolatura da ultimo adottata consente di svelare come l'esigenza di tutela che si presenta nelle fattispecie in esame possa riguardare non, o per lo meno non solo, il coniuge "debole", bensì piuttosto il creditore.

Si tratta di istanze meritevoli di considerazione, soprattutto laddove il rilascio della fideiussione si innesti all'interno di impianti, quanto meno in via presuntiva, di tipo societario, ancorché occulto: ancora, siamo in presenza di situazioni forse idonee a configurare ulteriori "statuti fideiussori" autonomi, che verranno prese in esame nel capitolo successivo.

---

<sup>572</sup> Di recente, v. U. Minneci, *Responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale* in (a cura di) F. Anelli, M. Sesta, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 3, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2012, p. 341 ss., sopr. p. 362 ss.

## CAPITOLO IV - Fideiussione e rapporti economici in crisi

### Sezione I - Fideiussione, società occulta e fallimento

#### 1. Introduzione

Al termine del precedente capitolo, dedicato alla fideiussione prestata dal coniuge o familiare del debitore garantito, si sono presi in esame anche gli effetti che il rilascio di siffatta garanzia produce sui rapporti patrimoniali interni alla famiglia<sup>573</sup>.

Si è, in tale occasione, accennato al fatto che nel caso deciso dalla Cassazione nel 1991<sup>574</sup> - in cui venne stabilito che, nonostante la natura di atto di straordinaria amministrazione, la fideiussione prestata da un coniuge vale a vincolare in via sussidiaria anche i beni comuni nei limiti della relativa quota, pari alla metà - la garanzia in questione riguardava lo svolgimento di un'attività economica personale del coniuge garantito, estranea all'amministrazione dei beni comuni.

In effetti, non è infrequente la situazione in cui si individuino lo svolgimento di una serie di attività giuridiche connotate da significativi risvolti sul piano economico - quali *in primis* proprio la prestazione di fideiussioni, solitamente plurime, ma anche la concessione di ipoteche o l'apertura di conti correnti - da parte di un coniuge in favore dell'altro, per consentire l'esercizio, da parte di quest'ultimo, di un'attività imprenditoriale.

Come è evidente, assumendo tale angolatura, la prospettiva diviene essenzialmente opposta a quella che si è cercato di assumere nel capitolo precedente: se da un lato si trattava di impedire ovvero di rimediare all'assunzione di una fideiussione "rovinosa" - primariamente indotta dalla presenza di *affectio coniugalis* - qui si tratta piuttosto di stabilire quando l'*affectio coniugalis* travalichi i confini familiari al punto da tramutarsi in *affectio societatis*, con tutti gli interrogativi conseguenti, soprattutto in termini di tutela non più (solo) del coniuge/familiare garante, ma anche dei creditori dell'ente societario.

In tal senso, si è affermato che la prestazione di fideiussioni da parte di un coniuge in favore dell'altro, in presenza di precisi presupposti, può essere assunta quale

---

<sup>573</sup> V. *supra*, cap. III, par. 7.

<sup>574</sup> Cass. 10.05.1991, n. 5244, *cit.*



indicatore determinante della sussistenza, fra i coniugi stessi, di una vera e propria società c.d. di fatto<sup>575</sup>.

È chiaro che l'esistenza o meno di un rapporto societario, per quanto occulto, esplica un'incidenza notevole sulla disciplina applicabile, specie per quanto attiene al versante delle procedure concorsuali.

## **2. La sussistenza di una società occulta fra i coniugi: dall'*affectio familiaris* all'*affectio societatis***

Lo scontro teubneriano<sup>576</sup> fra due modelli incompatibili si fa particolarmente evidente ove il rilascio di garanzia venga assunto quale elemento sintomatico e determinante nell'individuazione di un rapporto sociale, con conseguente estensione del fallimento al coniuge o familiare-fideiussore. In tale prospettiva, il diritto societario, e soprattutto fallimentare, a maggior ragione vengono ad "inquinare" il contesto familiare, snaturando le relative logiche, e facendo filtrare all'interno della famiglia istanze ad essa estranee.

Assumendo tale ottica, la solidarietà familiare acquisisce risvolti delicati, ed il nodo problematico centrale della questione consiste nel domandarsi fino a che punto essa possa spingersi - con particolare riguardo soprattutto alla manifestazione consistente proprio nella prestazione di fideiussioni - senza "snaturarsi" e dunque tramutarsi in qualcosa di ben diverso, quale l'*affectio societatis*.

Mentre la giurisprudenza di altri ordinamenti europei - specie quello tedesco<sup>577</sup> - si è interessata di fideiussioni familiari da una pluralità di punti di vista, le pronunce italiane in materia si sono occupate delle "fideiussioni familiari" solo nella prospettiva, assai limitata in verità, della società occulta<sup>578</sup> e del relativo fallimento; in un certo senso l'interesse della nostra giurisprudenza si è appuntato non a monte sul rilascio stesso della garanzia stessa, ma piuttosto a valle, sugli effetti che essa genera, in termini di configurazione di una società occulta, con conseguente fallibilità della stessa.

---

<sup>575</sup> Macario

<sup>576</sup> V. *supra*, cap. III, par. 3.7.

<sup>577</sup> V. *supra*, cap. III, par. 3.

<sup>578</sup> Sulla fideiussione rilasciata dal coniuge (ma lo stesso problema si pone, più in generale, per le garanzie prestate nell'ambito familiare) quale possibile indice dell'esistenza di una società occulta, cfr. G. Biscontini, *Art. 1936*, in D. Valentino, *Dei Singoli Contratti*, in E. Gabrielli (dir. da), *Commentario del Codice civile*, vol. IV, Milano, 2011, p. 409 ss., e sopr. 421 ss. e F. Macario, *op. cit.*, p. 121 ss., G. B. Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006, p. 274 ss.

La situazione che non di rado si pone all'attenzione dell'interprete è la seguente: di fronte al fallimento dell'impresa individuale di un coniuge/familiare, l'esigenza avvertita dai creditori - laddove l'altro coniuge o un familiare (ad es. un figlio) abbia prestato, in favore del soggetto sottoposto a fallimento, fideiussioni finalizzate proprio a consentire lo svolgimento della relativa attività economica - è quella di coinvolgere nella procedura concorsuale anche il soggetto in certa misura "finanziatore", con il proprio patrimonio.

### 3. Il *distinguo* fra le varie ipotesi applicative

In verità, l'utilizzo dell'espressione "società occulta" cela, non di rado, imprecisioni definitorie sottese. Diverse sono infatti le ipotesi che possono venire in esame.

Bisogna intanto distinguere fra società di fatto, società occulta e società apparente, tre fattispecie che - nella prassi così come nelle stesse decisioni giurisprudenziali - vengono spesso confuse o sovrapposte.

Come puntualmente rilevato<sup>579</sup>, soprattutto la giurisprudenza fa dell'espressione "società di fatto" un utilizzo molto ampio, ricomprendendo all'interno del suo significato tanto la società apparente quanto la società occulta.

Invero, si tratta di tre fattispecie distinte, tutte rientranti nel *genus* della società irregolare<sup>580</sup>, una società di persone<sup>581</sup>, dunque, per la quale non sono stati adempiuti i prescritti oneri pubblicitari.

La società di fatto si caratterizza semplicemente per il fatto che la sua costituzione avviene per fatti concludenti, quindi in assenza di un accordo societario espresso.

Si ha invece una società apparente<sup>582</sup> quando due o più persone, non legate da alcun vincolo sociale effettivo, operino all'esterno in modo da ingenerare nel terzo in buona fede il legittimo affidamento circa l'esistenza di una società.

---

<sup>579</sup> D. Finardi, *Il fallimento in estensione: socio occulto di società palese, tra affectio societatis e affectio coniugalis*, in *Società*, 2009, n. 2, p. 235 ss.

<sup>580</sup> Sulle distinzioni relative cfr. N. Abriani, *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 69 ss.

<sup>581</sup> Sulla società di persone irregolare, cfr. F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone*, Milano 2011, p. 128 ss., che sostiene la mancata costituzione della medesima nel caso di società di capitali. Non mancano comunque tesi altrettanto autorevoli che sostengono l'esistenza anche di una società per azioni irregolare, precedente all'iscrizione nel Registro delle Imprese. Cfr. G. Oppo, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 109 ss., R. Simonetta, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 337 ss., P. Guida, *Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema*, in *Riv. not.*, 1983, p. 508 ss.

<sup>582</sup> V. F. Di Marzio, *La crisi d'impresa*, Padova, 2010, p. 228 ss.

Ipotesi ancora diversa dalle precedenti, ma anch'essa rientrante nel novero delle società irregolari, è la società occulta<sup>583</sup>. L'espressione si riferisce a quella fattispecie che si individua ove l'esistenza della società non sia esteriorizzata dai soci: pur sussistendo in concreto tutti gli elementi di cui all'art. 2247 c.c., la sussistenza dell'ente non è resa manifesta.

Infine, bisogna ulteriormente distinguere la società occulta dalla figura del socio occulto di società palese: qui la società di fatto esiste, ma all'esterno figura un unico soggetto come imprenditore individuale.

Mentre nei rapporti interni il rapporto sociale è pienamente operativo, (si parla di società interna), nei rapporti esterni, coi terzi, agisce solo un socio, ovvero anche un soggetto estraneo alla società, spendendo solo il proprio nome e non anche quello della società, che resta dunque "celata" dietro lo schermo dell'imprenditore individuale<sup>584</sup>.

L'obiettivo pratico in vista del quale una tale soluzione viene posta in essere è evidente: la limitazione della responsabilità per le obbligazioni sociali al solo soggetto che figura quale imprenditore individuale.

Il socio occulto, o i soci occulti, nei rapporti interni sono dei soci veri e propri, con potere di gestione, controllo, partecipazione agli utili e alle perdite: tutto ciò senza che la loro identità, ed anzi, la loro stessa esistenza, sia nota ai terzi. Il rapporto sociale trova quindi estensione ad un soggetto che, pur non risultando formalmente nella compagine societaria, nei fatti svolge le funzioni di socio, per quanto occulto.

Proprio quest'ultima ipotesi - del socio occulto di società palese - è quella la cui applicazione viene in considerazione nelle situazioni sovraindicate, in cui un coniuge o familiare presti fideiussioni e/o ponga in essere altre attività genericamente definibili di supporto e di finanziamento rispetto all'attività imprenditoriale esercitata dall'altro coniuge o familiare<sup>585</sup>.

Il versante su cui l'estensione del rapporto sociale al socio occulto produce i risvolti più problematici è quello fallimentare<sup>586</sup>. Il fallimento esplica infatti a sua volta un'efficacia estensiva non solo nei confronti dei soci che appaiono essere tali, ma anche

---

<sup>583</sup> Sulla società occulta, cfr. F. Di Sabato, *Diritto delle società*, III ed., agg. da A. Blandini, Milano, 2011, p. 81 ss.

<sup>584</sup> V. F. Di Sabato, *op. cit.*, p. 82.

<sup>585</sup> In materia, di recente, v. C. Fiengo, *Il vincolo societario de facto tra familiari*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 418 ss.

<sup>586</sup> Sulla distinzione fra le varie ipotesi di fallimento (società occulta, apparente, irregolare e di fatto), cfr. G. Pellegrino, *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 223 ss.

nei confronti dei soci occulti; spetta al tribunale l'accertamento circa l'esistenza del rapporto sociale, nonché la posizione e la responsabilità del socio occulto.

È in questa sede appena il caso di accennare che l'illustre giurista Walter Bigiavi fondò la propria nota tesi circa l'esistenza di un imprenditore individuale occulto proprio sulla previsione di estensione del fallimento al socio occulto<sup>587</sup>.

#### 4. Il contesto normativo di riferimento: l'art. 147 della legge fallimentare

La norma di riferimento è l'art. 147<sup>588</sup> della legge fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), che nel 2006 è stato oggetto di riformulazione ad opera del d. lgs n. 5<sup>589</sup>.

Con la riforma hanno trovato soluzione questioni al centro di precedenti dibattiti in dottrina come in giurisprudenza, e si sono accolte le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, già intervenuta con dichiarazioni di incostituzionalità<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> Come è noto, le più complete teorizzazioni in materia si devono a W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957 e *In difesa dell'imprenditore occulto*, Padova 1962. Secondo Bigiavi, partendo da quella che era la vecchia formulazione dell'art. 147, 2° c., l. fall. ("se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta la esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su domanda del curatore o d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio") - che prevedeva quindi l'ipotesi del fallimento del socio occulto di società palese - si deve ragionare per analogia, giungendo a teorizzare il fallimento del socio occulto di società palese, poiché la differenza tra le due ipotesi (socio occulto di società palese e società occulta) è solo quantitativa, relativa cioè al numero dei soci che compaiono all'esterno. Ed in effetti, fino a questa parte, l'estensione teorizzata da Bigiavi ha trovato accoglimento nella nuova formulazione dell'art. 147 l. fall.

La tesi dell'autore prosegue poi, sempre tramite un ragionamento analogico, fino a pervenire all'affermazione del fallimento dell'imprenditore occulto. In questo caso siamo in presenza di un imprenditore individuale, il quale è l'esclusivo titolare dell'impresa. Quest'ultima è solo apparentemente gestita dall'esterno da un prestanome, il quale non ha alcuna partecipazione sociale; non ricorre cioè tra i due (prestanome ed imprenditore occulto) un rapporto societario. Tale situazione, secondo Bigiavi, è analoga a quella della società occulta; l'unica differenza sta nel fatto che nella società occulta chi rimane dietro le quinte è un socio di chi appare in pubblico, mentre, nell'ipotesi dell'imprenditore occulto, il soggetto nell'ombra è l'esclusivo titolare dell'impresa gestita del prestanome. Nell'ottica dell'autore, la regola sancita dall'art. 14, 2° c. (ora nel 4° c) rappresenta l'espressione di un vero e proprio principio di carattere generale che sostituisce, nel campo dell'attività d'impresa, quello fissato dall'art. 1705 c.c.

La parte della tesi di Bigiavi circa l'ammissibilità dell'imprenditore occulto in senso stretto, e del relativo fallimento, viene però altrettanto autorevolmente messa in discussione, fra gli altri, da T. Ascarelli, *Considerazioni in tema di società e persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 245 ss. e G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 123 ss. Più di recente, cfr. anche P. Menti, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallim.*, 2011, p. 1229 ss., e non ha trovato accoglimento nella nuova formulazione dell'art. 147 l. fall.

<sup>588</sup> Su cui v. A. Maffei (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 962 ss.

<sup>589</sup> Secondo il Tribunale di Napoli, sentenza 17.11.2010, in *Fallim.*, 2011, p. 249 ss., il fallimento di un socio occulto dichiarato dopo il 16 luglio 2006 è assoggettato alla disciplina riformata nonostante il fatto che esso costituisca "estensione" di un fallimento di un imprenditore (apparentemente) individuale dichiarato in data antecedente.

<sup>590</sup> Fra queste cfr. C. Cost., 12.03.1999, n. 66 in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 494 ss., che aveva dichiarato incostituzionale il 1° c. della norma, laddove non prevede(va) l'applicazione del limite del termine annuale dalla perdita della qualità di socio illimitatamente responsabile.

Ai sensi dell'art. 147 l. fall., così come modificato nel 2006, la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro V c.c., produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

L'individuazione espressa, nel 1° c. dell'art. 147 l. fall., solo di determinati tipi di società, ha limitato l'applicabilità della norma ai soci di società in nome collettivo, in accomandita semplice e in accomandita per azioni. Il fallimento potrà quindi operare solo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di tali tipi di società.

Il 2° c. ha invece escluso l'estensione del fallimento al socio che abbia sciolto il proprio rapporto da oltre un anno, conformemente a quanto previsto dall'art. 10 l. fall. per l'imprenditore cessato<sup>591</sup>.

Sono stati in tal modo fissati precisi limiti temporali massimi per l'estensione del fallimento, che non potrà essere disposta decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche in caso di trasformazione, fusione e scissione, se sono state rispettate le formalità per rendere noti ai terzi tali fatti.

Con la riforma del 2006 è stato poi introdotto il 3° c. della norma in esame, che prescrive l'obbligatorietà della convocazione dei soci illimitatamente responsabili, prima della dichiarazione del loro fallimento<sup>592</sup>.

Infine, soprattutto per quanto qui interessa, la riforma ha recepito l'orientamento giurisprudenziale in tema di socio di società occulta, prevedendo che, se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, estende il fallimento ai medesimi, previa convocazione in camera di consiglio degli stessi a norma dell'art. 15 (4° c)<sup>593</sup>.

Il 5° c., art. 147 l. fall. precisa anche che "allo stesso modo si procede qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile".

---

<sup>591</sup> A. Barbieri, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fallim.*, 2008, n. 8, p. 914 ss.

<sup>592</sup> Come sancito già da tempo dalla Corte Costituzionale, con le sentenze 16.07.1970, n. 142, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0142s-70.html>, e 27.06.1972, n. 110, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0110s-72.html>.

<sup>593</sup> In tal senso, cioè a favore del fallimento della società occulta, si era già pronunciata la Cassazione: cfr., fra le altre, Cass. 30.01.1995, in *Foro it.*, 1995, n. 1, c. 3227 ss.

Trovano in tal modo disciplina espressa le sovraesaminate ipotesi della società occulta e del socio occulto di società palese, le cui discipline vengono equiparate.

Gli ultimi due commi della disposizione (6° e 7°<sup>594</sup>) disciplinano profili più strettamente processuali, stabilendo che contro la sentenza del tribunale è ammesso reclamo, e, in caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l'istante può proporre reclamo alla Corte d'Appello.

### **5. Il 4° c., art. 147 l. fall: la prova dell'esistenza del vincolo sociale**

Come è evidente - posto che il 4° c., art. 147, l. fall. prevede l'estensione del fallimento ai soci occulti illimitatamente responsabili, ed il 5° c. estende la stessa disciplina anche alla società occulta - si pone un problema, particolarmente rilevante, relativo all'individuazione degli elementi comprovanti l'esistenza di un vincolo sociale<sup>595</sup>

D'altronde, il socio, così come la società occulta, per definizione non risulta all'esterno; si tratterà quindi di individuare con precisione a quali elementi possa essere attribuito il valore di indici sistematici, rivelatori dell'esistenza di un rapporto sociale esternamente non figurante: di tale compito si è fatta carico soprattutto la giurisprudenza degli ultimi anni.

L'attenzione si sposta sul versante della prova; ed è proprio all'interno di tale lavoro ricostruttivo che l'esistenza della fideiussione, o meglio, delle fideiussioni prestate, acquisisce un ruolo centrale.

La questione fondamentale riguarda proprio la qualificazione delle garanzie prestate a sostegno dei debiti sociali. Esse apportano infatti la responsabilità personale del fideiussore, come avviene per il socio in conseguenza della sottoposizione al vincolo sociale; ci si interroga dunque sul valore che tali garanzie assumono con riguardo al loro essere prestate a favore di una società ovvero di un imprenditore individuale, potendo, le stesse, costituire espressione di *affectio societatis*, e dunque indizio per la configurazione di un rapporto societario a tutti gli effetti<sup>596</sup>.

L'elemento soggettivo, dell'*affectio societatis*, costitutivo della società, è, effettivamente, di per sé assai problematico, rivelandosi spesso pleonastico, in quanto non viene solitamente accertato in positivo, bensì, al contrario, viene dichiarato inesistente quando gli altri elementi costitutivi, di carattere oggettivo - ossia i

---

<sup>594</sup> Peraltro, l'ultimo comma è stato ritoccato dal decreto correttivo 169 del 2007.

<sup>595</sup> In dottrina, cfr. G. Bozzi, *op. cit.* p. 659 ss.

<sup>596</sup> Cfr. V. Rinaldi, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, in *Fallim.*, 1997, n. 1, p. 104 ss.

conferimenti di beni o servizi, con la formazione di un fondo comune, e la partecipazione dei conferenti ai guadagni e alle perdite - sono sorretti da una diversa *affectio*, quale appunto, l'*affectio coniugalis* o *familiaris*, o l'*animus donandi*, oppure ancora, da un rapporto contrattuale di diverso tipo (ad es. un contratto di finanziamento).

Al contrario, quando fra le parti difetta un rapporto che giustifichi lo spostamento patrimoniale dall'una nei confronti dell'altra, in presenza di determinate condizioni, si tende a presumere l'esistenza dell'*affectio societatis*<sup>597</sup>.

L'esistenza di quest'ultima è stata inoltre presunta anche in simultaneità all'*affectio familiaris* o *coniugalis* stessa, che da sola non è in grado di giustificare l'esposizione del proprio intero patrimonio al rischio che deriva dalla sottoscrizione della garanzia<sup>598</sup>.

## 6. L'orientamento giurisprudenziale prevalente

Come accennato, la giurisprudenza, anche di legittimità, ha giocato un ruolo fondamentale nell'individuazione degli indici rivelatori dell'esistenza di un rapporto societario; si rende quindi di particolare utilità passare in rassegna gli esiti delle pronunce più significative, talune delle quali, seppur risalenti, rappresentano ancora oggi un punto fermo nel tentativo di attribuire un determinato valore alle garanzie prestate nel contesto di una possibile società occulta.

Innanzitutto, si osserva che, nella maggior parte dei casi, a venire in gioco saranno prove documentali, o in mancanza di esse, prove critiche basate su presunzioni, la cui ammissibilità è d'altronde pacifica<sup>599</sup>.

Con specifico riguardo al rilascio di fideiussioni, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente ritiene che, anche ai fini della dichiarazione di fallimento *ex art. 147 l fall.* del socio illimitatamente responsabile, esso possa costituire indice sintomatico dell'esistenza di un rapporto societario fra garante e debitore garantito, purché, in primo luogo, si tratti di un rilascio non occasionale ma sistematico, che si concreti in una costante opera

---

<sup>597</sup> Per questi rilievi, v. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Padova, 2010, p. 918 ss.

<sup>598</sup> Così si pronuncia chiaramente App. Firenze, 3.04.1970, in *Dir. fall.*, 1970, n. 2, p. 840 ss., secondo cui è "assurdo pensare che il vincolo familiare e l'affetto che ne deriva possano spingere fino al punto di esporre tutto il proprio patrimonio nell'alea derivante dalla garanzia di tutte le operazioni finanziarie necessarie all'andamento di un'impresa". La pronuncia conclude infatti affermando la sussistenza di *affectio societatis*, pur in presenza del vincolo coniugale.

<sup>599</sup> Cass. 04.03.1987 n. 2259, in *Società*, 1987, p. 654 ss., Cass., 18.03.1988, n. 2500, in *Dir. fall.*, 1988, n. 2, p. 913 ss.

di sostegno dell'attività di impresa, nonché in una vera e propria collaborazione al raggiungimento degli scopi sociali comuni<sup>600</sup>.

Analogamente, a fianco della prestazione di fideiussioni, la giurisprudenza riconosce il valore di indizio rivelatore anche ad altre attività di finanziamento della società - quali la concessione di avalli ed erogazioni finanziarie, il rilascio di sottoscrizioni cambiarie, l'effettuazione di pagamenti ai creditori<sup>601</sup> - nonché ad attività di ingerenza nella gestione dell'impresa<sup>602</sup>, sempre purché il loro carattere sistematico consenta di ricollegare tali fattori ad una collaborazione prestata in vista del conseguimento degli scopi sociali.

La suddetta sistematicità relativa alla prestazione di garanzie, così come alle altre attività di finanziamento della società, non deve comunque essere considerata con esclusivo riguardo al profilo quantitativo, potendo anche pochi, o persino un unico, intervento di garanzia o finanziamento, costituire valido indice dell'esistenza del rapporto sociale, se accompagnato ad altre circostanze significative, quali l'effettuazione delle/a azione/i in un momento cruciale per l'inizio dell'attività dell'impresa, per lo sviluppo di questa, ovvero ancora per il suo salvataggio dalla crisi<sup>603</sup>.

Peraltro, la Cassazione ha precisato che gli indici rivelatori dell'esistenza del rapporto sociale, quali fideiussioni e finanziamenti sistematici in favore dell'imprenditore, possono collocarsi anche nel solo momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società<sup>604</sup>.

Più rigorosa l'impostazione di altre pronunce, che richiedono - al fine di attribuire rilievo al rilascio di fideiussioni quale sintomo del rapporto sociale - l'accertamento di elementi ulteriori, risultanti dalla prestazione delle garanzie stesse, e comprovanti in dettaglio l'esistenza della compagine societaria, quali il programma stabile di finanziamento, l'oggetto sociale dell'ente collaterale costituito, la sua realizzazione attraverso un fondo comune derivato dagli apporti dei soci di fatto, la sua finalità di

---

<sup>600</sup> Cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 661.

<sup>601</sup> Così, fra le altre, già Cass., 22.02.1957, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, p. 341 ss., con nota di E. Simonetto, e, più di recente, Cass. 14.02.2001, n. 2095, in *Fallim.*, 2001, p. 1230 ss., con nota di F. Patini, e Cass., 22.02.2008, n. 4529, in *Fallim.*, 2008, p. 911 ss., con nota di A. Barbieri, *cit.*

<sup>602</sup> V. Cass., 28.09.1973, in *Giur. comm.*, 1974, p. 335 ss. In proposito, cfr. anche F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 921.

<sup>603</sup> V. Cass., 14.02.2007, n. 3271, in *Mass. Foro it.*, 2007, che nel caso di specie ha confermato la pronuncia di merito, ritenendo indicativa dell'esistenza di un rapporto sociale occulto una singola fideiussione, affiancata però da altre circostanze che confermavano l'esistenza di un complessivo progetto economico, all'interno del quale la garanzia assumeva il particolare rilievo di elemento determinante per l'inizio dell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

<sup>604</sup> Cass. 16.03.2007, n. 6299, in *Mass. Foro it.*, 2007.



supportare la società (o l'imprenditore individuale) regolare, con l'obiettivo di ricavare da tale programma le utilità aggiuntive e comunque diverse da quelle che l'ente regolare può fornire, anche solo in termini di risparmio di costi<sup>605</sup>.

Talvolta, un rilievo particolare è stato attribuito ai rapporti di garanzia sistematicamente costruiti, connotati dall'esclusione del diritto di regresso del fideiussore<sup>606</sup>.

### 6.1. L'ultima pronuncia della Cassazione in materia

Una recente sentenza della Cassazione<sup>607</sup> si è occupata compiutamente della vicenda; la pronuncia è successiva alla riforma dell'art. 147 l. fall., benché i fatti di causa fossero antecedenti<sup>608</sup>, ed è significativa perché si è occupata proprio di un caso paradigmatico delle situazioni in esame.

In questo caso, i giudici di merito avevano riconosciuto infatti l'esistenza di una società di fatto intercorrente tra due coniugi, con la conseguente estensione del fallimento ad entrambi.

La ricorrente, moglie del soggetto imprenditore, denunciava che le attività da lei effettuate - ossia, nel caso di specie, la prestazione di fideiussione, la concessione di garanzia ipotecaria sui beni facenti parte della comunione e la sottoscrizione di conti correnti cointestati - erano riconducibili a meri sentimenti di solidarietà coniugale.

La ricorrente sosteneva inoltre che, nel caso in cui fosse ravvisabile un'impresa familiare, il collaboratore, il quale presti tali attività, ben potesse essere motivato esclusivamente da *affectio familiaris*.

Secondo la pronuncia, invece, le attività svolte dalla ricorrente sono da qualificarsi come manifestazione di poteri di ingerenza nella gestione di impresa esercitata dal coniuge; la soluzione già fornita dai giudici di merito merita quindi di essere condivisa.

La Corte argomenta poi ulteriormente, ribadendo in modo chiaro il rilievo che assumono, ai fini probatori, oltre ai comportamenti tenuti dai presunti soci occulti nei

---

<sup>605</sup> Cfr. Cass., 06.06.2003, n. 3349, in *Giur. it.*, 2003, n. 10, p. 1859 ss., con nota di F. Iozzo, *Sulla società di fatto collaterale alla società di capitali*.

<sup>606</sup> V. Cass., 14.02.2003, n. 2200, in *Giust. civ.*, 2003, n. 1, p. 1220 ss.

<sup>607</sup> Si tratta della nota Cass. 05.07.2013, n. 16829, in *Notariato*, 2013, n. 5, p. 489 ss., con nota di E. Briganti, *Società di fatto*, in *Giur. it.*, 2014, n. 6, p. 1428 ss., con nota di E. Morino, *Affectio societatis e affectio familiaris fra società apparente e società di fatto*, in *Vita not.*, 2013, n. 3, p. 1063 ss., con commento di S. P. Cerri, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, e in *Giur. comm.*, 2014, n. 2, p. 218 ss., con commento di N. Michieli, *Il fallimento del socio occulto*.

<sup>608</sup> In verità, si osserva che le pronunce precedenti alla riforma, dal punto di vista contenutistico, ne hanno anticipato i risvolti.

confronti dei terzi (in particolare i creditori) - e quindi l'esteriorizzazione del vincolo sociale, tramite, *in primis*, la spendita del nome della società, con conseguente affidamento incolpevole ingenerato nei terzi stessi, circa la sussistenza del vincolo sociale - anche la prova che di tale esteriorizzazione deve essere fornita, la quale viene costruita dalla decisione in maniera particolarmente rigorosa.

In particolare, sul piano probatorio non assume rilievo univoco né la qualificazione dei familiari come collaboratori dell'impresa familiare<sup>609</sup>, né l'eventuale condivisione degli utili, trattandosi d'indicatori equivoci rispetto agli elementi indefettibili della figura societaria dati dal fondo comune e dalla *affectio societatis*; piuttosto, ai fini dell'estensione del fallimento del titolare dell'impresa familiare agli altri componenti della famiglia, è necessario il positivo accertamento dell'effettiva costituzione di una società di fatto.

Il lavoro ricostruttivo dell'interprete si dovrà quindi rivolgere al comportamento assunto dai familiari nelle relazioni esterne all'impresa, al fine di valutare se vi sia stata la spendita del *nomen* della società o comunque l'esteriorizzazione del vincolo sociale, l'assunzione di obbligazioni sociali ecc.; insomma, all'esterno deve esservi stato un complessivo atteggiarsi idoneo ad ingenerare nei terzi un incolpevole affidamento in ordine all'esistenza di un vincolo societario.

Soprattutto, nel caso di specie vennero ritenuti determinanti elementi quali la cointestazione ad entrambi i coniugi, del conto corrente e del contratto di fideiussione.

Rispetto ad altre pronunce, che mirano a circoscrivere in dettaglio il significato di supporto all'attività di impresa che le operazioni compiute dal coniuge-socio occulto devono rivestire, la decisione in esame si concentra piuttosto, prioritariamente, sull'individuare la rilevanza che tali attività possono acquisire all'esterno, nei rapporti con i terzi.

---

<sup>609</sup> Il tema della configurazione di una società familiare di fatto non è stato in verità affrontato esaustivamente dalla pronuncia, come osservato da S.P. Cerri, *op. cit.*, p. 1069 ss. In proposito, v. A. Figone, *Società di fatto tra familiari*, in *Fallim.*, 1997, n. 2, p. 162 ss.

## 7. Una questione incidentale: il valore della fideiussione nel contesto della configurazione di una società occulta

Senza voler qui affrontare il complesso tema del rilascio di fideiussioni all'interno della compagine societaria<sup>610</sup>, si osserva comunque che, sottesa e collaterale a molte sentenze che si sono occupate della possibile qualificazione della prestazione di fideiussioni quale indice rivelatore di una società occulta, è un'ulteriore questione, relativa al valore che la garanzia stessa può assumere nel contesto di un possibile rapporto societario, per quanto occulto.

Ci si chiede cioè se la prestazione di fideiussione possa essere qualificata come vero e proprio conferimento - nel qual caso la sola prestazione della garanzia darebbe vita al rapporto sociale - ovvero se essa sia soltanto indice dell'esistenza di tale rapporto.

Le sovraesaminate pronunce della Cassazione tendono, correttamente, ad escludere che il rilascio della garanzia possa di per sé costituire prova dell'esistenza del rapporto. Piuttosto, tale elemento, se connotato da sistematicità, unitamente ad altre circostanze, acquisisce il suddetto valore probatorio ove si traduca in una costante opera di sostegno dell'attività di impresa, nell'ottica della collaborazione per il conseguimento degli scopi sociali comuni.

Certo, la nozione di conferimento nelle società di persone è assai ampia, rientrandovi qualunque utilità suscettibile di valutazione economica al fine del conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2253 c.c.)<sup>611</sup>, ed è pur vero che in astratto la fideiussione può essere oggetto di conferimento societario<sup>612</sup>.

Tuttavia sarebbe eccessivo concludere che la semplice prestazione della garanzia di per sé costituisca la prova dell'esistenza del rapporto sociale.

Piuttosto, la condotta del garante ha valore neutro<sup>613</sup>, non è da sola indicativa di *affectio societatis*; rispetto alla società - il cui credito il fideiussore garantisce - questi risulta creditore in virtù dell'azione di regresso che gli spetta a seguito del pagamento, e non socio, perché non conferisce alcunché<sup>614</sup>.

---

<sup>610</sup> Per il quale si rinvia all'approfondita analisi di G. Bozzi, *op. cit.*, p. 570 ss. Cfr. anche L. Ruggeri, S. Monticelli, *Garanzie personali*, in P. Perlingieri (dir. da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, vol. III, n. 19, Napoli, 2005, p. 101 ss.

<sup>611</sup> Sul punto, cfr. *ex multis*, Cass., 17.10.1986, n. 6087, in *Dir. fall.*, 1987, n. 2, p. 416 ss.

<sup>612</sup> Cfr. le riflessioni di V. F. Fimmanò, *Il fallimento del fideiussore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 619 ss.

<sup>613</sup> Cfr. la ricostruzione di G. Bozzi, *op. cit.*, p. 662 ss.

<sup>614</sup> In proposito, v. già C. Giannattasio, *Fideiussione e garanzia di aperture di credito a società di persone intese come conferimento in società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1974, n. 2, p. 30 ss., e, più di recente F. Fimmanò, *op. cit.*, il

Il rilascio della garanzia fideiussoria può, allora, nello specifico contesto di riferimento, assumere un significato che non necessariamente si ricollega al rapporto sociale; in effetti, come già accennato, alla base della prestazione della fideiussione si possono rinvenire giustificazioni ben distinte dalla creazione del vincolo associativo.

Equiparare fideiussione e conferimento *sic et simpliciter* cela inoltre un errore sul piano sistematico, perché vorrebbe dire tralasciare che la funzione di apportare credito all'impresa, con conseguente incremento di capitali, è assolta dalla stessa responsabilità illimitata e solidale dei soci<sup>615</sup>.

Ciononostante, in tale "errore" è talvolta incorsa la stessa giurisprudenza di legittimità<sup>616</sup>; quella stessa giurisprudenza che ha invece, in altre occasioni, correttamente confermato che la sussistenza di un generico "interesse" del garante alla concessione del credito in favore della società, spesso riscontrabile nelle fideiussioni rilasciate ad istituti bancari, non è da solo sufficiente a dimostrare l'esistenza anche di *affectio societatis*, in mancanza di altre circostanze significative<sup>617</sup>.

Come viene ulteriormente argomentato, la stessa realtà dei fatti dimostra che un socio occulto, proprio in virtù della sua posizione, difficilmente "esce allo scoperto" prestando garanzie; avendo piuttosto interesse a non comparire, e potendo finanziare la società in altro modo, senza obbligarsi personalmente. Sul piano probatorio, ai fini dell'estensione del fallimento al socio occulto-garante, dovrà essere dunque, in applicazione dei principi generali in materia, *ex art. 2697 c.c.*, la parte istante (in genere il curatore fallimentare) a dimostrare, anche tramite presunzioni, purché chiare, precise e concordanti, la sussistenza del vincolo societario.

Le presunzioni dovranno essere fondate su elementi indiziari univoci e chiari, fra cui anche la prestazione sistematica di fideiussioni, ma congiuntamente ad altre circostanze<sup>618</sup>.

Non mancano comunque pronunce, soprattutto di merito, che, senza interrogarsi molto, in verità, sulla natura o meno di conferimento della fideiussione, hanno ritenuto

---

quale osserva proprio come "Fideiussione come garanzia e fideiussione come conferimento restano due entità nettamente distinte e separate", p. 622

<sup>615</sup> In proposito v. F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 923.

<sup>616</sup> Cfr. Cass. 7.06.1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, n. 2, p. 733 ss., con nota di D. Testi, in cui si legge che le prestazioni di garanzia "per il loro carattere di generalità e d'illimitatezza, avevano determinato un apporto di credito all'impresa", consentendo alla stessa di disporre, oltre che dei veri e propri conferimenti provenienti dai soci, anche di apporti economici ulteriori.

<sup>617</sup> Così Cass., 08.01.1991, n. 84, in *Fallim.*, 1991, n. 6, p. 473 ss.

<sup>618</sup> Cfr. G. Bozzi, *op. cit.*, p. 664.

di trarre dalla semplice prestazione di essa, eseguita in favore della società, e soprattutto se nei confronti di un istituto di credito, una presunzione di sussistenza del vincolo sociale, anche in assenza di altri indici rivelatori<sup>619</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo orientamento, diffuso soprattutto nella giurisprudenza di merito, sono state avanzate preoccupazioni in ordine al dispiegamento di un'eccessiva forza espansiva del fallimento<sup>620</sup>.

## **8. Una chiosa parziale: l'estensione del fallimento fra tutela del garante e tutela dei creditori**

Le problematiche che vengono in gioco nel riflettere circa la possibile assunzione del rilascio di fideiussioni quali indici rivelatori dell'esistenza di una società occulta, sono dunque molteplici.

In via preliminare - laddove vi sia un imprenditore individuale, in favore del quale il relativo coniuge o familiari prestino garanzie e/o altre attività di supporto dell'attività economica, e tali attività vengano riconosciute integrative di quella imprenditoriale - la difficoltà è legata all'individuazione dell'impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.*

Come è noto, infatti, la relativa disciplina, a tratti lacunosa, ha generato dibattiti dottrinali, nonché svariate applicazioni giurisprudenziali<sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> Così Trib. Pistoia, 15.05.1968, in *Dir. fall.*, 1976, n. 2, p. 567 ss., con nota di M. Bronzini, in cui si attribuisce particolare rilievo al carattere *omnibus* della fideiussione. La pronuncia statuisce infatti chiaramente che "il prestare fideiussione per tutta l'esposizione debitoria o per il soddisfacimento di tutte le obbligazioni derivanti da obbligazioni bancarie ha inequivocabilmente la natura e la portata di un rapporto societario. Nella decisione si fa inoltre leva sull'elemento volontaristico, di accettazione, da parte del garante, dell'alea che deriva dalla prestazione della garanzia, con conseguente consapevolezza di legare, in tal modo, le proprie sorti a quelle dell'impresa. Sul punto, v. anche G. Bozzi, *op. cit.*, p. 665.

Analogamente, Trib. Napoli, 02.03.1994, pone a fondamento della sua decisione di estendere il fallimento a due soci occulti (genitori del debitore garantito) il fatto che questi avessero rilasciato fideiussione *omnibus* ad istituti bancari. Tale elemento, di per sé, in mancanza di allegazioni probatorie ulteriori, viene ritenuto sufficiente a dimostrare l'esistenza del vincolo sociale e della partecipazione dei garanti alla gestione economica della società, con conseguente estensione a questi anche del fallimento.

Si tratta della pronuncia annotata da F. Fimmanò, *op. cit.*, che confuta fortemente l'assunto che si intuisce essere alla base della decisione del giudice napoletano, per quanto in via di semplice presunzione, per cui chi presta fideiussioni *omnibus* alle banche è da considerare automaticamente socio della società garantita.

L'autore osserva come sia da escludere che nelle banche destinatarie delle fideiussioni si possa ingenerare l'affidamento, in buona fede, circa l'esistenza del rapporto sociale, soprattutto in considerazione del fatto che solitamente sono le banche stesse ad esigere la prestazione delle garanzie ai fini della concessione del credito. Le stesse hanno dunque piena contezza circa la reale valenza giuridica delle fideiussioni in esame. Analogamente, nessun affidamento si ingenera negli altri soggetti che vengano a contrattare con il garante, poiché il rilascio delle garanzie è operazione coperta da segreto bancario.

<sup>620</sup> Cfr. le riflessioni di D. Di Gravio, *La famiglia come società occulta ed il suo fallimento anche implicito*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, vol. I, Padova, 1997, p. 343 ss., che denuncia la facilità con cui certa giurisprudenza di merito estende il fallimento ai soci occulti, facendo riferimento ad un caso limite in cui a venire dichiarata fallita dal Tribunale fu la moglie-garante dell'imprenditore fallito, ormai vedova. Si tratta di Trib. Roma, 30.07.1970, in *Dir. fallim.*, 1980, n. 2, p. 437 ss.

La stessa natura dell'impresa familiare è dubbia, non essendo univoca la sua riconduzione all'impresa collettiva<sup>622</sup> ovvero a quella individuale<sup>623</sup>.

Di certo, le soluzioni giurisprudenziali che estendono il fallimento anche al coniuge o familiare dell'imprenditore - individuando la sussistenza di un'impresa familiare, per di più occulta - mostrano di aderire alla prima prospettazione.

D'altronde, le consistenti complessità derivanti dall'individuazione di un'impresa familiare si affiancano a quelle, oggetto di specifica analisi, derivanti dal carattere occulto della società e /o del relativo socio-garante.

Soprattutto, le decisioni che hanno mostrato una certa "disinvoltura" nell'operare l'estensione del fallimento al familiare-socio occulto, svelano con particolare evidenza le istanze sottese che entrano, almeno potenzialmente, in conflitto: da un lato si pone senz'altro l'esigenza di tutelare i creditori della (presunta) società occulta, esigenza che in caso di fallimento merita particolare attenzione; dall'altro si evidenzia l'interesse dei familiari del fallito, che pure abbiano prestato garanzia o svolto altre attività in favore di questi, a non essere implicati nell'attività imprenditoriale in questione - salvo che in caso di effettivo coinvolgimento in essa, risultante da indici ben precisi - e soprattutto nel relativo fallimento.

Finora si è ragionato di pluralità di situazioni economiche variegata, in cui sia coinvolta la prestazione di una fideiussione; si è inoltre, in tale ottica, cercato di evidenziare come sembri possibile delineare una vera e propria pluralità di "statuti fideiussori" differenziati.

In tutti i casi sino ad ora esaminati la figura che emergeva come "debole" e bisognosa di peculiare protezione era sempre quella del garante. Nello specifico caso qui in esame, la vicenda economica di riferimento si fa particolarmente complessa, conseguentemente anche le esigenze di tutela emergenti sono più articolate, e fra loro contrastanti; e non è immediato stabilire quale debba prevalere.

---

<sup>621</sup> La bibliografia in materia è piuttosto consistente. *Ex multis*, cfr. M. Ghidini, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, V. Panuccio, *L'impresa familiare*, Milano, 1981, e, più di recente, L. Balestra, *L'impresa familiare*, Milano, 1996.

<sup>622</sup> Così F. D. Busnelli, *Impresa familiare e aziende gestite da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1976, p. 1410 ss., che considera l'impresa familiare una società *sui generis*. Di recente, cfr. A. Scotti, *Dalla Corte di cassazione un'occasione per tornare a riflettere sulla compatibilità tra impresa familiare e forme collettive di impresa*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2015, p. 124 ss.

<sup>623</sup> Così A. Auciello, F. Badiali, C. Iodice, S. Mazzeo, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000, p. 586.

## **SEZIONE II - Fideiussione e sovraindebitamento del debitore garantito**

### **1. Premessa**

Si è dunque visto in che misura il rilascio di fideiussioni possa essere considerato sintomatico di una società - la cui esistenza pur non venga palesata ai terzi, con relativa fallibilità dell'ente - e in che misura le relative discipline, della garanzia e del fallimento, vengano ad interferire, con i conseguenti interrogativi che si pongono, soprattutto in termini di tutela.

Un ulteriore “statuto fideiussorio”, accomunato a quello poc'anzi esaminato dal carattere latamente fallimentare della vicenda sottesa, chiama in causa l'istituto - di recente introduzione, e che solleva molteplici interrogativi sul piano giuridico-economico - del c.d. “sovraindebitamento”. In entrambi i casi, ci si trova in effetti di fronte a vere e proprie situazioni di crisi del debitore principale, e ci si interroga sulla sorte che è riservata al garante di quest'ultimo durante o in seguito all'intervento della vicenda fallimentare.

Una peculiare angolatura che può essere assunta nell'esaminare il fenomeno del sovraindebitamento, riguarda proprio la possibile estensione, dal debitore al fideiussore, degli effetti vantaggiosi che derivano dalla relativa procedura, nonché, da un punto di vista parzialmente diverso, l'attivazione di un'autonoma procedura di esdebitazione da parte del garante a sua volta sovraindebitato.

Ancora una volta, si vedrà come, in proposito, un rilievo di primo piano spetti proprio al profilo soggettivo rivestito dal garante.

### **2. Il contesto normativo precedente alla l. n. 3 del 2012**

Prima di passare ad indagare i contenuti della disciplina sul sovraindebitamento del consumatore - introdotta in Italia con la legge n. 3 del 27 febbraio 2012 – è opportuno interrogarsi sul contesto nel quale tale riforma si è andata ad inserire.

La legge in questione rappresenta il tentativo di reagire ad un fenomeno che negli ultimi decenni si è manifestato sempre con maggiore diffusione ed intensità, appunto quello del sovraindebitamento del c.d. debitore civile<sup>624</sup>.

---

<sup>624</sup> Sul tema, v. E. Pellicchia, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento: interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012.

Con il termine “sovraindebitamento”, si indica, secondo la definizione già dettata dal Comitato economico e sociale europeo sul tema del credito, la situazione in cui “il debitore si trova durevolmente nell’impossibilità di pagare tutti i suoi debiti, o in cui c’è il reale pericolo di non poter far fronte al pagamento dei debiti quando essi divengono esigibili”<sup>625</sup>.

Si tratta quindi di situazioni di insolvenza perenne, in cui il debitore non riesce ad adempiere i debiti assunti; il che, come è evidente, produce effetti di grande impatto sociale<sup>626</sup>.

In proposito, il contesto normativo italiano ha evidenziato, fino ad un recente passato, una sostanziale mancata considerazione del problema del sovraindebitamento del debitore civile, nonostante le spinte europee verso l’istituzione di un modello unico di procedura di esdebitazione<sup>627</sup>.

In effetti, è vero che la riforma del diritto fallimentare del 2005-2006, com’è noto, ha introdotto a favore del fallito, persona fisica, il beneficio dell’esdebitazione<sup>628</sup> (art. 142 e ss. l. fall.), riconoscendo a questi, in tal modo, il diritto a veder cancellati i debiti non soddisfatti attraverso la liquidazione dell’attivo attuata nell’ambito della procedura concorsuale, a seguito della conclusione della stessa.

È però altrettanto vero che la riforma non ha previsto l’estensione del fallimento, sia pure su istanza, all’insolvente civile; peraltro, l’effetto di esdebitazione è rimasto legato al fallimento, con la conseguenza che sono sottratti al beneficio non solo il debitore civile, ma anche tutti coloro che, pur essendo imprenditori, sono esclusi dall’accesso al fallimento stesso.

---

<sup>625</sup> V. il parere del Comitato 2008/C 44/19, pubblicato nella G.U.C.E. del 16.02.2008.

<sup>626</sup> In proposito cfr. le approfondite riflessioni di E. Pellecchia, *op. cit.*, p. XIII ss. Sulle conseguenze in termini di esclusione sociale del fenomeno del sovraindebitamento del consumatore e delle famiglie, v. anche L. Modica, *op. cit.*, p. 8 ss.

Per un’ampia analisi del fenomeno, cfr. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010.

<sup>627</sup> In seno al Consiglio d’Europa, cfr. la Raccomandazione CM/Rec(2007)8 del Consiglio dei Ministri agli Stati membri sul problema del debito, adottata in data 20.06.2007, e, nell’Unione Europea, il Regolamento n. 215 del 28.02.2007 con cui la Commissione europea ha dettato direttrici univoche in materia di rilevazione del fenomeno del sovraindebitamento. Cfr. L. Modica, *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>628</sup> Su cui v. V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 381 ss. e G. Capo, *La chiusura del fallimento e l’esdebitazione del fallito*, in V. Buonocore, A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Padova, 2011, p. 552 ss.



Inoltre, il legislatore della riforma ha sensibilmente innalzato le soglie minime necessarie<sup>629</sup> per accedere al fallimento, escludendone un ampio novero di imprese<sup>630</sup>, ossia essenzialmente gli enti pubblici, i piccoli imprenditori e gli imprenditori agricoli.

Pertanto, ai sensi dell'art. 1 l. fall., come riformato, una gran parte di debitori non può beneficiare dell'esdebitazione; costoro rimangono soggetti all'esecuzione individuale.

Nell'ottica della riforma, che ha inteso eliminare gli aspetti sanzionatori nei confronti del fallito, come previsti ancora dalla legge fallimentare del 1942, l'esclusione non risulta più giustificata, perché eccessivamente penalizzante<sup>631</sup>.

Altre ragioni che spingono verso l'introduzione di una disciplina del fallimento a vocazione più generalizzata, ed in particolare inclusiva del debitore civile, riguardano la necessità di conseguire una maggior protezione, su un duplice versante: quello dei creditori - dal momento che la posizione dei creditori concorsuali risulta più tutelata rispetto a quella dei creditori "individuali"<sup>632</sup> - oltre che, com'è ovvio, del debitore civile stesso, il quale, almeno fino a pochi anni fa, non poteva usufruire di procedure che gli consentissero di addivenire ad accordi con i creditori, produttivi di effetti di dilazione dei pagamenti dovuti, o di riduzione del relativo ammontare<sup>633</sup>.

### 3. Sovraindebitamento, credito al consumo e crisi economica

È d'obbligo svolgere una riflessione anche su un versante ulteriore, a conferma della necessità di introdurre una disciplina specifica per l'ipotesi del fallimento del debitore civile.

---

<sup>629</sup> Indicate all'art. 1 l. fall., su cui v. E. Sorci, *Commento Sub. Art. 1*, in G. Terranova, G. Ferri Jr., G. Giannelli, F. Guerriera, M. Perrino, B. Sassani (a cura di), *La nuova legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, p. 9 ss.

<sup>630</sup> Sull'accesso alle procedure, cfr. D. Galletti, *Commento Sub. Art. 160 legge fallimentare*, in C. Cavallini (dir. da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 2268 ss.

<sup>631</sup> Così E. Pellicchia, *op. cit.*, p. XX.

<sup>632</sup> Con riguardo ad una pluralità di aspetti, fra cui, *in primis*, la previsione di inefficacia degli atti assuntivi di obbligazioni del fallito, intercorsi dopo la dichiarazione di fallimento. V. A. Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *An. giur. ec.*, 2004, n. 2, p. 245 ss.

<sup>633</sup> Così ancora A. Castagnola, *op. cit.*, p. 253 ss., il quale giunge ad invocare un'estensione delle procedure fallimentari alla luce del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nonostante ricordi anche come la Corte Costituzionale, con sentenza 27.07.1982, n. 145, in *Foro it.*, 1982, n. 1, c. 3006 ss., abbia ritenuto il diverso trattamento di insolvenza civile e insolvenza commerciale una materia sottratta al giudizio di costituzionalità, e rientrante nel margine di discrezionalità spettante al legislatore.

Peraltro, più di recente, il Tribunale di Bolzano ha sollevato un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, con precipuo riguardo alla distinzione fra piccoli imprenditori e imprese di dimensioni superiori. La questione è stata però dichiarata manifestamente inammissibile perché mal posta. Cfr. C. Cost., ord. 30.11.2007, n. 411, in *Foro it.*, 2008, n. 1, p. 6 ss., con nota di M. Fabiani.

Se, come visto, sul piano teorico la *ratio* di una tale regolazione presenta senz'altro un saldo fondamento<sup>634</sup>, è pur vero che nell'introduzione della relativa disciplina hanno esplicitato un peso determinante anche cause di natura essenzialmente contingente.

È stata infatti la travolgente crisi economica globale a evidenziare con particolare intensità il fenomeno del sovraindebitamento e, in generale, dell'insolvenza civile, svelando la vulnerabilità finanziaria delle imprese, ma anche delle famiglie.

Soprattutto, la crisi ha fatto vacillare persino la notoria "virtù" del consumatore italiano, tradizionalmente meno incline, rispetto ai corrispettivi del resto d'Europa, ad indulgere al consumo sfrenato. È in tal modo che la problematica emerge prepotentemente in tutta la sua complessità, assurgendo al rango di questione di giustizia sociale<sup>635</sup>.

Si può senz'altro affermare, dunque, che, su un piano più strettamente pratico e di opportunità politica, alla grave situazione economica attuale si deve lo spunto fornito al legislatore per colmare il *deficit* normativo prima caratterizzante il nostro ordinamento, con riguardo al problema del sovraindebitamento di tutti quei soggetti esclusi dall'ambito di applicazione della legge fallimentare<sup>636</sup>.

Peraltro, su un piano più ampio, si osserva che la stessa crisi non è che il frutto di un sistema economico incentrato sul debito: facile concessione del credito, conseguente produzione di uno stato di sovraindebitamento dei consumatori e delle famiglie, e deflagrazione di una crisi economica mondiale, appaiono strettamente connessi all'interno di una sorta di "circolo vizioso".

Ad un esame più approfondito, il fenomeno del sovraindebitamento si presenta dunque assai complesso, e svela una certa rilevanza macroeconomica, oltre che a un indubbio fondamento culturale e sociologico<sup>637</sup>.

Il collegamento<sup>638</sup> più problematico che il sovraindebitamento evidenzia, è quello con il credito al consumo, inteso quale operazione diretta a consentire l'immediata

---

<sup>634</sup> Circa l'opportunità di estendere la previsione di procedure con esito esdebitatorio anche a favore del debitore civile, v. anche la riflessione di G. Falcone, *La posizione del consumatore e gli istituti esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2006, n. 1, p. 841 ss.

<sup>635</sup> V. L. Modica, *op. cit.*, p. 24 ss.

<sup>636</sup> Per questi rilievi, v. anche M. Fabiani, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. giur.*, 2012, n. 4, p. 449 ss.

<sup>637</sup> Per un'approfondita indagine delle cause del fenomeno, in chiave strutturale, culturale e macroeconomica, cfr. E. Pellecchia, *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>638</sup> V. l'interessante analisi sul piano giuridico-economico, che indaga gli snodi critici del collegamento fra ricorso al credito al consumo e generazione dello stato di sovraindebitamento dei consumatori, di M.

acquisizione di beni e servizi, che non sarebbero altrimenti conseguibili<sup>639</sup>. L'unica alternativa, per il consumatore, sarebbe cioè il rinvio dell'acquisto ad un momento successivo, di maggior disponibilità economica<sup>640</sup>.

Certo, si tratta di una soluzione che si profila, almeno ad una prima analisi, come vantaggiosa per la totalità dei soggetti coinvolti nell'operazione di credito. In effetti, se da un lato al venditore viene assicurato l'assorbimento della merce mediante agevolazioni nel rimborso del prezzo, dall'altro, al consumatore viene consentita l'acquisizione immediata del bene; infine, al finanziatore viene garantito il conseguimento di profitti attraverso il ricorso a normali operazioni di prestito. Peraltro, lo stesso mercato ne beneficia, grazie all'immissione, nel circuito della distribuzione, dei capitali necessari al suo stesso funzionamento<sup>641</sup>.

È noto che il credito al consumo ha trovato un'espansione sempre crescente al punto da divenire fenomeno di massa, consentendo l'incremento sia della produzione e dello scambio di beni e di servizi, sia della percezione di benessere da parte degli individui, derivante dalla possibilità di dilazionare nel tempo le spese sostenute.

---

Lobuono, M. Lorzio, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*. Torino, 2007.

<sup>639</sup> Si ricorda che l'art. 121 t.u.b., come modificato dal d.lgs. 13.08.2010, n. 141, definisce il credito al consumo come la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento e di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Per un'approfondita analisi della previsione e dei relativi contenuti, cfr. G. Carriero, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policy di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, n. 2, p. 505 ss.

Il d.lgs. 141/2010 rappresenta l'attuazione della direttiva 2008/48/CE38, in G.U.U.E., n. L 133, del 22.05.2008, p. 83 ss., su cui v. G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni concernenti "alcuni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. 3, p. 255 ss.

In materia di credito al consumo, com'è noto, la bibliografia è ampia. V. *ex multis*, G. Pignataro, *Il credito al consumo*, in P. Stanzone, A. Musio (a cura di), *La tutela del consumatore*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2009, XXX, p. 211 ss., e T. Febbrajo, *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Direttiva 2008/48/CE*, in *Giur. it.*, 2010, n. 1, p. 223 ss. Sebbene precedente all'ultima riforma in materia, cfr. inoltre l'ampia analisi del fenomeno nell'ambito del mercato e della concorrenza di C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 2447 ss., la quale evidenzia il collegamento necessariamente sussistente fra disciplina del mercato e disciplina del consumo, e conseguentemente, disciplina dei contratti di consumo.

V. inoltre R. M. Gelpi, F.J. Labruyère, *Storia del credito al consumo. La dottrina e la pratica*, Bologna, 1994, in cui gli A. effettuano un'attenta ricostruzione storica del fenomeno, facendone risalire le origini alla seconda metà dell'Ottocento, quando la ditta Singer iniziò la vendita delle proprie macchine da cucire a rate.

<sup>640</sup> Cfr. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma, 1996, p. 132 ss., il quale osserva come, nell'ordinamento italiano, le origini del fenomeno del credito al consumo, nella sua attuale fisionomia, si collocano dopo la prima guerra mondiale, all'interno della vicenda di finanziamento, intervenne un nuovo soggetto, il finanziatore, che si limita a fornire i capitali necessari per l'acquisizione dei beni o servizi, senza produrli né distribuirli.

<sup>641</sup> Cfr. G. Alpa, *op. cit.*, p. 133, R.M. Gelpi, F.J. Labruyère, *op. cit.*, p. 158.

Ciò è d'altronde avvenuto in stretta correlazione con le modificazioni intercorse rispetto allo stile di vita e di consumo della società stessa.

Soprattutto, si fa riferimento alla transizione dalla *cash society*, incentrata sulla figura del consumatore-pagatore - nella quale gli individui, per sostenere le proprie attività ricorrevano al finanziamento in misura marginale, preferendo piuttosto chiedere aiuto, in caso di mancanza di liquidità, a familiari o agli amici - alla *credit society*, in cui il ricorso al credito erogato da un finanziamento rappresenta la normalità<sup>642</sup>.

Peraltro, è evidente come la facilità di ricevere credito sia a sua volta la conseguenza del modo (troppo?) agevole con cui il credito viene concesso<sup>643</sup>. In tale ottica, sarebbe auspicabile un coordinamento tra la diligenza del consumatore che riceve il finanziamento e quella del professionista che lo eroga<sup>644</sup>.

Inoltre, un altro aspetto da considerare, che si rivelerà significativo anche nell'impianto della l. n. 3 del 2012, è il carattere "passivo" o "incolpevole" che il sovraindebitamento non di rado presenta, a maggior ragione in un contesto economico già affetto da una grave crisi economica.

Con tale espressione, ci si riferisce a quelle situazioni in cui la perdurante incapacità di far fronte agli impegni assunti deriva non da comportamenti del debitore stesso, come l'assunzione di debiti in misura eccessiva (c.d. sovraindebitamento "attivo"), bensì viene da questi in un certo senso "subita", in ragione dell'ingerenza di cause non controllabili, né prevedibili - talvolta definite anche "sopravvenienze"<sup>645</sup> - che siano idonee a ridurre significativamente l'ammontare del patrimonio e/o del reddito del debitore stesso o del suo nucleo familiare. Si tratta, peraltro, di fattori spesso inerenti la

---

<sup>642</sup> Cfr. D. Cerini, *Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva comparata*, in M. Lobbuono, M. Lorizio, *cit.*, p. 171 ss.

<sup>643</sup> V. D. Cerini, *op. ult. cit.*, p. 172-173 rileva proprio come il rischio di un credito concesso troppo agevolmente dal finanziatore subisca pericolosi incrementi per effetto dell'allentamento dell'attuazione di serie politiche di analisi del rischio del credito, in favore invece del crescente ricorso a garanzie di stampo assicurativo che attenuano il rischio di insolvenza. In proposito, cfr. anche E. Pellecchia, *op. cit.*, p. 13 ss., che descrive l'altro versante della c.d. "democratizzazione del credito" nei termini di vere e proprie azioni predatorie poste in essere dall'industria del credito.

Più in generale, sul tema del c.d. "credito responsabile", v. la stessa E. Pellecchia, *op. cit.*, p. 67 ss., nonché la recente riflessione di G. Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, n. 1, p. 38 ss.

<sup>644</sup> V. l'analisi di R. Montinaro, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, n. 6, p. 781 ss. Cfr. anche L. Modica, *op. cit.*, p. 227 ss.

<sup>645</sup> Cfr. R. Montinaro, *op. cit.*, p. 795, la quale rileva come le sopravvenienze debbano sì essere la ragione dello squilibrio patrimoniale a carico del debitore, ma, al contempo, osserva come sia corretto attribuire rilevanza alle sopravvenienze anche come cause che determinano la domanda di credito, facendo nascere l'esigenza di contrarre un ulteriore debito da finanziamento, anche se insostenibile alla luce delle condizioni economiche in cui versa il consumatore.

sfera personale del soggetto, quali la perdita del posto di lavoro o l'intervento di una separazione personale<sup>646</sup>.

#### 4. L'approdo alla l. n. 3 del 2012 e i relativi contenuti

Senza voler in questa sede indagare ulteriormente i possibili collegamenti causali reciproci fra stato di sovraindebitamento dei debitori civili e crisi economica, si ribadisce comunque che l'insorgere della seconda ha sicuramente funzionato da *input* per dettare una disciplina che regolasse il primo. Ed infatti, come sopra accennato, la recente legge n. 3/2012 - che detta "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento" - è intervenuta proprio a colmare il *deficit* normativo prima caratterizzante la materia, che svelava, peraltro, un contrasto rispetto agli ordinamenti stranieri, che da decenni avevano già sperimentato soluzioni di questo tipo<sup>647</sup>.

Con la legge in esame, poi modificata dal d. l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012<sup>648</sup>, si è introdotta una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, all'esito della quale il debitore istante può ottenere la liberazione dai debiti residui vantati dai creditori che hanno aderito all'accordo di ristrutturazione degli stessi.

Dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicazione, la legge mira a risolvere le situazioni di sovraindebitamento non assoggettabili alle procedure fallimentari.

I soggetti non fallibili potranno dunque concludere un accordo con i creditori, nell'ambito della procedura di composizione della crisi, disciplinata dalla legge stessa. Ed infatti è espressamente previsto che la proposta di accordo presentata dal debitore è ammissibile solo se il debitore non è assoggettabile alle procedure previste dalla legge

---

<sup>646</sup> Sulla distinzione fra sovraindebitamento attivo, passivo e differito, quest'ultimo caratterizzato da una manifestazione estesa ad un arco temporale ampio, cfr. E. Pellicchia, *op. cit.*, p. 16 ss.

<sup>647</sup> Per un'analisi comparatistica degli strumenti di gestione del sovraindebitamento dei debitori civili, cfr. D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, *cit.*, p. 228 ss.

<sup>648</sup> Cfr. G. Lo Cascio, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento. (Introduzione)*, in *Fallim.*, 2012, n. 9, p. 1021 ss.

fallimentare<sup>649</sup>. Un'ulteriore possibilità disciplinata dalla l. 3/2012 è la liquidazione del patrimonio<sup>650</sup>.

Il legislatore ha poi individuato, nell'ambito della categoria dei "debitori" non fallibili, una *sub* categoria, quella del consumatore, che deve essere inteso, ai sensi dell'art. 6, comma 2°, lett. b), l. n. 3/2012, come la "persona fisica, che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"<sup>651</sup>.

In sostanza, l'ambito di applicazione delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento riguarda qualsiasi persona fisica o giuridica inadempiente. In tal senso, si ritengono soggetti alla nuova procedura sia le persone fisiche, sia gli enti collettivi e persino i soci illimitatamente responsabili di società fallibili in base alla nuova procedura, la quale "non costituirebbe così un'alternativa all'esecuzione individuale, ma una sorta di esdebitazione azionabile soltanto dal debitore"<sup>652</sup>.

In particolare, al debitore-consumatore spetta la facoltà di presentare una proposta di piano (il c. d. piano del consumatore, appunto), redatto con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi, avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti.

Quest'ultima procedura risulta di più agevole realizzazione rispetto all'accordo coi creditori, poiché non richiede l'adesione degli stessi, bensì prevede l'omologazione del piano direttamente da parte del giudice competente. Peraltro, ulteriore condizione di ammissibilità della proposta è che il debitore non abbia fatto ricorso nei precedenti tre anni alla stessa procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento<sup>653</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, il presupposto su cui si fonda l'attivazione della procedura è proprio lo stato di sovraindebitamento, definito, dall'art. 6 della l. 3/2012, come la "situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio

---

<sup>649</sup> V. G. Lo Cascio, *op. cit.*, p., 1022, che osserva come si sia voluto riservare la procedura di sovraindebitamento a coloro che non raggiungono la soglia minima per la dichiarazione di fallimento, distinguendo in tal modo procedure fallimentari in senso stretto e procedura per la composizione della crisi da sovraindebitamento.

<sup>650</sup> Sui relativi profili di novità, cfr. G. Di Marzio, *L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa*, in F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano 2012, p. 81 ss.

<sup>651</sup> L'art. 6, c. 2, lett. b) della l. 3/12 definisce quale consumatore "il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". La definizione ricalca dunque quella generale di "consumatore", di cui all'art. 3, lett. b), d.lgs. del 6.09.2005, n. 206, c.d. codice del consumo.

<sup>652</sup> V. ancora G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 1022.

<sup>653</sup> G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 1023, il quale rileva come ciò confermi l'idea che la procedura è concepita come una sorta di "beneficio" in favore del debitore.

prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.”

L'avanzamento della proposta non richiede dunque il consenso dei creditori e, se viene omologata dal giudice, vincola tutti i creditori aventi causa o titolo anteriori al momento in cui è effettuata la pubblicità prevista. In tal caso ai creditori sarà inoltre inibito iniziare o proseguire azioni esecutive individuali.

L'omologazione del piano preclude poi ai creditori con titolo posteriore di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni oggetto del piano, e produce effetti altresì nei confronti dei crediti assistiti da privilegio, pegno od ipoteca, che possono essere soddisfatti non integralmente, purché ne sia assicurato l'adempimento in misura non inferiore a quella che deriverebbe dalla liquidazione del patrimonio del debitore<sup>654</sup>.

All'omologazione del piano consegue l'effetto di esdebitazione<sup>655</sup>, relativamente alla parte di debiti non soddisfatti.

Al beneficio dell'esdebitazione è però ammesso il solo consumatore che si dimostri diligente: nell'impianto complessivo della l. 3/2012, assume infatti un'importanza centrale il carattere “passivo” dello stato di sovraindebitamento del consumatore<sup>656</sup>. Si tratta, in verità, di una novità prevista dal d.l. n. 179/2012, che introdusse la stessa alternativa del “piano del consumatore”, rispetto all'accordo per la ristrutturazione o alla liquidazione del patrimonio.

Prima di tutto, la proposta di piano deve essere accompagnata da una relazione estremamente dettagliata redatta dall'organismo di composizione della crisi, che contenga l'indicazione di tutta una serie di indici che comprovanti la meritevolezza<sup>657</sup> del debitore ad essere ammesso alla procedura, con conseguente possibilità di accedere, dunque, anche al beneficio dell'esdebitazione.

---

<sup>654</sup> Per vari profili ricostruttivi della disciplina in esame, cfr. F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *Il fallimentarista*, 21 dicembre 2012, p. 1 ss., e L. Panzani, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2013, p. 1 ss.

<sup>655</sup> Sul fondamento dell'istituto, in prospettiva storica e comparatistica, cfr. l'analisi, condotta col metodo della *Behavioral Law and Economics*, di G. Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, n. 1, p. 310 ss.

<sup>656</sup> Cfr. E. Pellicchia, *op. cit.*, p. 226 ss.

<sup>657</sup> Sulla “valutazione di meritevolezza”, anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti, v. E. Pellicchia, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9, p. 1228 ss. L'autrice si interroga anche, in chiave critica, sulla persistente utilità di un regime specifico relativo al consumatore, letto in contrapposizione rispetto ad un sistema più ampio, che riguardi il debitore civile.

In particolare, si dovrà dimostrare che lo stato di sovraindebitamento non è stato causato da negligenza del debitore, e quindi si tratterà di indicare le cause dell'indebitamento, riferire circa la diligenza da questi impiegata nell'assumere le obbligazioni, ed esporre le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere<sup>658</sup>.

Inoltre, anche la stessa omologazione del piano del consumatore è strettamente condizionata al rispetto di una serie di parametri che confermino il carattere "virtuoso" del comportamento del consumatore-debitore.

Così, costituisce ostacolo all'omologazione il fatto che il debitore abbia contratto obbligazioni "senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere" ovvero abbia "colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali"<sup>659</sup>.

## **5. Disciplina del sovraindebitamento e impatto sugli istituti del diritto privato. Cenni**

È evidente che l'introduzione nell'ordinamento di una novità di grande impatto, sul piano giuridico ma anche sociale, come quella del sovraindebitamento, sollecita una serie di riflessioni rispetto alla compatibilità con principi e/o istituti contigui, che il nuovo istituto chiama in causa, ed a cui vale la pena almeno accennare in questa sede.

In primo luogo, si osserva che, in certa misura, l'approdo al fallimento del "debitore civile" può essere letto in linea di continuità con lo sviluppo della disciplina consumeristica<sup>660</sup>, se non altro perché, in un'ottica strettamente letterale, la stessa procedura del "piano" che può condurre all'esdebitazione, disciplinata dalla l. n. 3 del 2012 è rivolta proprio al consumatore.

In verità, più che in linea di continuità, le regole dettate a tutela del consumatore possono essere viste come preventive, con funzione cioè di evitare l'arrivo ad una situazione di sovraindebitamento.

---

<sup>658</sup> In particolare, la proposta di piano dovrà contenere "l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni", "l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte" e "il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni", nonché "l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori", e "il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria". V. art. 9, comma 3° bis, l. n. 3/2012.

<sup>659</sup> Cfr. art. 12 *bis*, 3° c., l. n. 3/2012

<sup>660</sup> Su cui v. *supra*, cap. II, par. 3 ss.



D'altronde, lo sconfinamento in simili condizioni è in genere il risultato di un processo graduale, spesso facilitato, come detto, dalla facilità di accesso al credito. Pertanto, soprattutto le informazioni che devono essere fornite al consumatore durante tutto lo svolgimento del rapporto di consumo, dalla fase antecedente alla stipulazione del contratto fino a quello della sua esecuzione, possono acquisire suddetta funzione preventiva<sup>661</sup>.

Un secondo paradigma che risulta incrinato dalla previsione del piano del consumatore è quello della vincolatività dell'obbligazione. Al debitore sovraindebitato è infatti concesso di modificare od estinguere l'obbligazione, peraltro indipendentemente da un accordo con la maggioranza qualificata di suoi creditori, se si tratta di un consumatore.

In ciò risiede, in effetti, una consistente novità rispetto al diritto generale delle obbligazioni, poiché, in presenza di determinate condizioni, si riconosce come preminente l'interesse del consumatore alla ristrutturazione ovvero alla liberazione dai debiti<sup>662</sup>.

In siffatta prospettiva, il fatto che il debitore possa raggiungere un accordo con una porzione qualificata dei creditori o, se consumatore, addirittura sottoporre direttamente al giudice per l'omologazione un piano per la ristrutturazione complessiva della propria situazione debitoria, offre una "via di fuga" rispetto alla rigida alternativa fra adempimento e inadempimento prospettata dal codice civile.

In tal modo, oltre all'interesse del creditore, già ampiamente tutelato dal c.c. - *in primis* dalla disciplina in materia di responsabilità per inadempimento - e all'interesse del debitore a non vedersi rifiutare senza motivo legittimo l'esatta prestazione offerta - presidiato dall'istituto della mora del creditore - viene altresì ad emersione, in ottica più

---

<sup>661</sup> Cfr. E. Pellicchia, *op. cit.*, p. 27 ss., che considera le regole sulla contrattazione come un possibile "argine" al sovraindebitamento.

<sup>662</sup> Sull'emersione dell'interesse del debitore alla liberazione dai propri debiti cfr. ancora E Pellicchia, *op. cit.*, p. 209 ss., F. Di Marzio, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 812, E. Pellicchia, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.: obbligo di inserire nel precetto l'informativa al debitore sulla possibilità di fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 961 ss. L'Autrice prende qui in esame la modifica del c.p.c. che ha introdotto l'obbligo di inserire nell'atto di precetto l'avviso, rivolto al debitore, circa la possibilità di ricorrere alle procedure in materia di sovraindebitamento. Tale previsione, viene considerata, dal punto di vista sistematico, un importante argomento a sostegno della tesi che attribuisce rilevanza all'interesse alla ristrutturazione quale possibile ulteriore declinazione dell'interesse del debitore nell'ambito del rapporto obbligatorio.

ampia, l'interesse del debitore sovraindebitato alla ristrutturazione della propria complessiva esposizione debitoria<sup>663</sup>.

In verità, come ulteriormente osservato, la disciplina sul sovraindebitamento non concretizza propriamente di un superamento, bensì un ripensamento del principio per cui "*pacta sunt servanda*", in considerazione della dimensione collettiva del fenomeno e dei potenziali effetti in termini di esclusione sociale che la sua mancata regolamentazione ben potrebbe determinare<sup>664</sup>.

Infine, un ultimo aspetto che risulta inciso dall'istituto dell'esdebitazione è quello della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.): anche qui si è però rilevato come il conflitto sia soltanto apparente, in quanto la *discharge* non intacca la responsabilità patrimoniale del debitore, bensì il distinto profilo della responsabilità personale di questi, equiparandosi piuttosto ad una limitazione del debito e non della garanzia patrimoniale generica<sup>665</sup>.

Da ultimo, nel concludere la breve premessa operata in materia di sovraindebitamento, è d'uopo ricordare come la relativa disciplina, nonostante la recente introduzione, risulti suscettibile di prossime modifiche, nel quadro complessivo dell'inserimento all'interno di una riforma organica delle procedure fallimentari<sup>666</sup>.

---

<sup>663</sup> In materia, cfr. l'approfondita analisi di E. Pellicchia, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, n. 4-5, p. 1132 ss., con riguardo anche alla c.d. direttiva mutui, dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. L'Autrice osserva significativamente che, nella disciplina del sovraindebitamento, è il debitore che "offre di adempiere 'come, quando e quanto può' sulla base di un piano predisposto con l'ausilio di organismi appositamente istituiti e corredato di un'attestazione di fattibilità." p. 966.

<sup>664</sup> V. ancora E. Pellicchia, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 121 ss.

<sup>665</sup> Cfr. G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 77. L'autore osserva comunque che, quantomeno sul piano degli effetti, la liberazione del debitore dai debiti residui integra senz'altro un'opzione di fondo opposta rispetto al totalizzante principio della responsabilità patrimoniale.

<sup>666</sup> Si fa riferimento allo schema di disegno di legge delega recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28.01.2015, c.d. Commissione Rordorf, ed approvato dal Consiglio dei Ministri in data 10.02.2016, consultabile all'indirizzo [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/schema\\_di\\_disegno\\_di\\_legge\\_delega\\_commissione\\_rordorf.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/schema_di_disegno_di_legge_delega_commissione_rordorf.pdf). Cfr. anche la relazione del Presidente Rordorf all'indirizzo [http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Relazione\\_RORDORF.pdf](http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Relazione_RORDORF.pdf)

L'obiettivo perseguito è quello di attuare una di riforma sistematica della materia concorsuale, attraverso l'elaborazione di quello che dovrebbe diventare il nuovo Testo unico dell'insolvenza. Nello schema messo a punto, all'interno della disciplina delle procedure concorsuali, che viene integralmente rivista, trovano spazio l'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese e lo stesso sovraindebitamento del consumatore e degli altri debitori non assoggettati al fallimento.

Nella Relazione Rordorf, si osserva che la disciplina del sovraindebitamento risulta attualmente frammentaria e disorganica, mentre dovrebbe essere assoggettata a criteri generali il più possibile comuni alle altre procedure liquidatorie e conservative.

## **6. Sovraindebitamento e garanzia fideiussoria. L'esdebitazione del debitore principale: quale sorte per il fideiussore?**

Dopo aver operato un inquadramento generale dell'istituto del sovraindebitamento, è opportuno passare ad esaminare le varie "interferenze" che l'intervento di un esito esdebitatorio possa presentare rispetto alla presenza di una garanzia fideiussoria.

In primo luogo, bisogna considerare le sorti che l'esdebitazione del debitore sovraindebitato produce con riguardo al garante di questi.

Vengono in gioco due disposizioni, di analogo contenuto, della legge n. 3 del 2012: l'art. 11, 3° c. e l'art. 12 *ter*, 3°c., il primo relativo all'accordo coi creditori ed il secondo al piano del consumatore. Entrambe le norme prevedono che il raggiungimento dell'accordo, così come l'omologazione del piano da parte del giudice non pregiudichi "i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso".

Si sancisce così la regola della non estensione degli effetti dell'accordo o del piano ai coobbligati del debitore, di modo che la posizione del fideiussore non beneficia a sua volta dell'esdebitazione di cui si avvantaggia invece il debitore principale.

Si tratta, peraltro, di previsioni del tutto analoghe all'art. 184 l.f.<sup>667</sup>, che a sua volta nega che il concordato preventivo si estenda ai coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Parimenti, l'art. 135, 2° c. l. fall. stabilisce che i creditori

---

Un altro fattore, rilevato criticamente dalla Relazione, che rende necessario intervenire in materia, è anche la scarsa disapplicazione dell'istituto manifestatasi in Italia, a differenza di quanto accade in altri paesi europei ed extraeuropei. Nel nostro ordinamento, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento non sembrano infatti ancora avere incontrato il favore degli operatori e dei soggetti destinatari.

Nel riformare la relativa disciplina, un ruolo centrale spetterà all'effetto esdebitatorio, individuato come vero obiettivo perseguito dal soggetto destinatario della normativa, al fine di consentirgli il c.d. *fresh start* nel mondo del lavoro. Pertanto, la Relazione riporta che, nell'intervenire sui requisiti di "meritevolezza" del debitore, che costituiscono il presupposto per l'accesso alle procedure, si è scelto di privilegiare la previsione di meri requisiti negativi, individuati nella mala fede o nel compimento di atti di frode.

Sulle recenti prospettive di riforma, cfr. S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 30 novembre 2015, che riflette sulle novità introdotte con la l. 6 agosto 2015, n. 132, ossia Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, nonché sugli scenari aperti dal recentissimo schema di disegno legge in materia di procedure concorsuali.

<sup>667</sup> V. A. Maffei (a cura di), *op. cit.*, p. 1300 ss. Sull'art. 184 l.f. cfr. anche a D. Galletti, *Insolvenza civile e «fresh start»: il problema dei coobbligati*, in *An giur. ec.*, 2004, n. 2, p. 391 ss., il quale rileva l'apparente contrasto fra art. 184 l. fall. e art. 1304 c.c.: una dissonanza, che risulta però "sterilizzata dal diritto vivente, il quale non a caso ammette la clausola preclusiva dell'effetto estensivo nella transazione stipulata fra creditore e debitore principale; clausola del resto comunissima nella pratica", p. 398.

conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso.

Peraltro, vale la pena osservare che anche la recente normativa sul c.d. *bail-in*<sup>668</sup> - ossia il nuovo strumento per la risoluzione delle crisi bancarie, comportante la possibilità di imporre coattivamente anche ai creditori di “partecipare” al rifinanziamento della banca in dissesto attraverso la conversione del credito in capitale ovvero attraverso la riduzione del valore nominale dei crediti - prevede che la sottoposizione a *bail-in* non pregiudica il diritto ad agire nei confronti dei fideiussori e di eventuali coobbligati in solido. Saranno dunque proprio tali soggetti, a sopportare in via finale il rischio dell'azzeramento del proprio credito di regresso<sup>669</sup>.

Relativamente alla posizione del garante, è stata comunque espressa un'opinione favorevole, laddove si è osservato che se si applicasse l'effetto liberatorio in favore del garante, questi ne ricaverebbe un vantaggio indebito<sup>670</sup>. Certo, bisogna rilevare che, in queste ipotesi, il soggetto “in crisi” è una banca, conseguentemente non si porrà, verosimilmente, alcuna esigenza di salvaguardare la posizione di fideiussori “privati”<sup>671</sup>.

Una previsione analoga a quella contenuta nelle sovraindicate normative, non si riscontra invece nell'art. 182 *bis* l. fall in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>672</sup>, a conferma del fatto che la non estensione degli effetti ai garanti coobbligati non rappresenta una soluzione obbligata.

Le conseguenze di una siffatta regola non sono certo irrilevanti: in effetti, se al debitore principale è consentito seguire le apposite procedure che lo condurranno all'esdebitazione, analoga possibilità non è data al suo garante.

---

<sup>668</sup> In proposito, v. G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, n. 12, p. 1485 ss., che riflette sulla compatibilità del nuovo impianto con i principi costituzionali, soprattutto posti a tutela della proprietà e dei diritti patrimoniali nascenti da rapporti di diritto privato, anche alla luce di una prima pronuncia resa in materia dalla Corte costituzionale austriaca.

<sup>669</sup> V. art. 52, c. 7 del d.lgs. n. 180 del 16 novembre 2015, di attuazione della dir. 2014/59/Ue.

<sup>670</sup> Afferma G. Guizzi, *op. cit.*, p. 1490, n. 15: “se l'effetto della misura fosse quello della liberazione del fideiussore si finirebbe per arrecare al garante un indebito vantaggio, oltretutto privo di un reale collegamento con l'esigenza di soluzione della crisi della banca”.

<sup>671</sup> Peraltro, è interessante osservare come lo strumento del *bail-in* manifesti ulteriori, significative, distanze rispetto all'istituto del sovraindebitamento con correlativa esdebitazione: se quest'ultimo riduce sensibilmente la tutela delle posizioni creditorie, salve le osservazioni che possono essere avanzate circa la posizione del garante, su cui v. *infra*, cap. IV, par. 7, il *bail-in*, al contrario, coinvolge nella tutela di talune posizioni creditorie proprio soggetti che dovrebbero potersi ritenere - e tali sono stati ritenuti finora - estranei, come se essi fossero considerati proprio dei “garanti”.

<sup>672</sup> Sugli art. 135, 2° c. l. fall. e 182 *bis* l. fall., v. A. Maffei (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 887 ss. e p. 1227 ss.

Soprattutto, un possibile risvolto in certa misura “iniquo”, almeno ad una prima indagine, della previsione in esame, si avverte nell’ipotesi in cui il fideiussore sia a sua volta un soggetto non fallibile, se non persino un consumatore.

Addirittura, ben si potrebbe verificare la situazione, forse paradossale, in cui il debitore principale, che sia anche consumatore, essendo sovraindebitato, presenti un regolare piano che viene omologato dal giudice, con conseguimento del beneficio dell’esdebitazione; mentre il garante, pur essendo anch’egli consumatore, non ottiene lo stesso effetto.

Anzi, verosimilmente, si può ipotizzare che i creditori del debitore ormai esdebitato, fra cui istituti di credito, conseguentemente all’esdebitazione stessa, escutano le garanzie nei confronti del fideiussore “privato” che, però, non ha disponibilità liquide immediate, o addirittura risulta incapiente.

L’effetto complessivo che si produce è quello di garantire il “salvataggio” del debitore principale e di “condannare”, in un certo senso, il garante, scaricando su questi gli effetti dell’esdebitazione.

Certo, se il fideiussore riveste la qualifica di consumatore, può a sua volta presentare un piano finalizzato all’esdebitazione, ma attivando una procedura autonoma e non potendo “inserirsi” in quella relativa al debitore principale.

Ora, da un certo punto di vista la previsione in esame è senz’altro condivisibile: come puntualmente rilevato, perlomeno con riguardo all’ art. 11, 3° c., la disposizione risponde all’esigenza di incentivare il consenso sull’accordo anche da parte dei creditori titolari di garanzie personali<sup>673</sup>.

In effetti, come detto, l’accordo con i creditori - ossia la procedura riservata ai soggetti non fallibili, ma che non rivestano anche la qualifica di consumatori - richiede l’adesione di una percentuale minima dei creditori, e, in quest’ottica, il fideiussore altro non è, a sua volta, che un creditore del debitore sovraindebitato.

La prospettiva appare diversa ove si consideri la situazione, peraltro non infrequente nella realtà dei fatti, in cui anche il garante sia un consumatore, se non addirittura un familiare del consumatore sovraindebitato<sup>674</sup>. In tale angolatura, il fideiussore, da creditore del debitore principale, diventa a sua volta debitore, gravato da

---

<sup>673</sup> Cfr. M. Farina, *Gli effetti dell’omologazione dell’accordo*, in F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova (a cura di), *cit.*, p. 64. Sul fondamento della regola, v. anche la ricostruzione di G. Ivone, *Il raggiungimento dell’accordo fra debitore e creditori*, *ivi*, p. 54 ss.

<sup>674</sup> Esprime perplessità in proposito, R. Montinaro, *op. cit.*, p. 790.

un debito rispetto a cui non ha possibilità di liquidazione, e che, analogamente, aspira all'effetto esdebitatorio.

## 7. La prospettiva dell'esdebitazione del garante

Non sono mancate riflessioni di chi, di fronte alla suddetta situazione - in cui il garante del consumatore sovraindebitato sia parimenti un condebitore "civile" - si è interrogato circa l'opportunità di estendere la portata della procedura, e della relativa esdebitazione, anche ai coobbligati stessi<sup>675</sup>, soprattutto alla luce della prassi - diffusamente messa in atto dalle banche nonché, in generale, dai soggetti che erogano finanziamenti - di richiedere il rilascio di garanzie, soprattutto *omnibus*, da parte dei familiari del finanziato.

Come già esaminato, non sono infrequenti, in tali ipotesi, le situazioni in cui il fideiussore - familiare/coniuge del debitore garantito sia scarsamente informato circa le dimensioni reali dell'impegno e del rischio assunto<sup>676</sup>.

Su un piano comparato, non esiste tuttavia paese europeo che preveda l'estensione della procedura e della relativa esdebitazione al condebitore, salva la possibilità di questi di presentare un'autonoma domanda<sup>677</sup>.

Una soluzione proposta è quella di rendere inderogabile la previsione contenuta nell'art. 1304 c.c. - che, si ricorda, subordina la produzione degli effetti della transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido, nei confronti degli altri condebitori,

---

<sup>675</sup> La riflessione più completa in materia, anche sul piano comparato - nonostante sia di svariati anni precedente all'introduzione, nell'ordinamento italiano, della disciplina sul sovraindebitamento - si deve a D. Galletti, *op. cit.*, p. 391 ss.

<sup>676</sup> Cfr. *supra*, cap. III. Come osservato, la giurisprudenza che più si è occupata delle c.d. "fideiussioni rovinose" prestate dal coniuge o dai familiari del debitore principale, è quella tedesca. Sulle possibili connessioni e interferenze fra fideiussioni rovinose e esdebitazione nell'ordinamento tedesco, v. le riflessioni di V. Sangiovanni, *op. cit.*, p. 191-92, il quale si interroga circa gli arresti che la giurisprudenza tedesca che afferma la contrarietà ai buoni costumi delle fideiussioni rovinose potrebbe subire, proprio alla luce della legge tedesca sull'insolvenza che disciplina la nuova figura della esdebitazione (*Restschuldbefreiung*). L'autore osserva infatti che in giurisprudenza potrebbe trovare affermazione un ragionamento di questo tipo: "se un debitore ha ora la possibilità di liberarsi da un ammontare debitorio elevato, non è più possibile richiamarsi alla contrarietà ai buoni costumi delle fideiussioni che aveva concesso".

L'autore non condivide però tale soluzione, ritenendo di dover ben distinguere due profili: da un lato la possibilità che il debitore ha, per ragioni sociali, di esdebitarsi, in base alla legge sull'insolvenza, dall'altro il comportamento dei soggetti finanziatori, soprattutto banche, che, essendo incentrato sullo sfruttamento della situazione di soggezione e debolezza psicologica di una persona, continua ad evidenziare una patente contrarietà ai buoni costumi.

<sup>677</sup> V. D. Galletti, *op. cit.*, p. 398.

alla dichiarazione di volerne profittare - laddove il fideiussore sia uno stretto congiunto del debitore principale<sup>678</sup>.

In realtà, nell'impianto della vigente disciplina sul sovraindebitamento, una tale soluzione si confà solo all'ipotesi dell'accordo con i creditori, che ben si riconduce allo schema transattivo, mentre difficilmente è di qualche utilità nell'ipotesi del piano del consumatore, che non richiede il requisito dell'adesione dei creditori.

In ogni caso, la soluzione consistente nell'estensione dell'effetto esdebitatorio limitatamente ai soggetti più vicini al debitore principale, e quindi anche più facilmente controllabili - ossia proprio gli stretti congiunti del debitore principale - presenta la sua efficienza sul piano dell'analisi economica del diritto.

In tale ottica, l'esdebitazione esclusiva del debitore principale, lungi dall'agevolare la realizzazione dell'interesse dei creditori, determina un'impossibilità di raggiungere l'effetto prioritariamente ricercato da tutte le normative dettate in materia, ossia il conseguimento di un *fresh start* effettivo del debitore, stante la perdurante soggezione degli *assets* familiari alla responsabilità<sup>679</sup>.

In effetti, è evidente che spostare la responsabilità dal debitore ormai esdebitato al fideiussore ben potrebbe riproporre in capo a quest'ultimo lo stesso "problema" che la disciplina del sovraindebitamento mira a risolvere in capo al debitore principale.

Certo, come pure puntualmente osservato, la soluzione estensiva dell'esdebitazione non è priva di effetti collaterali, che si producono quanto meno sul piano empirico, e si concretizzano in un aumento generalizzato del costo del credito<sup>680</sup>.

## **8. Un'angolatura ulteriore: l'esdebitazione del garante stesso. La risposta negativa della giurisprudenza di merito**

Come detto, in linea teorica, niente esclude che, sussistendone i requisiti, il garante sovraindebitato di un debitore ormai esdebitato acceda a sua volta ad un'autonoma procedura che gli consenta di esdebitarsi.

---

<sup>678</sup> Cfr. D. Galletti, *op. cit.*, p. 402.

<sup>679</sup> Così D. Galletti, *op. cit.*, p. 402-403. Si fa comunque presente che l'autore, scrivendo in un momento antecedente all'introduzione della l. n. 3 del 2012, prende a riferimento come ipotetico modello di procedura esdebitatoria l'accordo con i creditori.

<sup>680</sup> V. D. Galletti, *op. cit.*, p. 403, che ricorda proprio come sul piano pratico si rinvenga una correlazione, in termini inversi, fra tendenza all'estensione della concorsualizzazione alla sfera personale del debitore, e costo del credito.

La prospettiva da assumere quindi muta: si guarda non più (solo) al profilo individuale del soggetto indebitato, bensì piuttosto alla tipologia di obbligazioni assunte, e che hanno condotto alla situazione di sovraindebitamento.

Ci si chiede cioè se il fideiussore possa, proprio in virtù della garanzia rilasciata, essere considerato debitore civile ammesso alla procedura di sovraindebitamento. La fideiussione prestata, che determina un assoggettamento del garante a responsabilità *ex art. 2740 c.c.*, e che verosimilmente viene escussa a seguito dell'esdebitazione del debitore principale, può essere considerata presupposto di una situazione di sovraindebitamento che grava il fideiussore stesso?

La questione si è posta innanzitutto all'attenzione dei giudici di merito, che hanno fornito una risposta tendenzialmente negativa<sup>681</sup>.

In particolare, il Tribunale di Bergamo ha reso una decisione in cui sostiene, ricalcando la giurisprudenza di legittimità<sup>682</sup> - a cui, non a caso, fa riferimento, insieme a quella della CgUe - che la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore; pertanto ritiene che non possa essere ammesso alla procedura del sovraindebitamento il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche dalla garanzie personali prestate nell'interesse di una società esercente attività di impresa. Dovrà conseguentemente essere negata l'omologazione del relativo piano.

Nel caso di specie, il proponente aveva presentato un piano del consumatore, sostenendo di essere persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi privati estranei a qualsiasi attività professionale, ed esponendo di essere gravato da un certo ammontare di debiti, in gran parte conseguenti alla dichiarazione di fallimento di una società di cui era socio al 50%, nonché garante. In particolare, dopo il fallimento di tale società, gli istituti di credito si erano rivalsi proprio sul proponente e sugli altri garanti.

Ora, è vero che nel caso in esame il fideiussore che aspirava all'omologazione del piano del consumatore era anche socio della società garantita: sussisteva, quindi, in effetti, una delle circostanze che - anche secondo la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>683</sup> in materia, che pur ha eliminato ogni ostacolo alla considerazione del garante quale vero e proprio consumatore - osta al riconoscimento della qualifica di

---

<sup>681</sup> Cfr. Trib. Bergamo, decreto 12.12.2014, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11822.pdf>.

<sup>682</sup> Su cui v. *supra*, cap. II, par. 8 ss.

<sup>683</sup> CgUe, ordinanza 19 novembre 2015, su cui v. *supra*, cap. II, parr. 16 ss.



consumatore, ossia la presenza di un collegamento di natura funzionale con il debitore-professionista garantito.

Ma è altrettanto vero che il decreto in questione si dimostra - in verità al pari della stessa giurisprudenza della Cassazione sul tema - poco attento alla considerazione della vicenda concreta in cui versa il garante, facendo derivare la sua qualifica “automaticamente” da quella del debitore garantito. Diversi sono i profili criticabili nonché gli esiti paradossali a cui può condurre una tale rigida impostazione<sup>684</sup>.

Del tutto analoga, e suscettibile delle medesime osservazioni, una pronuncia, ancor più recente, del Tribunale di Milano<sup>685</sup> secondo cui la verifica circa la sussistenza del requisito di cui all’art. 6, l. 3/12 deve essere effettuata intendendo in senso stretto e rigoroso il rapporto di funzionalità al privato consumo delle obbligazioni contratte. Nello specifico, l’obbligazione fideiussoria contratta dal socio unico e amministratore unico per assicurare finanziamenti alla relativa società non viene considerata attinente alla sfera personale e familiare del soggetto, il quale non può quindi qualificarsi come consumatore ai fini dell’accesso alla procedura.

## 9. L’apertura della Cassazione

Di recente, anche la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza del requisito di cui all’art. 6, 2° c., lett. b), l. n. 3 del 2012, ossia la presenza di un consumatore<sup>686</sup>.

Il relativo ricorso viene ritenuto inammissibile per la genericità delle contestazioni con esso avanzate, nonché perché rivolto a censurare una pronuncia priva di carattere decisorio. Eppure, il Collegio ha ritenuto che la questione giustificasse, per la sua particolare importanza, l’enunciazione ai sensi dell’art. 363 c.p.c., 3° c., del principio di diritto circa la delimitazione della nozione di consumatore, rilevante al fine dell’accesso ai benefici di cui alla l. n. 3/2012.

---

<sup>684</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 9.

<sup>685</sup> Trib. Milano, ordinanza 16.5.2015, il cui testo è reperibile all’indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13047.pdf>.

<sup>686</sup> Si tratta di Cass. 01.02.2016, n. 1869, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, p. 817 ss., con nota di A. Capocchetti, *La nozione di “consumatore” nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, e in *Fallim.*, 2016, n. 4, p. 405 ss., con commento di M. Ferro, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore*.

Ancor più di recente, esamina i contenuti della sentenza anche con specifico riguardo all’apertura verso il fideiussore sovraindebitato, E. Pellecchia, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, cit., p. 1228 ss.

Nonostante il suo carattere sintetico, ed in alcuni passaggi quasi ermetico, la pronuncia della Cassazione - che è senz'altro destinata a suscitare ampio dibattito in tema di legittimazione all'accesso alle procedure di esdebitazione in favore del debitore civile - presenta, nell'ottica che qui interessa, un carattere particolarmente significativo laddove osserva come, ai fini dell'attribuzione della qualifica di consumatore, meritino di essere considerate anche "le esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale".

Viene posta dunque particolare enfasi sul piano soggettivo della vicenda, in linea, d'altronde, con le suggestioni provenienti dal contesto europeo, e, da ultimo, proprio dalla recente ordinanza della CgUe esaminata<sup>687</sup>.

La sentenza della Cassazione si dimostra inoltre di particolare interesse laddove, nel definire ulteriormente la nozione di consumatore, aggiunge altresì che i "suddetti impegni" possono essere "anche a favore di terzi", purché "senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria".

Con tale significativo inciso, la Cassazione sembra aprire l'accesso alla procedura di esdebitazione anche per i debiti derivanti da impegni presi a favore di terzi, quali proprio le fideiussioni, purché essi non producano riflessi su una propria attività d'impresa, andando di contrario avviso rispetto alla giurisprudenza di merito<sup>688</sup>, che aveva finora fermamente negato tale possibilità.

In sostanza, la sentenza sembra per la prima volta includere nella nozione di consumatore, essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina in questione, anche il fideiussore che agisca quale "privato", cioè in assenza di ogni collegamento con l'attività professionale eventualmente svolta. La portata di tale decisione, resa in materia di sovraindebitamento, è in realtà ben più ampia perché incide sulla stessa delimitazione

---

<sup>687</sup> In proposito, v. ancora *supra*, cap. II, par. 16 ss.

<sup>688</sup> Cfr. Trib. Bergamo, decreto 12.12.2014, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11822.pdf>, secondo il quale la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore, e non può quindi essere ammesso alla procedura del sovraindebitamento il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche dalla garanzie personali prestate nell'interesse di una società esercente attività di impresa.

Sulla stessa linea, Trib. Milano, ordinanza 16.5.2015, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13047.pdf>, secondo cui la verifica circa la sussistenza del requisito di cui all'art. 6, l. 3/12 - ossia la qualifica di consumatore del soggetto che chiede di essere ammesso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento - deve essere effettuata intendendo in senso stretto e rigoroso il rapporto di funzionalità al privato consumo delle obbligazioni contratte. In particolare, l'obbligazione fideiussoria contratta dal socio unico e amministratore unico per assicurare finanziamenti alla relativa società non viene considerata attinente alla sfera personale e familiare del soggetto, il quale non può quindi qualificarsi come consumatore ai fini dell'accesso alla procedura.

della nozione di consumatore, ed apre nuovi scenari per la configurazione a pieno titolo di un garante-consumatore.

Non è escluso, pertanto, che l'impostazione accolta dalla pronuncia possa provocare un allineamento più deciso della giurisprudenza nazionale a quella della Corte di giustizia europea, lungo il percorso dell'attenuazione del peso (finora ritenuto determinante) del carattere accessorio della garanzia, per favorire - in un'ottica più pragmatica, benché accompagnata dalle dovute cautele - un'indagine rivolta al profilo "personalista" del soggetto sulla cui qualifica ci si interroghi, con particolare attenzione alla vicenda economica complessivamente considerata.

## Conclusioni

L'indagine compiuta ha consentito di svelare la presenza di una pluralità di “statuti fideiussori” differenziati a seconda dello specifico contesto giuridico-economico di riferimento e della posizione peculiare rivestita dal garante, in forza o di specifici legami, essenzialmente familiari, con il debitore principale, ovvero della sua posizione capace di differenziarsi dalla veste imprenditoriale assunta da quest'ultimo.

Il primo statuto fideiussorio preso in esame ha fatto emergere la fragilità della posizione del garante “privato”, ossia colui che sul piano soggettivo rivesta i connotati di un consumatore, e sia quindi persona fisica che agisce al di fuori dello svolgimento di una qualsiasi attività professionale: come evidenziato, tale soggetto, quanto meno nell'ordinamento italiano, deve fare i conti con l'orientamento unanime di legittimità, che nega la qualifica di consumatore in forza di un'adesione forse eccessiva al principio di accessorietà della garanzia. La forza dell'accessorietà è ritenuta infatti tale da produrre i suoi effetti anche sulle qualifiche dei soggetti coinvolti, nel senso che se il debitore garantito è un professionista, dovrà essere considerato tale, in via “di riflesso”, anche il fideiussore, nonostante si tratti di un soggetto che non agisce in veste professionale.

Eppure, proprio l'accessorietà, punto nodale della garanzia, quanto meno nell'impianto normativo, dimostra di subire, nella prassi, diverse eccezioni ed erosioni: dalle clausole “di sopravvivenza” o “a prima richiesta”, la cui riconduzione allo schema tipico della fideiussione è peraltro discutibile, agli arresti giurisprudenziali che hanno evidenziato come l'accessorietà non rappresenti in realtà un principio totalizzante, idoneo a permeare ogni profilo della vicenda fideiussoria.

Non mancano comunque spunti, provenienti tanto dalla giurisprudenza di merito, quanto dall'Arbitro Bancario Finanziario e dal versante europeo, che consentano di adottare un'impostazione maggiormente incentrata sulla considerazione della posizione in concreto rivestita dal garante nella vicenda economica di riferimento, e di pervenire, in tal modo, alla configurazione a pieno titolo di un fideiussore-consumatore.

È soprattutto la più recente giurisprudenza della CgUe a garantire efficace tutela all'interesse del garante che rivesta la posizione di consumatore, ad essere legittimo destinatario delle relative normative protezionistiche.

Il secondo statuto fideiussorio individuato, e che risulta strettamente connesso ed in parte sovrapponibile al garante-consumatore, è quello del fideiussore che sia familiare o coniuge del debitore garantito, professionista o imprenditore: anche in questa

situazione, emerge uno specifico interesse del garante da tutelare, di fronte a quello del creditore ad attivare la garanzia del credito, ossia quello di non accollargli le conseguenze di una fideiussione molto gravosa, rilasciata sulla scia di peculiari circostanze, *in primis* la pressione psicologica avvertita dal garante, a causa del legame familiare e del relativo rapporto di fiducia intercorrente con il debitore.

In difetto di un'adeguata riflessione anche teorica dedicata al tema nel nostro ordinamento, l'indagine si è avvalsa prevalentemente del metodo comparatistico.

L'ordinamento che più si è occupato della questione è quello tedesco. Viene in gioco soprattutto la celebre pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 1993, che ha rinvenuto nella situazione rappresentata da una garanzia *omnibus* rilasciata in favore della banca-creditore proprio dalla figlia poco più che ventenne e nullatenente del debitore principale, un generico "squilibrio sociale ed economico", ossia una situazione che pregiudica la parità fra i contraenti e come tale giustifica un controllo del contenuto contrattuale. La conseguenza, estrema, che viene sancita, anche grazie al richiamo alle clausole generali, è la nullità della garanzia pattuita in base al paragrafo 138 BGB.

La pronuncia tedesca ha costituito l'occasione per lo svolgimento di considerazioni più ampie, relative proprio al contenuto del controllo contrattuale portato sino all'estremo di una vera e propria *Drittwirkung*.

Proprio nei casi di fideiussioni rovinose, l'ordinamento tedesco dimostra di aver significativamente anticipato il dibattito negli ultimi anni molto acceso anche nel nostro ordinamento, relativo al rapporto tra l'autonomia negoziale e le istanze che genericamente si possono definire di "giustizia" contrattuale: se da un lato una soluzione che sembra consegnare nelle mani del giudice il potere di dettare la regola del caso concreto, rifacendosi direttamente ai principi costituzionali, porta a paventare rischi relativi soprattutto alle esigenze di certezza del diritto e stabilità del sistema delle fonti, dall'altro lato è condivisibile la *ratio* profonda che rende necessario il controllo sul contenuto contrattuale, ossia la necessità di evitare il pregiudizio che il contratto altrimenti determinerebbe sul realizzarsi della persona umana, quale valore preminente.

Un'ulteriore situazione meritevole di elevarsi anch'essa a vero e proprio statuto fideiussorio comprende in sé due profili, accomunati dal fatto che la vicenda ad entrambi sottesa assume i connotati di vera e propria situazione di "crisi" del debitore principale.

Il primo profilo si lega a sua volta al fenomeno delle fideiussioni familiari. In effetti, anche da parte dei giudici italiani non sono mancate pronunce che hanno considerato solo uno specifico profilo del fenomeno: quello delle fideiussioni rilasciate da un coniuge in favore dell'altro coniuge esercente attività di impresa, spesso repute sintomatiche dell'esistenza di una società occulta fra i coniugi, tale da giustificare un'estensione del fallimento, talvolta ritenuta eccessiva, anche al socio occulto di società occulta ovvero al socio occulto di società palese. In questi casi, il garante-familiare ha dovuto quindi subire l'espansione nei suoi confronti della normativa concorsuale, così determinandosi la prevalenza dell'interesse dei creditori della (presunta) società occulta, rispetto all'interesse dei familiari-garanti dell'imprenditore fallito a non essere coinvolti nel relativo fallimento.

L'ulteriore situazione incentrata anch'essa su una vicenda di crisi del debitore principale concerne l'istituto del sovraindebitamento: in particolare, ci si è interrogati circa le sorti del fideiussore di un debitore "civile" sovraindebitato, che riesca a conseguire l'effetto esdebitatorio, a fronte di una normativa che nega ogni estensione dell'esdebitazione al garante del debitore, conseguendo una soluzione che si dimostra non solo forse criticabile su un piano genericamente definibile di giustizia sostanziale, ma ed anche irragionevole dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, perché ostativa ad un *fresh start* effettivo.

Potendo il fideiussore, a sua volta, avviare un'autonoma procedura di sovraindebitamento, si tratterà di valutare se il garante che non riesca ad adempiere alle obbligazioni assunte proprio tramite la prestazione di fideiussioni possa essere considerato propriamente un consumatore ammesso a presentare il relativo piano per l'omologa giudiziale. L'attenzione torna, in tal modo, ad appuntarsi sul profilo soggettivo del garante.

In conclusione, l'indagine svolta ha consentito di osservare l'emersione di una figura del fideiussore quanto mai articolata, tanto da indurre forse ad impiegare anche al riguardo quella declinazione al plurale - dal "fideiussore" ai "fideiussori" - che è stata invocata per non pochi altri istituti del diritto privato.

Ciononostante, il garante, quanto meno a livello normativo, dimostra spesso di non godere di sufficiente attenzione, quasi che sussista il timore di incrinare il totale disinteresse anticamente manifestato dal legislatore nei confronti del ruolo sostanziale rivestito da questa figura di contraente.

## Bibliografia

### Dottrina

AA.VV., *Il consumatore e l'Europa: recenti sviluppi*, Napoli, 1994.

A.A. V.V., *I "principi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*. Torino, 2009.

A. Abegg, *Familienbürgschaften als privatrechtliches Problem - BGE 129 III 702: von Willensfreiheit zu Waffengleichheit und Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung*, in *fampra.ch* 6, 2005, p. 209 ss.

N. Abriani, *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012.

K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild*, in *NJW*, 1994, p. 2467 ss.

A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, n. 2, p. 311 ss.

R. Alessi, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, n. 4, p. 1141 ss.

G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma, 1996.

G. Alpa, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, n. 2, p. 372 ss.

G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999.

G. Alpa, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 2, p. 465 ss.

G. Alpa, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea - Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, Padova, 2003, p. 158 ss.

G. Alpa, *I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contr. e impr.*, 2013, n. 4-5, p. 825 ss.

G. Alpa, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 1, p. 108 ss.

S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 30 novembre 2015.

- G. Andreoli, *Riflessioni sulla surrogazione a favore del terzo acquirente dell'immobile ipotecato e del terzo datore di ipoteca*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, p. 73 ss.
- F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.
- T. Ascarelli, *Considerazioni in tema di società e persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 245 ss.
- F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss.
- F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006.
- A. Auciello, F. Badiali, C. Iodice, S. Mazzeo, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000.
- L. Balestra, *L'impresa familiare*, Milano, 1996.
- A. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993.
- A. Barbieri, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fallim.*, 2008, n. 8, p. 914 ss.
- P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 324 ss.
- A. Barenghi, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, n. 1, p. 197 ss.
- A. Barenghi, *Varietà nel dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 101 ss.
- A. Barenghi, *Commento all'art. 1469-bis*, in A. Barenghi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 5 ss.
- E. Bargelli, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, n. 1, p. 57 ss.
- G.B. Barillà, *Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del Tribunale federale tedesco*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, n. 1, 337 ss.
- H. G. Beale (a cura di), *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 28<sup>a</sup> ed., Londra, 1999.
- J. Basedow, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 455 e ss.
- G. F. Basini, *Sulla responsabilità "sussidiaria" dei beni in comunione legale per la fideiussione prestata da un solo coniuge*, in *Giur. it.*, 1994, n. 1, p. 671 ss.



- A. Belfiore, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2003, vol. XIII, t. 4.
- P. Beltrami, *Sul concorso di garanzie reali e personali prestate dallo stesso soggetto*.
- F. Belviso, *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 9, p. 891 ss.
- G. Benacchio, *Il diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001.
- A. M. Benedetti, *La moglie garante del marito: vero consenso o abuso di intimità familiare?* in *Trusts*, 2000, n. 2, p. 208 ss.
- M. Bessone, *Il "consumerism" degli anni '80*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 357 ss.
- E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2, Milano, 1955.
- C.M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1324 ss.
- C. M. Bianca, *Diritto Civile*, V, Milano, 2000.
- W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957.
- W. Bigiavi, *In difesa dell'imprenditore occulto*, Padova 1962.
- R. Bin, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. Pugiotto (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, p. 369 ss.
- F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, n. 1, p. 175 ss.
- L. Bigliuzzi Geri et al, *Diritto civile*, vol. 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989.
- L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione*, Milano, 1994.
- L. Bigliuzzi Geri, *Rapporti giuridici e dinamiche social. Principi, norme, interessi emergenti*. Milano, 1998.
- G. Biscontini, *Solidarietà fideiussoria e decadenza*, Napoli, 1980.
- G. Biscontini, *Art. 1936*, in D. Valentino, *Dei Singoli Contratti*, in E. Gabrielli (dir. da), *Commentario del Codice civile*, vol. IV, Milano, 2011, p. 409 ss.
- F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991.
- S. Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 506 ss.
- G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. XIII, Torino, 1985.
- G. Bozzi (a cura di), *La fideiussione*, Torino, 2013.
- A. Braun, *Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen*, in *DStR*, 1996, p. 1692 ss.
- U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

- U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Tratt. dir. priv.* vol. XXIV, Milano 1991.
- E. Briganti, *Fideiussione. Nota a Cass.*, 26.01.2010, n. 1520, in *Notariato*, 2010, n. 2, p. 125 ss.
- E. Briganti, *Società di fatto*, in *Notariato*, 2013, n. 5, p. 489 ss.
- E. Briganti, *Fideiussione. Nota a Cass.* 30.12.14, n. 27531, in *Notariato*, 2015, n. 1, p. 76 ss.
- F. Briolini, *Fideiussione "omnibus" e "ius superveniens" al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, n. 2, p. 634 ss.
- F. D. Busnelli, *Impresa familiare e aziende gestite da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1410 ss.
- F. D. Busnelli, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 330 ss.
- F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, n. 1, p. 548 ss.
- F. D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 2, p. 413 ss.
- M. Bussoletti, *La Cassazione e le fideiussioni bancarie*, in *Banche e banchieri*, 1990, p. 51 ss.
- I. A. Caggiano, *L'Arbitro Bancario Finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 7-8, p. 439 ss.
- A. Calderale, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989.
- A. Calderale, G. Tucci, *Clausola di pagamento a prima richiesta e buona fede*, in A. Munari (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 117 ss.
- A. Calderale, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999.
- A. Calderale, F. Mastropaolo, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, t. II, Torino, 2006.
- C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in Studi in onore di P. Schlesinger, IV, Milano, 2004, p. 2447 ss.
- C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.
- C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, n. 4, p. 831 ss.
- C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, p. 305 ss.

- C. Camardi, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, n. 1, p. 7 ss.
- V. Campogrande, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902.
- C. W. Canaris, *L'incidenza dei diritti fondamentali nel diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, p. 359 ss.
- C. W. Canaris, *Wandlung des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 200, 2000, p. 273 ss.
- G. Capo, *La chiusura del fallimento e l'esdebitazione del fallito*, in V. Buonocore, A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Padova, 2011, p. 552 ss.
- A. Capocchetti, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, p. 817 ss.
- V. Carbone, *Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 7, p. 844 ss.
- B. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 18 ss.
- G. Carriero, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policy di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, n. 2, p. 505 ss.
- A. Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *An. giur. ec.*, 2004, n. 2, p. 245 ss.
- C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
- C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.
- S. Catanossi, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, in *Quaderni di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*, Perugia, 2007.
- R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 6, p. 771 ss.
- R. Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons., dir., mercato*, Argomenti, n. 2, 2012, p. 73 ss.
- D. Cerini, *Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva comparata*, in M. Lobbuono, M. Lorizio, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*. Torino, 2007, p. 171 ss.
- D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012.
- S. P. Cerri, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, in *Vita not.*, 2013, n. 3, p. 1063 ss.

- G. Chinè, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. 26 (*Il diritto privato dell'Unione Europea*), a cura di A. Tizzano, Torino, 2000, p. 616 ss.
- G. Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 401 ss.
- A. Colombi Ciacchi, *Le fideiussioni rovinose: un nuovo campo di applicazione delle clausole generali del BGB a tutela della parte debole*, in S. Patti (a cura di), *Annuario di Diritto Tedesco 1999*, 2000, p. 149 ss.
- A. Colombi Ciacchi, S. Wheaterhill, *Regulating Unfair Suretyships in Europe: Methodology of a Comparative Study*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, p. 1 ss.
- A. Colombi Ciacchi, *La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione Europea*, in A. Colombi Ciacchi, T. Pinkel, M. Comenale Pinto, C. U. Schmid, G. M. Uda (a cura di), *La Dimensione Sociale del Diritto Privato in Europa - Convegno Italo-Tedesco, Die gesellschaftliche Funktion des Privatrechts in Europa - Deutsch-Italienischer Workshop, Studi Italo-Tedeschi, Deutsch-Italienische Studien*, vol. 1, 2010, p. 37 ss.
- G. Comandé, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004, p. 30 ss.
- R. Conti, *Lo "status" di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001, n. 4, p. 525 ss.
- R. Conti, *La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7, p. 891 ss.
- R. Conti, *La Cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore?*, in *Corr. giur.*, 2001, n. 11, p. 1436 ss.
- R. Conti, *La Corte Ce a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della direttiva 93/13/Cee in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 2002, n.4, p. 445 ss.
- R. Conti, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*, in *Corr. merito*, 2006, n. 3, p. 317 e ss.
- M. Cuccovillo, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, in *Contratti*, 2009, n. 11, 1060 ss.
- V. Cuffaro (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014.
- G. D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. Pagliantini, (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1 ss.
- G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, n. 10, p. 927 ss.

- G. D'Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014.
- G. De Cristofaro, *La direttiva 2005/29/Ce*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 1 ss.
- G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. 3, p. 255 ss.
- A. De Strobel, *La sovranità del consumatore*, Padova, 1970.
- V. Demuro, *Die persönlichen Kreditsicherheiten im italienischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Costanza, 2008.
- M. De Nadai, *Ultimi sviluppi della giurisprudenza comunitaria in tema di tutele per il fideiussore-consumatore*, in *www.dirittobancario.it*, novembre 2016, p. 1 ss.
- F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, n. 6, p. 1057 ss.
- A. di Biase, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei "limiti" all'impegno del garante*, in *Nuove leggi civ. comm.*, I, 2014, p. 169 ss.
- A. Di Biase, *Le disposizioni generali*, in V. Cuffaro (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 16 ss.
- F. Di Ciommo, *Il recesso dal contratto di apertura di credito e l'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2000, n. 12, p. 1111 ss.
- A. di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss.
- A. Di Majo, *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali*, in E. Navarretta (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 123 ss.
- F. Di Marzio, *La crisi d'impresa*, Padova, 2010.
- F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *Il fallimentarista*, 21 dicembre 2012, p. 1 ss.
- G. Di Marzio, *L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa*, in F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano 2012, p. 81 ss.
- F. Di Marzio, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013.
- D. Di Gravio, *La famiglia come società occulta ed il suo fallimento anche implicito*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, vol. I, Padova, 1997, p. 343 ss.
- F. Di Sabato, *Diritto delle società*, III ed., agg. da A. Blandini, Milano, 2011.

- A. Del Giudice, *La fideiussione coniugale bancaria*, in M. Bianca (a cura di), *La comunione legale*, I, Milano, 1989, p. 151 ss.
- A. A. Dolmetta, *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, n. 1, p. 1 ss.
- A. A. Dolmetta, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in <http://www.dirittobancario.it/spunti-dall-abf/garanzie>.
- J. du Plessis, R. Zimmermann, *Relevance of reverence. Undue influence*, in *Maastricht Journal of european and comparative law*, 2003, n. 10, p. 345 ss.
- W. F. Ebke, B.M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in (a cura di) J. Beatson, D. Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1994, p. 170 ss.
- W. Enderlein, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, Sonderband, 1996.
- M. Fabiani, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. giur.*, 2012, n. 4, p. 449 ss.
- G. Falcone, *La posizione del consumatore e gli istituti esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2006, n. 1, p. 841 ss.
- C. Falqui Massidda, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.
- L. Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Monaco, 1992.
- R. Favale, *Formnichtigkeit e Treu und Glauben: una sineddoche*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 415 ss.
- R. Favale, *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*, in *Annali del Dipartimento di Scienze Giuridico-sociali e dell'amministrazione*, n. 3/2001, Università del Molise, Napoli, 2002, p. 203 ss.
- M. Farina, *Gli effetti dell'omologazione dell'accordo*, in F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano 2012, p. 64 ss.
- T. Febbrajo, *La fase preliminare al rapporto di consumo: informazione, educazione e pubblicità*, in G. Villanacci, *Manuale di diritto del consumo*, Napoli, 2007, p. 69 ss.
- T. Febbrajo, *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Direttiva 2008/48/CE*, in *Giur. it.*, 2010, n. 1, p. 223 ss.
- T. Febbrajo, *L'attuazione della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, n. 2, p. 479 ss.
- T. Febbrajo, *Garanzia*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2016, p. 1 ss.
- G. Ferri, *Nota a Cass. 14.09.1976*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, n. 2, p. 220 ss.
- G. B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.* 2004, p. 1 ss.

- M. Ferro, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore*, in *Fallim.*, 2016, n. 4, p. 405 ss.
- C. Fiengo, *Il vincolo societario de facto tra familiari*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 418 ss.
- A. Figone, *Società di fatto tra familiari*, in *Fallim.*, 1997, n. 2, p. 162 ss.
- F. Fimmanò, *Il fallimento del fideiussore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 619 ss.
- D. Finardi, *Il fallimento in estensione: socio occulto di società palese, tra affectio societatis e affectio coniugalis*, in *Società*, 2009, n. 4, p. 235 ss.
- F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, p. 493 ss., e A. Chianale, *I diritti reali - l'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 95 ss.
- F. Fiorentini, *Country Report: Italy*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, p. 353 ss.
- F. Fiorentini, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, in *Trattato notarile*, diretto da F. Preite, in A. Gazzanti Pugliese di Cotrone in (a cura di) *Atti notarili, diritto comunitario e internazionale*, vol. 4, *Diritto comunitario*, t. I, Torino, 2011, p. 783 ss.
- M. Fragali, *Fideiussione e mandato di credito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1957, p. 237 ss.
- M. Fragali, *Fideiussione (diritto privato)* in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 98 ss.
- M. Foschini, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. Dir. comm.*, 1957, I, p. 450 ss.
- C. Frigeni, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, n. 2, p. 267 ss.
- E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 4, p. 1149 ss. Gai. 3, 119.
- F. Galgano, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, n. 1, p. 419 ss.
- F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu - Messineo - Mengoni, Milano, 1998.
- F. Galgano, *Obbligazioni in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1, Padova, 2004, p. 126 ss.
- F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Padova, 2010.
- F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone*, Milano 2011.
- D. Galletti, *Insolvenza civile e «fresh start»: il problema dei coobbligati*, in *An giur. ec.*, 2004, n. 2, p. 391 ss.

- D. Galletti, *Commento Sub. Art. 160 legge fallimentare*, in C. Cavallini (dir. da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 2268 ss.
- F. Gambino, *Fideiussione*, Fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57 ss.
- L. Gatt, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, n. 1, p. 2341 ss.
- L. Gatt, *Sub art. 1469-bis, comma 2°, Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in C. M. Bianca, F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p.153 ss.
- R. M. Gelpi, F.J. Labruyère, *Storia del credito al consumo. La dottrina e la pratica*, Bologna, 1994.
- S. Gentile, *I rimedi in caso di violazione dei diritti fondamentali*, in *Corr. giur.*, 2013, n. 12, p. 1588 ss.
- A. Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555 ss.
- J. Gerhübner, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, in *Juristenzeitung*, 50, p. 1086 ss.
- M. Ghidini, *L'impresa familiare*, Padova, 1977.
- G. Giacobbe, *Brevi note in tema di fideiussione e c.d. clausola di sopravvivenza*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1293 ss.
- C. Giannattasio, *Fideiussione e garanzia di aperture di credito a società di persone intese come conferimento in società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1974, n. 2, p. 30 ss.
- P. Gianniti, F. Bonamassa, G. Grande (a cura di), *Sentenze scelte in materia civile e penale. Aggiornamento 2008*, Milano, 2008.
- G. Gioia, *In Search of the Effective Protection of the Weak Surety in the Web of the Italian Legal System*, in A. Colombi Ciacchi (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 215 ss.
- G. Gitti, G. Villa (a cura di) *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, Milano, 1998.
- H. G. Graf Lambsdorff, B. Skoka, *Handbuch des Bürgschaftsrecht*, Monaco, 1994.
- C. Granelli, *Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, n. 11, p. 731 ss.
- C. Granelli, *"Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, n. 1, p. 59 ss.



- M. Graniero, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 7, p. 769 ss.
- E. Graziuso, in *Lo status giuridico di consumatore: caratteristiche e singole accezioni*, in *www.treccani.it*, 2011.
- S. Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.
- W. Grunsky, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin New York, 1995.
- E. Guerinoni, *Quando il fideiussore è consumatore*, in *Contratti*, 2007, n. 3, p. 225 ss.
- P. Guida, *Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema*, in *Riv. not.*, 1983, p. 508 ss.
- G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, n. 12, p. 1485 ss.
- M. Habersack, R. Zimmerman, *Recent developments in German Suretyships Law: Legal Change in a Codified System*, in *Edinburgh law review*, 1999, 3, p. 272 ss.
- K. Heine, R. Janal, *Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics*, in A. Colombi Ciacchi, S. Weatherill (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, p. 5 ss.
- H. Heinricus, § 310, in *Palandt Kommentar*, Monaco, 1990, 49<sup>a</sup> ed., p. 369.
- M. W. Hesselink, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, n. 1, p. 1 ss.
- H. Honsell, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 594 ss.
- J. Isensee, *Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte - Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung*, in *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 485 ss.
- G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 1014 ss.
- F. Iozzo, *Sulla società di fatto collaterale alla società di capitali*, in *Giur. it.*, 2003, n. 10, p. 1859 ss.
- G. Ivone, *Il raggiungimento dell'accordo fra debitore e creditori, Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano 2012, p. 54 ss.
- N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*, in *Corr. giur.*, 2010, n. 1, p. 60 ss.

- C. Joerges, *Il ruolo interpretativo della Corte di giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 275 ss.
- R. Korobkin, T. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, p. 1051 ss.
- A. Lamorgese, *Garantievertrag secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2010, 6, p. 1365 ss.
- W. Lippmann, *Drift and mastery: an attempt to diagnose the current unrest*, 1914, revisione, introduzione e note di W. E. Leuchtenburg, Madison, University of Wisconsin Press, 1985
- A. La Spina, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.
- D. Lason, J.W. Bridge, *Law & Institutions of European Communities*, 5th ed., Londra, 1991.
- M. Lipari, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, II, 1986, p. 144 ss.
- N. Lipari, *Diritto e mercato della concorrenza*, in N. Lipari e I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, p. 31 ss.
- N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2009, p. 887 ss.
- N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, n. 4, p. 1115 ss.
- N. Lipari, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 28 ss.
- M. Lobbuono, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002.
- M. Lobbuono, M. Lorizio, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*. Torino, 2007.
- G. Lo Cascio, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento. (Introduzione)*, in *Fallim.*, 2012, n. 9, p. 1021 ss.
- P. Longhini, *"Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, p. 72 ss.
- W. Löwe, *Bürgen in Sippenhaft dürfen aufatmen*, in *ZIP*, 1993, p. 1759 ss.
- F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.
- F. Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, n.11, p. 872 ss.
- F. Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009.
- F. Macario, F. P. Patti, G. Orefice, *Risoluzione del leasing traslativo per inadempimento ed equo compenso*, in *Contratti*, 2012, n. 2, p. 148 ss.
- F. Macario. F. P. Patti, G. Orefice, *Garanzia fideiussoria a tempo determinato* in *Contratti*, 2015, n. 2, p. 181 ss.

- A. Maffei (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013.
- A. Magazzù, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1525 ss.
- V. Mannino, *Fideiussione e accessorieta*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 907 ss.
- D. Marasciulo, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, 1999.
- V. Mariconda, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede*, in *Foro it.*, 1989, n. 1, c. 2750 ss.
- G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 249 ss.
- F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Padova, 1995.
- T. Mayer-Mali, § 138, in *Münchener Kommentar*, Monaco, 1993, n. 1, 3<sup>a</sup> ed., p. 1168 ss.
- U. Mattei, F. G. Nicola, *A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *Global Jurist*, vol. 7, 2007, p. 1 ss.
- D. Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in *AcP*, 1992, p. 35 ss.
- D. Medicus, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Colonia, 1994.
- L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1997, n. 1, p. 1 ss.
- P. Menti, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallim.*, 2011, p. 1229 ss.
- N. Michieli, *Il fallimento del socio occulto*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 2, p. 218 ss.
- E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 660 ss.
- E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.
- U. Minneci, *Responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale* in (a cura di) F. Anelli, M. Sesta, *Trattato di diritto di famiglia*. vol. 3, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2012, p. 341 ss.
- L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.
- S. Monticelli, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 527 ss.
- S. Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 712 ss.
- S. Monticelli, G. Porcelli, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013, p. 109 ss.

- S. Monticelli, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, n. 1, p. 131 ss.
- R. Montinaro, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, n. 6, p. 781 ss.
- M. R. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3 ss.
- P. Moreschini, *Chi presta garanzia a un professionista perde la tutela «europea» per i consumatori - La fideiussione è regolata dalle norme nazionali se assiste un credito di natura «non privata»*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 17, p. 74 ss.
- E. Morino, *Affectio societatis e affectio familiaris fra società apparente e società di fatto*, in *Giur. it.*, 2014, n. 6, p. 1428 ss.
- A. Munari (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992.
- E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, n. 2, p. 81 ss.
- E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss.
- F. Nappi, *Prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante: gli interventi del Bundesverfassungsgericht ed un "distinguo" del Bundesgerichtshof*, in *Id.*, *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997, p. 115 ss.
- F. Nappi, *Mutui bancari e corresponsabilità dei prossimi congiunti del mutuatario: recenti applicazioni dei § 138 e 242 BGB*, in G. Cian (a cura di), *Cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 421 ss.
- U. Natoli, *Diritti fondamentali e categorie generali*, Milano, 1993.
- H. C. Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *RdA*, 1950, p. 121 ss.
- H. C. Nipperdey, *Gleichheit*, in F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, (a cura di), *Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, p. 111 ss.
- S. Nobile de Santis, *Sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 4, p. 503 ss.
- I. L. Nocera, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, n. 4, p. 1449 ss.
- G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 148 ss.
- G. Oppo, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 109 ss.
- G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 123 ss.

- S. Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, n. 10, p. 853 ss.
- S. Pagliantini, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. 2, p. 275 ss.
- A. Palmieri, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, n. 1, c. 3118 ss.
- A. Palmieri, *La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato*, in *Danno e resp.*, 2000, n. 8-9, p. 862 ss.
- A. Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, n. 1, c. 336 ss.
- V. Panuccio, *L'impresa familiare*, Milano, 1981.
- L. Panzani, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in *www.treccani.it*, 2013, p. 1 ss.
- R. Pardolesi, A. Di Majo, *La fideiussione "omnibus" e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, n. 1, c. 2750 ss.
- G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995.
- F. P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur dir. priv.*, 2012, n. 4, p. 1007 ss.
- F. P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, n. 3, p. 685 ss.
- S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007.
- S. Patti, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in *Foro it.*, 2014, n. 4, p. 114 ss.
- E. Pellecchia, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento: interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.
- E. Pellecchia, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, n. 4-5, p. 1132 ss.
- E. Pellecchia, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.: obbligo di inserire nel precepto l'informativa al debitore sulla possibilità di fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 961 ss.
- E. Pellecchia, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9, p. 1228 ss.

- G. Pellegrino, *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007.
- U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.
- P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.
- G. B. Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006.
- G. Petti, *Il recesso del consumatore nel progetto di un diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2013, n. 7, p. 731 ss.
- T. Pfeifer, *Haustürwiderrufsgesetz und Bürgschaft - Ein Beitrag zur causa "kausaler" Sicherungsgeschäfte und zum europäischen Zivilrecht*, in *ZBB*, 1992, p. 1 ss.
- T. Pfeifer, *Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts*, in *ZIP*, 1998, p. 1129 ss.
- G. Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, n. 1, p. 38 ss.
- G. Pignataro, *Il credito al consumo*, in P. Stanzione, A. Musio (a cura di), *La tutela del consumatore*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2009, XXX, p. 211 ss.
- F. Piraino, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, n. 2, p. 233 ss.
- A. Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, n. 4, p. 743 ss.
- D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, 2014, p. 962 ss.
- G. B. Portale, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, n. 1, p. 169 ss.
- G. B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, n. 1, p. 6 ss.
- K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten: Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht. (Schriften zum Europäischen Recht)*, Berlino, 2005.
- U. Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, Monaco, 1993.
- P. M. Putti, *Non necessità del consenso di entrambi i coniugi in comunione dei beni per il rilascio di fideiussione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, n. 1, p. 678 ss.
- P. M. Putti, *Il diritto dei consumi tra memoria storica e nuove prospettive*, in G. Villanacci, *Manuale di diritto del consumo*, Napoli, 2007, p. 11 ss.
- M. Rabitti, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2014, n. 1, p. 201 ss.
- A. Ravazzoni, voce *Fideiussione*, in *Noviss. Dig. it.*, 1961, p. 276 ss.

- E. Redenti, voce *Fideiussione*, in *Diz. prat. dir. priv.*, vol. III, t. I, Milano, 1923, p. 135 ss.
- M. Renna, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 7-8, p. 1119 ss.
- P. Rescigno, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, II, p. 27 ss.
- A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 24 ss.
- A. Riguglio, voce *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1997, pp. 1 ss.
- M. Rinaldo, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*, in *Riv. Notariato*, 2013, n. 3, p. 691 ss.
- V. Rinaldi, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, in *Fallim.*, 1997, n. 1, p. 104 ss.
- F. Rittner, *Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1994, p. 3330 ss.
- S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- G. Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, n. 1, p. 310 ss.
- G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012.
- F. Rolfi, *Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 510 ss.
- V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, p. 390 ss.
- V. Roppo, *Fideiussione "omnibus": valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, n. 1, p. 137 ss.
- V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. Mazzamuto (a cura di) *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 640 ss.
- V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.
- V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2009, p. 267 ss.
- V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

- V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011.
- L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, n. 3, p. 685 ss.
- U. Ruffolo, *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis e seguenti del codice civile e i contratti col consumatore*, Milano, 1997.
- L. Ruggeri, S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Tratt. di dir. civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, vol. III, n. 19, Napoli, 2005.
- R. Sacco, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, n. 2, p.710 ss.
- R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1999.
- R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004.
- C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, n. 2, p. 437 ss.
- V. Sangiovanni, *La fideiussione nel diritto tedesco*, in *Contratti*, 2009, n. 2, p. 190 ss.
- P. Sanna, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, in *Resp. civ. previd.*, n. 1, 2002, p. 54 ss.
- M. Sannia, *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in E. Cesàro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1998, p. 101 ss.
- V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano 2007, p. 487 ss.
- V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 2, p. 145 ss.
- C. U. Schmid, *Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Civil Law*, in A. Colombi Ciacchi (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 21 ss.
- E. Scoditti, *Rinnovazione tacita del contratto di mediazione e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, n. 1, p. 2133 ss.
- E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, n. 1, p. 1105 ss.
- E. Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2008, n. 1, p. 784 ss.



- E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, n. 1, p. 2036 ss.
- A. Scotti, *Dalla Corte di cassazione un'occasione per tornare a riflettere sulla compatibilità tra impresa familiare e forme collettive di impresa*, in *Corr. giur.*, 2015, n. 10, p. 124 ss.
- M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972.
- R. Senigaglia, *Informazione contrattuale nella net economy*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 229 ss.
- R. Senigaglia, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 11, p. 671 ss.
- S. Senofonte, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 134 ss.
- M. Sesta, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, n. 4, p. 330 ss.
- M. Sesta, *La fideiussione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Cendon, vol. IV, Torino, 1999, p. 1742 ss.
- G. Sicchiero, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 996 ss.
- F. Silva, A. Cavaliere, *I diritti del consumatore e l'efficienza economica*, in F. Silva (a cura di), *La tutela del consumatore tra mercato e regolamentazione*, Roma, 1996, p. 15 ss.
- R. Simonetta, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 337 ss.
- E. Simonetto, *La fideiussione prestata dai privati*, Padova, 1985.
- P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 4, p. 415 ss.
- G. Smorto, *La fideiussione del coniuge nel sistema bancario inglese*, in *Ec. dir. terziario*, 1999, n. 2, p. 565 ss.
- A. Sölter, *Die Verbraucherbürgschaft Zur Anwendbarkeit des Verbraucher Kreditgesetzes auf die Bürgschaft*, Berlino, 2001.
- A. Somma, *Parr. 104 - 185*, in S. Patti (a cura di), *Il Codice civile tedesco*, Milano, 2005, p. 48 ss.
- A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2005, p. 75 ss.
- A. Somma, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale - Versione ampliata della Relazione al Seminario internazionale Social Justice in European Contract Law, Parigi, 22-23 settembre 2005*, in <http://www.astrid-online.it/>
- E. Sorci, *Commento Sub. Art. 1*, in G. Terranova, G. Ferri Jr., G. Giannelli, F. Guerriera, M. Perrino, B. Sassani (a cura di), *La nuova legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, p. 9 ss.

- F. Sorrentino, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in E. Navarretta (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 8 ss.
- G. Stella, *Le garanzie personali del credito*, in G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti, (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, 2009, p. 281 ss.
- G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010.
- G. Stella, *La fideiussione omnibus: importo massimo garantito ex art. 1938 c.c. e liberazione del debitore ex art. 1956 c.c. nell'attuale prassi bancaria*, in *Resp. civ. previd.*, 2010, p. 1700 e ss.
- G. Stolfi, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale*, in *Assicurazioni*, 1958, p. 98 ss.
- M. Storme, *The Harmonization of the Law of Personal Security*, in *Juridica International*, XVI/2009, p.73 ss.
- C. Stumpf, *Der vermögenslose Bürge: Zum Spannungsverhältnis zwischen privatautonomer Gestaltungsfreiheit und Verbraucherschutz*, in *Jura*, 1992, p. 421 ss.
- G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.
- M. Talamanca, *Fideiussione (storia)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 326 ss.
- G. Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2000, p. 83 ss.
- G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. previd.*, 2016, n. 1, p. 75 ss.
- O. Trombetti, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, n. 4 , p. 271 ss.
- A. Tucci, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessarietà della fideiussione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, n. 2, p. 129 ss.
- D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 5, p. 1157 ss.
- G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 33 ss.
- G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.* 2002, p. 915 ss.
- G. Vettori, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Pers. merc.*, 2014, n.1, p. 101 ss.
- G. Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 1, p. 5 ss.

- G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 2, p. 51 ss.
- M. Viale, *I contratti autonomi di garanzia*, in *I contratti atipici*, vol. II, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fond. da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, M. Bessone, Torino, 1991, p.631 ss.
- F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.
- H. Wiedemann, *Anmerkung zu BVerfG JZ 1994, 408*, in *JZ* 1994, p. 411 ss.
- T. Wilhelmsson, *Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies*, in *Juridica International*, vol. 14, 2008, p. 51 ss.
- V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.
- Z. Zencovich, *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.
- A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. 5, p. 536 ss.
- N. Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr.*, 2010, n. 2, p. 549 ss.
- M. G. Zoz, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità per debito altrui*, Trieste, 2011
- O. Zunz, *Perché il secolo americano?*, Bologna, 2002.

### **Giurisprudenza di legittimità**

- Cass., 1.06.1936, n. 1187, in *Giur. it.*, 1936, c. 642 ss.
- Cass. 13.08.1953, n. 2729, in *Giur. it.*, Rep., 1953, voce *Fideiussione*, n. 4
- Cass., 11.09.1953, n. 3026, in *Foro it.*, 1954, n. 1, c. 592 ss.
- Cass., 22.02.1957, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, p. 341 ss.
- Cass. 17.06.1957, n. 2299, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, n. 2, p. 367 ss.
- Cass., 3.09.1966, n. 2310, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, n. 2, p. 38 ss., e in *Giur. it.*, 1968, I, p. 83 ss.
- Cass. 14.10.1966, n. 2453, in *Foro it.*, 1967, n. 1, n. 2148 ss.
- Cass. 14.02.1964, n. 330, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, n. 2, p. 185 ss.
- Cass. 27.06.1967, n. 1590, in *Giur. it.*, 1967, c. 1205 ss.
- Cass. 17.02.1968, n. 570, in *Foro it.*, Rep. 1968, voce *Fideiussione*, nn. 41 ss.
- Cass., 29.10.1971, n. 3037, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, n. 2, p. 23 ss.
- Cass., 15.01.1973, n. 118, in *Giust. civ.*, 1973, n. 1, p. 1548 ss.
- Cass., 28.09.1973, in *Giur. comm.*, 1974, p. 335 ss.
- Cass. 7.06.1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, n. 2, p. 733 ss.
- Cass. 4.11.1975, n. 3835 in *Foro it.*, Rep., 1975, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 12.

- Cass. 14.09.1976, in *Riv. dir. comm.*, 1978, n. 2, p. 220 ss.
- Cass. 10.02.1977, n. 595, in *Foro it.*, *Rep.* 1977, voce *Fideiussione*, n. 45
- Cass., 11.10.1978, n. 4548, in *Giust. civ. mass.*, 1978, p. 1899 ss.
- Cass., 27.01. 1979, n. 615, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, II, p. 266 ss.
- Cass., 4.03.1981, n. 1262, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, II, p. 31 ss.
- Cass. 8.05.1981, n. 3027, in *Giur. it.*, 1982, n. 1, 1, c. 281 ss.
- Cass. 24.11.1981, n. 6240, in *Rep. Foro it.*, 1981.
- Cass. 15.02.1982, n. 408, in *Foro it.*, *Rep.* 1982, Voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 408
- Cass. 3.09.1982, n. 4811, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, n. 3, p. 419 ss.
- Cass. 9.05.1985, n. 2891, in *Giur. it.*, 1986, c. 599 ss.
- Cass. 19.12.1985, n. 6498, in *Foro it.*, 1986, n. 1, c. 685 ss.
- Cass., 17.10.1986, n. 6087, in *Dir. fall.*, 1987, n. 2, p. 416 ss.
- Cass. 4.03.1987 in *Società*, 1987, p. 654 ss.
- Cass., 18.03.1988, n. 2500, in *Dir. fall.*, 1988, n. 2, p. 913 ss.
- Cass. 9.05.1988, n. 3400, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, p. 434 ss.
- Cass. 18.07.1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, n. 1, c. 2750 ss.
- Cass., 20.07.1989, n. 3385, in *Foro it.*, 1989, n. 1, c. 3102.9 ss.
- Cass. 14.11.1989, n. 4835, in *Giust. civ. Mass.*, f. 11 ss.
- Cass. 29.03.1990, n. 2581, in *Giust. civ. mass.*
- Cass., 08.01.1991, n. 84, in *Fallim.*, 1991, n. 6, p. 473 ss.
- Cass. 10.05.1991, n. 5244, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, n. 1, p. 678 ss. e in *Giur. it.*, 1994, n. 1, p. 671 ss.
- Cass. 23.04.1992, n. 4899, in *Giust. civ.*, 1993, n. 1, p. 1293 ss.
- Cass., 27.06.1992, n. 8064, in *Giur. it.*, 1993, c. 1296 ss.
- 24.12.1992, n. 13661, in *Foro it.*, *Rep.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 403.
- Cass. 1.03.1993, n. 2497 in *Mass. Foro it.*, 1993.
- Cass. 23.06.1993 in *Foro it.*, *Rep.*, 1993, Voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 38
- Cass. 01.10.1993, n. 9777, in *Foro it.*, 1994, n. 1, c. 429 ss., e in *Giur. it.*, 1994, n. 1, c. 1536 ss.
- Cass., 3.11.1993, n. 10850, in *Dir. ec. assicuraz.*, 1994, p. 291 ss.
- Cass. 6.05.1994, n. 4420 in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 293 ss.
- Cass. 19.01.1995, n. 558, in *Giur. it.*, 1996, n. 1, c. 671 ss.
- Cass. 30.01.1995, in *Foro it.*, 1995, n. 1, c. 3227 ss.

- Cass. 16.03.1995, n. 3080, in *Foro it., Mass.* 1995
- Cass. 10.04.1995, n. 4117, in *Amm civ.*, 1995, p. 1398 ss.
- Cass. 28.03.1996, n. 2909 in *Foro it.*, 1996, n. 1, n. 1621 ss.
- Cass. 14.08.1997, n. 7603, in *Fallim.*, 1998, p. 381 ss.
- Cass. 15.04.1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, n. 1, p. 2133 ss.
- Cass. 09.09.1998, in *Giust. Civ., Massimario*, 1998, p. 1874 ss.
- Cass. 5.12.1998, n.12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317 ss.
- Cass. 16.03.1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1324 ss.
- Cass. 29.03.1996, n. 2909, in *Mass. Foro it.*, 1999, p. 468 ss.
- Cass. 21.05.1997 n. 4538, in *Foro it.*, 1997, n. 1, p. 2479 ss.
- Cass. 20.02.1999, n. 1427, in *Giur. it.*, 1999, p. 1576 ss.
- Cass. 23.04.1999, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2000, n. 2, p. 534 ss.
- Cass. 24.09.1999, n. 10511, in *Giur. it.*, 2000, p. 1154 ss.
- Cass. 1.10.1999, n. 10864, in *Contratti.*, 2000, p. 139 ss.
- Cass. 14.07.2000 n. 9321, in *Contratti*, 2000, n. 12, p. 1111 ss.
- Cass. 11.01.2001, n. 314, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7, p. 891 ss.
- Cass. 14.02.2001, n. 2095, in *Fallim.*, 2001, p. 1230 ss.
- Cass. 10.05.2001, n. 6728, in *Mass. Foro it.*, 2002
- Cass. 17.05.2001, n. 6757, in *Urb. e appalti*, 2001, p. 862 ss.
- Cass. ord. 24.07.2001, n. 10086, in *Corr. giur.*, 2001, n. 11, p. 1436 ss.
- Cass. 17.07.2002, n. 10400, in *Mass. Giur. It.*, 2002, p. 1257 ss.
- Cass. 31.07.2002, n. 11368, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, p. 267 ss.
- Cass. 14.02.2003, n. 2200, in *Giust. civ.*, 2003, n. 1, p. 1220 ss.
- Cass. 21.02.2003 n. 2642, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 375 ss.
- Cass. 06.06.2003, n. 3349, in *Giur. it.*, 2003, n. 10, p. 1859 ss.
- Cass. 2.03.2005, n. 4458, in *Giust. civ. mass.*, 2005
- Cass. 23.05.2005, n. 10870 in *Foro it., Rep*, 2005, voce *Fideiussione*, n. 70.
- Cass. 28.09.2005 n. 18947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 9, p. 891 ss.
- Cass. 29.09.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, n. 1, p. 1105 ss.
- Cass., 6.10. 2005, n. 19484, in *Mass. Foro it.*, 2005
- Cass. 12.12.2005, n. 27333, in *Mass. Foro it.*, 2005
- Cass. 13.06.2006, n. 13625, in *Giust. civ. mass.*

- Cass. 13.06.2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1175 ss., in *Dir. prat. soc.*, 2006, p. 72 ss., e in *Contratti*, 2007, n. 3, p. 225 ss.
- Cass., 14.02.2007, n. 3271, in *Mass. Foro it.*, 2007.
- Cass. 16.03.2007, n. 6299, in *Mass. Foro it.*, 2007.
- Cass. 19.12.2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, n. 1, p. 784 ss.
- Cass. S.U., 5.02.2008, n. 2655, in *Mass. Foro it.*, 2008.
- Cass. 22.02.2008, n. 4529, in *Fallim.*, 2008, p. 911 ss.
- Cass. 19.06.2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, n. 1, p. 60 ss.
- Cass. 27.11.2009, n. 25047, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 453.
- Cass. 26.01.2010, n. 1520, in *Notariato*, 2010, p. 125 ss.
- Cass. Sez. Un. 18.02.2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2010, 6, p. 1365 ss.
- Cass. 22.10.2010, n. 21730, in *Giust. civ. mass.*, 2010.
- Cass. 27.09.2011, n. 19736, in *Contratti*, 2012, n. 2, p. 148 ss.
- Cass. 29.11.2011, n. 25212, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 506 ss.
- Cass. S. U., 5.12.2011, n. 25934, in <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=7224#.VK5aESuG98E>
- Cass. 05.07.2013, n. 16829, in *Notariato*, 2013, n. 5, p. 489 ss., in *Giur. it.*, 2014, n. 6, p. 1428 ss., in *Vita not.*, 2013, n. 3, p. 1063 ss., e in *Giur. comm.*, 2014, n. 2, p. 218 ss.
- Cass. 22.11.2013 n. 26232, in <http://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=4018161&idDataBanks=2&idUnitadoc=0&nVigUnitdoc=1&pagina=1&NavId=1754126346&pid=19>
- Cass. 30.12.2014, n. 27531, in *Notariato*, 2015, n. 1, p. 76 ss.
- Cass. 23.11.2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 4, p. 503 ss.
- Cass. 01.02.2016, n. 1869, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, p. 817 ss. e in *Fallim.*, 2016, n. 4, p. 405 ss.

### **Giurisprudenza costituzionale**

- C. Cost., 16.07.1970, n. 142, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0142s-70.html>.
- C. Cost., 27.06.1972, n. 110, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0110s-72.html>.
- C. Cost., 27.07.1982, n. 145, in *Foro it.*, 1982, n. 1, c. 3006 ss.
- Cost., 27.06.1997, n. 204, in *Foro it.*, 1997, n. 1, c. 2033 ss.
- C. Cost., 27.06.1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, n. 2, p. 634 ss.
- C. Cost., 12.03.1999, n. 66 in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 494 ss

C. Cost., ord. 30.06.1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, n. 1, c. 3118 ss.

C. Cost., ord. 22.11.2002, n. 469, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0469s-02.html>

C. Cost., ord. 16.07.2004, n. 235, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0235o-04.html>

C. Cost., ord. 30.11.2007, n. 411, in *Foro it.*, 2008, n. 1, p. 6 ss.

C. Cost., ord. 13.10.2013, n. 248, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2013/0248o-13.html>

C. Cost., ord. 26.03.2014, n. 77, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0077o-14.html>

C. Cost., ord. n. 248 del 13.10.13, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.

C. Cost., ord. n. 77 del 26.03.2014, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.

### **Giurisprudenza europea**

Bayerische Hypotheken Wech Selbank AG c. Dietzinger, Corte di Giustizia, 17.03.1998, causa C-45/96, in *Foro it.*, 1998, n. 4, p. 129 ss.

CgUe, Quinta Sezione, 23 marzo 2000, causa C-208/98, Berliner Kindl Brauerei c. Siepert, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 201 ss.

CgUe 2.11.2001, nn. C 541/99 e C 542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 501 ss. e in *Corr. giur.*, 2002, p. 445 ss. e in *Resp. civ. previd.*, 2002, p. 54 ss.

CgUe, sentenza Šiba, 15 gennaio 2015, C 537/13

CgUe 19.11.2015, C 74/15, Tarcău, in G.U.U.E 2016, C 38/68.

CgUe, 14.09.2016, C 534/15, in [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/corte\\_di\\_giustizia\\_dellunione\\_europea\\_sez.\\_x\\_14\\_settembre\\_2016\\_c-534-15\\_0.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/corte_di_giustizia_dellunione_europea_sez._x_14_settembre_2016_c-534-15_0.pdf).

### **Giurisprudenza straniera**

OLG Dresden, 10.11.1910, in *SeuffA*, 67, n. 1.

BVerfG, 15.1.1958-1, in *NJW*, 1958, p. 257 ss.

OLG Dusseldorf, 3.11.1983, in *ZIP*, 1984, p. 166 ss.

LG Lübeck, 11.12.1986, in *WM*, 1987, p. 955 ss.

OLG Stuttgart, 3.04.1987, in *WM*, 1987, p. 1422 ss.

BGH 16.05.1991, in *ZIP*, 1991, p. 787 ss.

Bank of Cyprus Ltd v. Markou [1992] 2 All ER 707.

BVerfG, 19.10.1993, in *NJW*, 1994, p. 36 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss. e in *Rass. dir. civ.*, 1994, 594 ss.

Barclays Bank v O'Brien [1994] 1 AC 180 House of Lords

*BGH*, 5.10.1995, in *NJW*, 1995, p. 3311 ss.

*BGH*, 25.04.1996, in *ZIP*, 1996, p. 1126 ss.

*BGH*, 10.10.1996, in *ZWR*, 17, 1996, p. 1977 ss.

Royal Bank of Scotland v Etridge [1998] 4 All ER 705 House of Lords.

Bank of Scotland v Bennett [1999] 1 FCR, 641.

### **Giurisprudenza di merito**

App. Firenze, 13.02.1954, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 4.

App. Trieste, 6.12.1960, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, n. 2, p. 80 ss.

App. Trieste, 28.4.1962, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1962, p. 475 ss.

Trib. Venezia, 16.06.1962, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, n. 2, p. 11 ss.

Trib. Pistoia, 15.05.1968, in *Dir. fall.*, 1976, n. 2, p. 567 ss.

App. Firenze, 3.04.1970, in *Dir. fall.*, 1970, n. 2, p. 840 ss.

Trib. Milano, 6.09.1979, in *Dir. fallim.*, 1981, n. 2, p. 419 ss.

Trib. Roma, 30.07.1970, in *Dir. fallim.*, 1980, n. 2, p. 437 ss.

999Trib. Milano, 19.07.1982, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, n. 2, p. 219 ss.

Trib. Milano 14.01.1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, n. 2, p. 170 ss.

Trib. Napoli 23.04.1987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, n. 2, p. 148 ss.

Trib. Milano, 18.01.1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, n. 2, p. 455 ss.

G.d.P. L'Aquila, ord. 3.11.1997, in *Giust. civ.*, 1998, n. 1, p. 2341 ss.

Trib. Terni, 13.7.1999, in *Danno e resp.*, 2000, n. 8-9, p. 862 ss.

Trib. Bologna, 3.10.2000, in *Corr. giur.*, 2001, n. 4, p. 525 ss.

Trib. Firenze, 4.04.2001, segnalata in *Gius*, 2001, p. 2137.

G.d.P. Sanremo, ord. 5.07.2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 649 ss.

Trib. Napoli, ord. 22.7.2002, in *Foro it.*, 2003, n. 1, c. 336 ss.

Trib. Nocera Inferiore, 13.11.2003, in *Corti salernitane*, 2004, p. 355 ss.

Trib. Napoli, 02.03.1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, n. 2, p. 619 ss.

Trib. Milano, ord. G.i.p. 25.01.2005, in *Corr. merito*, 2005, n. 1, p. 433 ss.

Trib. Palermo, 13.12.2005, in *Corr. merito*, 2006, n. 3, p. 317 e ss.

Trib. Napoli, 17.11.2010, in *Fallim.*, 2011, p. 249 ss.



Trib. Padova, 9.01.2012, in *Riv. Notariato*, 2013, n. 3, p. 691 ss.

App. Bari, 6.10.2014, reperibile in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11539.pdf>

Trib. Bergamo, decreto 12.12.2014, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11822.pdf>.

Trib. Milano, ordinanza 16.5.2015, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13047.pdf>.

Trib. Milano, 4.04. 2016, reperibile in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14729.pdf>.

### **Ulteriori fonti**

Circolare A.B.I. - Serie Tecnica C, n. 24 dell'11.06.1964 e successiva Circolare A.B.I. - Serie Tecnica O, n. 5 del 24.01.1966.

Proposta di direttiva europea sul credito ai consumatori, COM/2002/443, in G.U.C.E. 2002, C 331 E/200.

Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione Europea, in G.U. L 124 del 20.05.2003.

Provvedimento Banca d'Italia, 2.05.2005, n. 55, in [http://www.bancaditalia.it/vigilanza/avvisi/tutela/provvedimenti/prov\\_55.pdf](http://www.bancaditalia.it/vigilanza/avvisi/tutela/provvedimenti/prov_55.pdf).

Collegio ABF di Roma, decisione n. 205 del 7.04.2010, in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

Collegio ABF Roma, n. 284, 23.04.2010, in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

Collegio di Roma, 10.11.2010, n. 1312, <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

Collegio ABF Roma, decisione del 2.02.2012, in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

Collegio ABF Roma, decisione n. 4109 del 26.07.2013, in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

*Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti: Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss., trad. it. in *Riv. crit. dir. priv.* 2005, p. 99 ss.

Raccomandazione CM/Rec(2007)8 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sul problema del debito, adottata in data 20.06.2007.

Regolamento n. 215 del 28.02.2007 della Commissione Europea.

Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema del credito 2008/C 44/19, in G.U.C.E. del 16.02.2008.

Disegno di legge delega recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28.01.2015, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 10.02.2016, consultabile all’indirizzo [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/schema\\_di\\_disegno\\_di\\_legge\\_delega\\_commissione\\_rordorf.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/schema_di_disegno_di_legge_delega_commissione_rordorf.pdf).

Relazione del Presidente Rordorf all’indirizzo [http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Relazione\\_RORDORF.pdf](http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Relazione_RORDORF.pdf).