

La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne

di Lavinia Vizzoni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Lo scenario di riferimento. - 2. La possibile configurazione di un fideiussore-consumatore fra decisioni della Cassazione e prospettive europee. - 3. La recente risposta positiva della Corte di giustizia dell'UE. - 4. *Segue:* il limite alla soluzione positiva: il collegamento funzionale con il debitore garantito. - 5. La pronuncia della Corte di giustizia dell'UE nell'ottica del principio di effettività. - 6. Da ultimo: una possibile svolta della Cassazione?

1. Introduzione. Lo scenario di riferimento.

La figura del fideiussore - con specifico riguardo alla posizione concretamente rivestita da tale contraente - incontra, nell'ordinamento italiano, un sostanziale disinteresse da parte del legislatore.

In effetti, la disciplina della garanzia personale per eccellenza, che può vantare origini antichissime¹, dopo essersi conformata nel diritto romano, è confluita nel cod. civ. del 1865 e poi in quello del 1942 senza subire modifiche di rilievo².

L'unica eccezione a tale immobilismo normativo è rappresentata dalle revisioni operate nel 1992³, quando - nel contesto di una complessiva riforma volta ad attuare il valore fondamentale della trasparenza banca-

ria - si è inciso in funzione limitativa sugli aspetti dubbi della fideiussione *omnibus*⁴, ossia sull'ampiezza eccessiva del suo oggetto, con conseguente violazione del requisito di determinatezza, o almeno determinabilità, dell'oggetto del contratto, e, più in generale, sull'abusività delle condotte spesso poste in essere dalla banche nell'esercizio dell'attività di concessione del credito, contro le quali si è da più parti invocato il principio di salvaguardia della buona fede⁵.

Ora, se è vero che grazie alla riforma del 1992, per quanto essa sia relativa alla sola fideiussione *omnibus*, taluni dei più rilevanti rischi di abusi a danno del fideiussore sono stati contenuti, è altrettanto vero che la figura del garante non appare sufficientemente considerata, quanto meno a livello normativo, soprat-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

¹ Come segnalato a titolo di curiosità da MACARIO, in SACCO-DE NOVA, *Garanzie personali*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, II, 4, Utet, 2009, 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.

² Cfr. l'analisi storica di CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, *passim*, e TALAMANCA, voce «Fideiussione (storia)», in *Enc. del dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, 326 ss.

Sull'evoluzione della fideiussione dal diritto romano ad oggi, con particolare riguardo al profilo dell'accessorietà della garanzia, v. anche MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 907 ss.

³ Per una disamina approfondita delle relative vicende, cfr. DI BIASSE, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei "limiti" all'impegno del garante*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, I, 169 ss., sopr. 182 ss., in cui l'a. fa un bilancio complessivo della riforma del 1992.

⁴ Sugli aspetti dubbi della garanzia *omnibus*, v. già RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, II, 27 ss.

⁵ Sull'operatività del limite della buona fede in tema di fideiussione v. fra gli altri, SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 134 ss.; MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Giuffrè, 1992, che ripercorre gli orientamenti al

riguardo a pochi mesi dalla modifica legislativa.

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, I, 2750 ss., con osservazioni di PARDOLESI e note di 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., 2751. La portata rivoluzionaria delle pronunce è stata evidenziata anche da BUSSOLETTI, *La Cassazione e le fideiussioni bancarie*, in *Banche e banchieri*, 1990, 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 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 suo comportamento 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. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Giappichelli, 2002, 324 ss. e BELFIORE, *La presupposizione*, nel *Trattato Bessone*, Giappichelli, 2003, XIII, 4, sopr. 30.

tutto laddove si tratti di un soggetto per così dire “privato”, che agisce cioè in veste non professionale.

In effetti, non si può che constatare come la normativa codicistica in materia di fideiussione non contenga alcuna considerazione di quel garante che - stante una sua peculiare qualifica soggettiva - si trovi ad agire, nella complessa operazione economica realizzata, in condizioni particolari, connotate soprattutto da debolezza contrattuale.

Così, nell’impianto del codice, il fideiussore viene in rilievo solo laddove l’art. 1936 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 fideiussione, senza operare alcuna differenziazione della disciplina applicabile in considerazione del “tipo” di garante.

Solo qualche accenno compare nella legislazione speciale, per la quale si ricorda l’inapplicabilità al fideiussore “privato” della disciplina in materia di commercio elettronico⁶. Il quadro normativo risulta dunque caratterizzato, in tal senso, da una certa staticità.

Eppure, non mancano interrogativi che, in senso contrario, pongono in luce la necessità di operare differenziazioni fra le varie connotazioni che il garante può assumere.

Già nei primi anni del ‘900, 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 distinzione della disciplina applicabile⁷.

Sulla stessa linea, suonano nette le parole di quella dottrina⁸ che, in epoca successiva, evidenziava, non senza qualche estremizzazione, come il rilascio di fi-

deiusione determinasse, non di rado, a carico di un soggetto chiamato “privato”, una vera e propria “sovrapposizione”⁹ a suo danno.

In tal senso, veniva già opportunamente evidenziata 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 professionale¹⁰: nel primo caso, un soggetto esercente un’attività economica organizzata è certamente in grado di ridurre l’entità del rischio assunto con l’assunzione della garanzia tramite l’adozione di appositi accorgimenti tecnico-aziendali; nel secondo caso, può invece accadere che il garante risulti “impreparato” di fronte all’operazione economica in cui si trova coinvolto¹¹.

Così ragionando, l’angolatura di osservazione del fenomeno si sposta dalla fideiussione al fideiussore, dal versante oggettivo a quello soggettivo della garanzia, e la relativa prospettiva di indagine si appunta sulla possibile applicazione al fideiussore di specifiche normative, aventi prevalente funzione di tutela, ma forse capaci al contempo di realizzare una maggiore coerenza sul piano dell’analisi economica del diritto.

2. La possibile configurazione di un fideiussore-consumatore fra decisioni della Cassazione e prospettive europee.

Fra le qualifiche soggettive che il garante può rivestire un ruolo di primo piano spetta sicuramente alla categoria che negli ultimi decenni ha rivoluzionato l’intero diritto privato, imponendo il ripensamento di taluni importanti dogmi, ossia quella di consumatore¹².

Da un punto di vista oggettivo, bisogna premettere che la fideiussione rientra senz’altro nell’ambito di applicazione dell’art. 1469-bis cod. civ., poi confluito nel

⁶ L’art. 11 d. legis. 9.4.2003, n. 70 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 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. legis. 20.6.2005, n. 122.

⁷ Cfr. CAMPOGRANDE, *op. cit.*, 82 ss., che ripercorre il dibattito in questione.

⁸ Si fa riferimento all’approfondita analisi critica di SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Cedam, 1985. L’autore, significativamente, accostava già - in un periodo in cui la disciplina italiana a tutela del consumatore doveva ancora vedere la luce - la materia della fideiussione al settore delle clausole vessatorie, rivendicando una funzione più incisiva 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*.

⁹ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 4.

¹⁰ Sul punto, ancora *Id.*, *op. cit.*, 24 ss.

¹¹ Per utilizzare le parole dal forte impatto utilizzate dall’autore, il fideiussore privato si trova “preso alla sprovvista e intrappolato”: *Id.*, *op. cit.*, 26.

¹² Nella quasi sconfinata bibliografia sul consumatore cfr., fra gli altri, DE STROBEL, *La sovranità del consumatore*, Cedam, 1970; AA.VV., *Il consumatore e l’Europa: recenti sviluppi*, Jovene, 1994, e, negli anni più recenti, MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 872 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 536 ss.; GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 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, 59 ss.

Con specifico riguardo all’applicazione delle tutele consumeristiche al garante, v. la riflessione critica di MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 527 ss. Sul tema, sia inoltre consentito rinviare a VIZZONI, *Verso una tutela “consumeristica” del fideiussore: spunti di riflessione*, in *Contratti*, 2015, 195 ss.

Più in generale, v. la ricognizione delle differenti categorie soggettive che il garante può assumere operata da MACARIO, *Garanzie personali*, *cit.*, 104 ss.

codice del consumo; è infatti ormai definitivamente superata la relativa diatriba sullo specifico profilo grazie all'intervento della l. 21.12.1999, n. 526, la quale ha espunto il problematico riferimento ai soli contratti che abbiano "per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi"¹³.

A questo punto, la domanda che ci si pone è, in sintesi: può un fideiussore che rivesta i connotati di un consumatore, e cioè sia persona fisica che agisce al di fuori dello svolgimento di una qualsiasi attività professionale, essere considerato giuridicamente tale e dunque essere destinatario delle relative discipline?

La risposta sinora fornita dalla nostra giurisprudenza di legittimità è stata negativa: com'è noto, la Suprema Corte si mantiene fedele all'impostazione per cui - stante il legame di accessorietà intercorrente tra contratto di fideiussione e rapporto principale - la qualifica di consumatore non deve essere autonomamente ricercata nel garante, in riferimento alla vicenda fideiussoria stessa, bensì tale qualifica viene derivata, "di riflesso", da quella del debitore garantito.

La forza dell'accessorietà è dunque ritenuta 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, seppur indirettamente, anche il fideiussore, nonostante si tratti di un soggetto "privato", che non agisce in veste professionale¹⁴.

Almeno in una occasione, la questione si è direttamente incentrata proprio sull'applicabilità, al fideiussore che opera al di fuori dell'esercizio di attività professionale, di ciò che rappresenta il vero e proprio "cuore" della disciplina consumeristica, ossia la normativa in materia di clausole abusive: così, la Cassazio-

ne¹⁵ 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 accessorietà.

In via dissonante rispetto a tale orientamento unanime della Cassazione, si pongono, oltre ad un'isolata pronuncia di merito¹⁶, talune recenti decisioni¹⁷ di un soggetto - l'Arbitro Bancario Finanziario - che, sebbene non giurisdizionale, è deputato a risolvere conflitti riguardanti i soggetti che più di frequente sono coinvolti nel rilascio di fideiussioni, ossia gli istituti bancari e creditizi.

Tali decisioni, che hanno peraltro incontrato il favore di attenta dottrina¹⁸, rifiutano l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva propria del debitore principale, e ritengono di circoscrivere l'ambito di operatività del collegamento tra i due negozi al solo versante oggettivo, relegandolo comunque in secondo piano ed anzi vanificandolo sostanzialmente quando il profilo soggettivo evidenzia una specifica esigenza di tutela dei soggetti coinvolti.

A livello europeo, sul versante giurisprudenziale viene in gioco, in primo luogo, la sentenza *Berliner Kindl Brauerei*¹⁹, nella quale si discuteva circa la possibilità di applicare la dir. n. 102/87 CEE, in materia di credito al consumo, all'ipotesi di un garante che agisce al di fuori dello svolgimento di attività professionale.

In tale caso, la Corte ha optato per la soluzione negativa, in considerazione del dato letterale, nonché

¹³ Sulla questione cfr. STELLA, *Le garanzie del credito*, Giuffrè, 2010, 127 ss.

¹⁴ La tesi del professionista "di riflesso" è sostenuta, fra le altre, da CASS., 11.1.2001, n. 314, in *Corr. giur.*, 2001, 891 ss., con nota di CONTI, *La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie*; da CASS., 6.10.2005, n. 19484, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, 72 ss., con commento di LONGHINI, "Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela, e in *Contratti*, 2007, 225 ss., con nota di GUEBINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*; e più di recente, da CASS., 29.11.2011, n. 25212, in *Dir. e giust.*, 2011, 506 ss., con nota di BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*.

¹⁵ Si tratta di CASS., 11.1.2001, n. 314, cit. In proposito, cfr. STELLA, *Le garanzie personali del credito*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, a cura di ALPA, IUDICA, PERFETTI e ZATTI, Giuffrè, 2009, 281 ss., specie 290 ss.

¹⁶ Cfr. TRIB. PALERMO, 13.12.2005, in *Corr. merito*, 2006, 317 ss., con commento di CONTI, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*.

¹⁷ Cfr., fra le altre, A.B.F. ROMA, 26.7.2013, n. 4109, in www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Apertura%2520di%2520credito/Garanzie/Dec-201307264109.pdf.

¹⁸ Così RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2014, 201 ss., A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma*, n. 4109/2013, in www.diritobancario.it/spunti

dall-abffgaranzie, il quale afferma provocatoriamente, ma in maniera condivisibile, che "non è dato comprendere cosa c'entri la regola di accessorietà con la nozione di consumatore", ed aggiunge altresì 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)".

Già TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorietà della fideiussione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 136 ss., con specifico riguardo al caso *Dietzinger* (su cui v. *infra*), aveva prospettato la necessità di valutare in concreto le esigenze di tutela del contraente debole, richiamando le soluzioni applicate nell'ordinamento tedesco alle fideiussioni "rovinose" del coniuge/familiare.

¹⁹ Si tratta della sentenza della CORTE GIUST. UE, 23.3.2000, causa C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei c. Siepert*, in *Foro it.* 2000, IV, 201 ss., con nota di PALMIERI. Nella dottrina tedesca, cfr. l'ampia riflessione di SÖLTER, *Die Verbraucherbürgschaft Zur Anwendbarkeit des Verbraucherreditesetzes auf die Bürgschaft*, Berlin, 2001, che si interroga sull'applicabilità, in generale, della normativa consumeristica in favore del fideiussore che rilascia 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. EAD., *op. cit.*, 95 ss.

della *ratio* stessa della normativa europea, che deve intendersi come non estesa anche al contratto di fideiussione²⁰.

Un'altra pronuncia significativa è quella resa dalla Corte giust. UE sul caso *Dietzinger*²¹, che si è posta il problema dell'applicabilità della dir. n. 577/85 CEE, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ad un contratto a favore di terzi, e più precisamente ad un contratto di fideiussione concluso in seguito a una vendita a domicilio, con specifico riguardo alla possibilità di esercizio dello *ius poenitendi*.

Anche qui, la risposta fornita dalla Corte è stata negativa poiché il credito garantito dalla fideiussione era stato richiesto in correlazione all'esercizio di un'attività commerciale.

Come osservato²², in tale occasione la Corte ha attribuito un rilievo forse eccessivo allo scopo dell'operazione di garanzia - considerata in stretta correlazione rispetto al rapporto principale - e ha riservato invece un'attenzione soltanto marginale al profilo strettamente soggettivo rivestito dal fideiussore. Tuttavia, la Corte giust. UE non ha escluso a priori la possibilità che un fideiussore potesse beneficiare delle tutele previste dalla normativa in esame²³.

Per quanto attiene al versante della *soft law* europea, lo stesso *Draft Common Frame of Reference*, nel Capitolo 4 del Libro IV, Parte G (relativa alle *Personal Securities*), detta *Special rules for personal security of consumers*, precisa espressamente che le regole - delle quali è inoltre esclusa la derogabilità in senso sfavorevole al garante - ivi previste debbano trovare applicazione "*when a security is provided by a consumer*", così dimostrando, come osservato²⁴, che è la persona del

garante ad assumere un rilievo decisivo nella valutazione relativa alla sussistenza di un contraente che riveste la qualifica di consumatore²⁵.

3. La recente risposta positiva della Corte di giustizia dell'UE.

Dopo le due sentenze europee da ultimo indicate - le quali forniscono sì una risposta negativa ai relativi quesiti, ma facendo leva, più che sul principio di accessibilità della garanzia, ampiamente invocato invece dalla Cassazione italiana, su ragioni concrete riferite all'ambito di applicazione di normative settoriali - è giunta, di recente, una decisione della Corte di giustizia dell'Unione Europea che si segnala per un deciso cambiamento di rotta.

Si tratta più precisamente dell'ordinanza datata 19.11.2015, originata da un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte d'appello di Oradea (Romania)²⁶.

Il caso di specie ha 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 da un lato 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.

In seguito, i coniugi adirono il tribunale competente chiedendo l'annullamento dei due contratti di garanzia stipulati e, in via subordinata, delle clausole, ritenute abusive, in essi contenuti. Gli attori videro la loro

²⁰ V. MACARIO, *op. ult. cit.*, 107.

²¹ CORTE GIUST. UE, 17.3.1998, causa C-45/96, *Bayerische Hypotheken Wech Selbank AG c. Dietzinger*, in *Foro it.*, 1998, IV, 129 ss., con nota di PALMIERI, in *Danno e resp.*, 1998, 330 ss.; con nota di SESTA, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, 769 ss.; con nota di M. GRANIERO, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Guida al dir.*, 1998, 17, 74 ss.; con nota di 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»*; nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 129 ss., con nota di TUCCI, *cit.* In proposito v. anche LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, *Esi*, 2002, 45 ss.

Sulla pronuncia *Dietzinger*, nella dottrina tedesca, in senso adesivo, v. PFEIFER, *Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts*, in *ZIP*, 1998, 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, *Haustürwiderrufgesetz und Bürgschaft - Ein Beitrag zur causa "kausal" Sicherungsgeschäfte und zum europäischen Zivilrecht*, in *ZBB*, 1992, 1 ss.

²² Così ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, 205: "qui non si prende in considerazione lo status soggettivo del fideiussore - che la Corte ammette essere consumatore, cioè un soggetto che non aveva agito nell'ambito della sua attività professionale - ma si prende in considerazione lo scopo per cui aveva agito il debitore prin-

cipale, la controparte del professionista. E poiché il contratto principale era stato concluso dal debitore con intenti professionali, anche il contratto accessorio è considerato assoggettato alla disciplina di diritto comune, privando così il fideiussore della tutela accordata dal consumatore. Non è quindi la valutazione oggettiva che rileva - il contratto di fideiussione in sé - quanto lo scopo di quel contratto collegato con lo status del contraente del contratto principale".

Analogamente, nella dottrina tedesca, si dimostrano critici nei confronti della sentenza *Dietzinger*, in un'ottica tendenzialmente favorevole ad un'estensione applicativa, che consideri maggiormente il profilo soggettivo del garante REINICKE-TIEDTKE, *Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufgesetz*, in *ZIP*, 1998, 893 ss.

²³ Come puntualmente osservato da CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 870, la pronuncia della Corte di giustizia "propone un'applicazione estensiva della Direttiva, prospettando uno spiraglio di tutela che solo in fatto non viene accordata".

²⁴ Cfr. STELLA, *op. ult. cit.*, 289.

²⁵ ID., *ivi*, 302, ritiene che, in punto di qualifica soggettiva del consumatore, la soluzione adottata dal *Draft*, incentrata esclusivamente sulla figura del garante, sia preferibile a quella sostenuta dalla Cassazione italiana, che ricava la qualifica del fideiussore "di riflesso" da quella del debitore garantito.

²⁶ La pronuncia è pubblicata in lingua italiana in G.U.U.E. 2016, C 38/68.

domanda respinta in primo grado, in base all'art. 1, § 1, della legge rumena n. 193/2000²⁷, 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: 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.

Il tribunale individuò anche una seconda ragione per ritenere i due contratti di garanzia esclusi dall'ambito di applicazione della l. 22.6.2000, n. 193, corrispondente al loro carattere accessorio rispetto al contratto di credito, stipulato fra la banca e 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 Corte giust. UE - concernente l'interpretazione dell'art. 1, § 1, dir. n. 13/93 CEE.

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 dir. n. 13/93 CEE, appare del tutto analoga a quella italiana oggi contenuta nel codice del consumo²⁸.

La decisione della Corte giust. UE opera una 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.

La pronuncia pone poi in luce come, in base a giurisprudenza consolidata della Corte stessa²⁹, 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 Corte giust. UE 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 "irrelevante"³⁰ a tal fine), bensì alla qualità dei contraenti, valutando 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 contenuto³¹.

La Corte riferisce poi, più specificamente, l'individuato ambito di tutela ai contratti di fideiussione conclusi fra un istituto di credito e un consumatore: in questi casi l'esigenza di protezione si fa ancora più consistente, poiché 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, di "obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare".

²⁷ Di implementazione della dir. 13/93 CEE del Consiglio, 5.4.1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

²⁸ 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".

²⁹ V. la recente CORTE GIUST. UE, 15.1.2015, causa C-537/13, Šiba, richiamata dall'ordinanza nei *Considerando* nn. 20, 21, 23 e 24.

³⁰ Fatte salve le eccezioni indicate al decimo *Considerando* della dir. 13/93 CEE, 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).

³¹ *Considerando* n. 24. Si potrebbe osservare che la Corte giust. UE assume un'impostazione piuttosto semplicistica, nonché di stampo esclusivamente paternalistico. Soprattutto, un tale atteggiamento si

avverte laddove la Corte intende rafforzare ed espandere le tutele in favore di un soggetto ritenuto strutturalmente ed irrimediabilmente debole.

Come è noto, l'approccio paternalistico non è andato esente da critiche, ed è stato accusato di escludere in radice la capacità di autoregolamento del consumatore stesso. V. soprattutto SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, I, Utet, 3a ed., 2004, 488. Piuttosto, si è quindi suggerito di considerare l'obiettivo di rendere la condotta del consumatore virtuosa, come 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. In tale prospettiva, cfr. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 2013, 305 ss.

Riguardo al profilo dell'accessorietà, la Corte osserva, *in primis*, che il contratto di fideiussione presenta senz'altro, in riferimento al proprio oggetto, carattere "accessorio" rispetto al contratto principale; tuttavia, ancora una volta, la vicenda deve essere guardata dal punto di vista delle parti contraenti: allora, ben si osserva 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 garanzia³².

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; una 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, sarà 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 privata³³.

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 fideiussione³⁴ 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"³⁵.

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 chiaramente, 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, evidenzia la dipendenza funzionale della fideiussione rispetto al rapporto principale; il secondo, relativo invece al profilo soggettivo delle parti contraenti, mostra come il rapporto di garanzia, intercorrente fra fideiussore e creditore, sia 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.

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 stessa³⁶.

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, dall'ordinanza, forte della sua efficacia che va ben oltre il caso di specie³⁷, si trae 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 fideiussore può assumere all'interno della vicenda economica complessiva in cui si inserisce la prestazione della garanzia³⁸. 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, così aderendo a prospettazioni che, in verità, erano già state avanzate, senza che fossero però accolte dalla giurisprudenza di legittimità³⁹.

³² 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.

³³ "Quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale", *Considerando* n. 29.

³⁴ O anche di garanzia immobiliare: i due casi sono infatti trattati congiuntamente dall'ordinanza.

³⁵ *Considerando* n. 30.

³⁶ Si tratta dei già citati casi *Dietzinger e Berliner Kindl Brauerei*. Significativa, inoltre, in tale ottica, anche se rimasta lettera morta, la proposta di direttiva europea sul credito ai consumatori del 2002, COM/2002/443, in G.U.C.E. 2002, C 331 E/200, che provvedeva ad estendere espressamente il relativo ambito di applicazione anche al fideiussore. In proposito, sia consentito rinviare a VIZZONI, *op. cit.*, 200 ss.

³⁷ RIGUGLIO, voce «Pregiudiziale comunitaria», in *Enc. giur. Treccani*,

XXIII, Ed. Enc. it., 1997, 1 ss. Non manca neppure chi ipotizza una vera e propria efficacia "normativa" delle pronunce pregiudiziali: in questi termini cfr. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.

³⁸ Peralto, l'orientamento espresso dalla Corte giust. UE sembra essere stato già recepito da TRIB. MILANO, 4.4.2016, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14729.pdf: nel caso di specie, relativo ad una fattispecie di anatocismo bancario, in cui peraltro era dubbia la stessa natura - autonoma o fideiussoria - della garanzia prestata, 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 Corte giust. UE del novembre 2015.

³⁹ Circa il contrasto di posizioni fra Cassazione e ABF, cfr. in parti-

4. Segue: il limite alla soluzione positiva: il collegamento funzionale con il debitore garantito.

Secondo la soluzione adottata da ultimo dalla Corte giust. UE, 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.

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 gravose⁴⁰.

Così, già nella sentenza del *Bundesverfassungsgericht*⁴¹ più nota al riguardo, la quale - constatata, a carico del contraente-garante, una situazione di “*squilibrium sociale ed economico*” (“*soziales und wirtschaftliches Ungleichgewicht*”)⁴², e facendo diretta applicazione dei principi costituzionali (c.d. *Drittwirkung*) per il tramite delle clausole generali - ebbe l’esito “clamoroso” di sancire la nullità della fideiussione prestata dalla figlia ventunenne e nullatenente del debitore garantito: con

ciò, l’elemento della (in)sussistenza di un interesse del garante stesso venne ritenuto determinante⁴³.

Peraltro, vale la pena osservare come tale pronuncia abbia goduto di un’estesa considerazione nell’ordinamento tedesco⁴⁴, dove ha dato adito ad un dibattito di più ampio respiro soprattutto per quanto attiene ai profili di compressione dell’autonomia privata insiti nell’estensione del sindacato sul contenuto contrattuale, il c.d. *Inhaltskontrolle*⁴⁵. Da parte di alcuni⁴⁶, si è addirittura 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 mancati rilievi di paternalismo, rivolti alla sentenza, laddove la stessa attribuisce un significato determinante - nella direzione della compressione della libertà di scelta del contraente-garante - a profili quali la giovane età e l’impreparazione del fideiussore stesso, nonché il legame di parentela con il debitore principale⁴⁷.

Ancora con riguardo al profilo dell’interesse del fideiussore al rilascio della garanzia, nelle sentenze successive, il *Bundesgerichtshof* ha individuato, nel novero delle circostanze che escludono la contrarietà al buon costume della fideiussione rilasciata - nonostante la presenza della suddetta sproporzione, ed in cui quindi non si giustifica il ricorso alla sanzione della nullità - proprio la sussistenza di un giustificato interesse del creditore alla corresponsabilità familiare⁴⁸.

D’altronde, le stesse pronunce tedesche in materia, pur non giungendo alla stessa soluzione fatta propria dalla Corte giust. UE nel caso di specie, perché tendenzialmente incentrate su aspetti diversi, manifestano un grande rilievo alla luce della decisione in esame, nel punto in cui focalizzano l’attenzione su un elemento

colare RABITTI, *op. cit.*, 217 ss., che rigetta una visione antagonista del rapporto fra giurisprudenza della Corte di legittimità e decisioni dell’Arbitro, proponendo fra i due poli un’interazione costruttiva.

⁴⁰ Con particolare riguardo all’ordinamento tedesco, v. l’analisi di NAPPI, *Prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante: gli interventi del Bundesverfassungsgericht ed un “distinguo” del Bundesgerichtshof*, in ID., *Studi sulle garanzie personali*, Giappichelli, 1997, 115 ss.

⁴¹ Si tratta di BVERFG, 19.10.1993, in NJW, 1994, 36 ss., la cui traduzione italiana è pubblicata in questa *Rivista*, 1995, I, 197 ss., con nota di BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell’autonomia privata in diritto tedesco*. Una traduzione italiana della pronuncia, a cura di DI NELLA e FAVALE è pubblicata anche in *Rass. dir. civ.*, 1994, 594 ss., con il commento, di particolare interesse, di HONSELL, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*. Sulla sentenza cfr. anche MACARIO, *op. ult. cit.*, 119 ss.; CALDERALE, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Cacucci, 1999, 110 ss. e, con specifico riguardo ai profili “familiari” della garanzia rovinosa, CATANOSSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Iseg, 2007, 17 ss., COLOMBI CIACCHI, *Le fideiussioni rovinose: un nuovo campo di applicazione delle clausole generali del BGB a tutela della parte debole*, in *Annuario di Diritto Tedesco* 1999, a cura di PATTI, Giuffrè, 2000, 161 ss., 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 Mo-

lise, ESI, 2002, 207 ss.

⁴² 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. HONSELL, *op. cit.*, 611.

⁴³ Cfr. CATANOSSI, *op. cit.*, 20-21 ss.

⁴⁴ V. il commento di WIEDEMANN, *Anmerkung zu BVerfG JZ 1994*, 408, in *JZ* 1994, 411 ss.

⁴⁵ ISENSEE, *Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte - Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung*, in *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, 485 ss.

⁴⁶ Così ADOMEIT, *Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild*, in NJW, 1994, 2467 ss. In senso contrario, RITTNER, *Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht*, in NJW, 1994, 3330 ss., il quale nega che la Corte costituzionale abbia enunciato una siffatta clausola generale. Tuttavia lo stesso a. 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 GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995, 10.

⁴⁷ Cfr., sul punto, ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, Sondereinband, 1996, 54 ss. e 141 ss.

⁴⁸ V. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*, 174 ss.

meritevole di particolare interesse, ma ancora scarsamente considerato dalla nostra Cassazione, ossia la situazione “personale” del garante: esse, dunque, valorizzano il profilo soggettivo di questi, all’interno della vicenda economica di riferimento, tratteggiando uno specifico “statuto fideiussorio”.

In particolare, nelle pronunce straniere viene attribuita rilevanza al legame di parentela sussistente fra fideiussore e debitore garantito, presente anche nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, in cui, in effetti, i garanti erano genitori del debitore garantito esercente l’attività imprenditoriale: si tratta di situazioni che, nell’ordinamento tedesco, sono state oggetto di decisione e di discussione con riguardo al profilo della “rovinosità” della garanzia⁴⁹; con tale espressione facendo espressivamente riferimento alle fattispecie in cui l’assunzione di una fideiussione particolarmente gravosa è riconducibile essenzialmente al vincolo di coniugio o di parentela esistente fra debitore e garante.

Al contrario, la giurisprudenza italiana si è occupata di tale aspetto solo con riguardo ad un profilo molto specifico, facendo derivare dal rapporto di coniugio/parentela che lega garante e garantito proprio l’elemento determinante ai fini dell’esclusione dall’ambito di applicazione delle relative tutele, ossia il collegamento funzionale fra garanzia prestata e professionista garantito, con conseguente emersione di un interesse del fideiussore stesso nella vicenda considerata⁵⁰.

In tal senso, si è sostenuto che - in presenza di de-

terminati indici, laddove un coniuge/familiare presti fideiussioni in maniera sistematica in favore dell’altro coniuge/familiare, che eserciti un’attività commerciale - è possibile individuare una società occulta che coinvolge garante e garantito, tale che può esserne dichiarato il fallimento, con conseguente coinvolgimento anche del fideiussore nella relativa procedura⁵¹.

È evidente che ci si trova dinanzi a situazioni ben diverse da quelle sinora considerate, in cui l’esigenza primaria non è più quella di tutelare il fideiussore, bensì piuttosto quella di garantire la soddisfazione dei creditori.

5. La pronuncia della Corte di giustizia dell’UE nell’ottica del principio di effettività.

Tornando a considerare l’ordinanza del 19.11.2015 della Corte giust. UE e spostando la riflessione sul piano argomentativo, non si può non osservare come la stessa concretizzi una plastica espressione del tanto discusso ed anche osteggiato principio di effettività, caratteristico delle pronunce della Corte di giustizia⁵².

In primo luogo, appare significativo lo stesso utilizzo della forma dell’ordinanza, in aderenza all’art. 99 del regolamento di procedura della Corte giust. UE, 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 motivata⁵³.

⁴⁹ In generale, sul contratto di fideiussione nel diritto tedesco cfr. BARILLÀ, *Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del Tribunale federale tedesco*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 337 ss., e SANGIOVANNI, *La fideiussione nel diritto tedesco*, in *Contratti*, 2009, 190 ss.

Per un’analisi comparata delle garanzie personali riferita agli ordinamenti tedesco e italiano, v. DEMURO, *Die persönlichen Kreditsicherheiten im italienischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Konstanz, 2008.

Sul tema specifico delle fideiussioni rovinose nel contesto familiare v. GERHÜBNER, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, in *JZ*, 1995, 1086 ss. L’a. si interroga sulla stessa opportunità di consentire le fideiussioni familiari, in considerazione delle pressioni psicologiche che in ambito familiare risultano particolarmente avvertite. All’a. si deve, peraltro, la stessa definizione di “fideiussioni rovinose”.

Sulla stessa linea, v. anche TEUBNER, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungsmotiven*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2000, 83 ss., che considera le “garanzie familiari” come il punto di emersione di un vero e proprio conflitto istituzionale fra la famiglia, contesto animato da spinte solidaristiche, e il mercato, mosso invece da logiche strettamente utilitaristiche.

⁵⁰ Tale elemento è stato inoltre oggetto di attenta considerazione anche da una parte della dottrina italiana. Secondo LOBUONO, *op. cit.*, 100 ss., sopr. 105, il vero elemento determinante nella valutazione circa l’attribuzione al fideiussore della qualifica di consumatore deve essere la sussistenza di un interesse proprio del garante al rilascio della garanzia. Qualora questo sussista, alla causa di garanzia vera e propria si affianca la causa di finanziamento, il che porterebbe, secondo l’autore, ad escludere che il garante possa classificarsi come consumatore. A tale tesi potrebbe però obiettarsi che la causa di finanziamento ben può affian-

carsi, tanto più nella complessità dei traffici giuridico-economici contemporanei, alla causa di garanzia, senza che, per ciò solo, si possa individuare un interesse del fideiussore alla prestazione della garanzia stessa. Ciò avviene, emblematicamente, proprio in quelle situazioni in cui è un familiare del debitore principale a garantire quest’ultimo, al fine di fargli ottenere credito, senza però che si evidenzino alcun collegamento del garante con l’attività imprenditoriale del garantito.

Sull’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, v. MACARIO, *op. ult. cit.*, 150.

⁵¹ 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. BISCOTTINI, in VALENTINO, *Dei Singoli Contratti*, nel *Commentario Gabrielli*, IV, Giuffrè, 2011, sub art. 1936, 409 ss., e sopr. 421 ss.; e MACARIO, *op. ult. cit.*, 121 ss.; PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Cedam, 2006, 274 ss.

In giurisprudenza cfr., fra le altre, già CASS., 22.2.1957, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, 341 ss., con nota di SIMONETTO, e, più di recente, CASS. 14.2.2001, n. 2095, in *Fallimento*, 2001, 1230 ss., con nota di PATINI, e CASS., 22.2.2008, n. 4529, in *Fallimento*, 2008, 911 ss., con nota di BARBIERI, *L’estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*.

⁵² Su cui v. le riflessioni di LIPARI, *Il problema dell’effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 887 ss., che definisce, in via generale e preliminare, l’effettività come “una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati”.

⁵³ In generale, sulla rilevanza della soluzione delle questioni pregiudiziali da parte della Corte giust. UE, v. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato*

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 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 dogmatico⁵⁴, 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"⁵⁵.

Ma anche le Corti nazionali stanno effettuando un'applicazione diretta e quanto mai "disinvolta" dei principi⁵⁶. 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 am-

montare 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 cod. civ., 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.⁵⁷.

Il parametro costituzionale fa in tal modo diretto ingresso 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 legge⁵⁸.

Come osservato, anche criticamente, da una simile impostazione il sistema delle fonti esce disgregato, in nome del conseguimento di una giustizia contrattuale intrinseca⁵⁹ 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 diversi⁶⁰.

Ci troviamo innegabilmente di fronte ad un incisivo mutamento della "giuridicità" e dello stesso sistema delle fonti⁶¹; 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 Corte giust. UE - 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"⁶².

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 neces-

europeo. *Giornate di studio per Umberto Breccia*, a cura di NAVARRETTA, Giappichelli, 2015, 8.

⁵⁴ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 3.

⁵⁵ *Id.*, *op. cit.*, 4.

⁵⁶ Principi, i quali perdono senz'altro il loro limitato significato primigenio, 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 consentono 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 originariamente 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 LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 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.

⁵⁷ Si tratta di CORTE COST., ord. 13.10.13, n. 248 e ord. 26.3.2014, n. 77, su cui v. le note di 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, 3770 ss.; D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 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, 685 ss. (ma v. anche, dell'a., più ampiamente, *La determinazione convenzionale del danno*, *Jovene*, 2015, 400 ss.).

⁵⁸ Cfr. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Pers. e merc.*, 2014, 102.

⁵⁹ Cfr. D'AMICO, *op. cit.*, 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".

⁶⁰ Così, ma in chiave non critica, VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. e merc.*, 2015, 5 ss., specie 11, dove l'a. sostiene che "L'asse della giuridicità si sposta dall'assolutismo della legge alla centralità dell'interprete".

⁶¹ Rileva che la fonte perde veste formale, per "segnare il predominio della sostanza sulla forma", DI MAJO, *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, cit., 123.

⁶² CASTRONOVO, *op. cit.*, 5.

sariamente l'erosione del predominio legislativo statale, e la differenziazione delle fonti del diritto⁶³, 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 positivismo⁶⁴.

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 presente⁶⁵.

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 a partire dal dialogo fra norma e giudici⁶⁶. Ne risulta eroso il valore della certezza del diritto⁶⁷, 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"⁶⁸. Tale riflessione dovrà avvenire grazie ad una tecnica argomentativa nuova, ma rigorosa al pari della dogmatica tradizionale⁶⁹.

Per tornare all'ordinanza in esame, si può affermare che un esame più approfondito 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 giuridica⁷⁰.

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.

Eppure, proprio tale aspetto rappresenta il fulcro argomentativo delle decisioni che la Cassazione ha finora fornito sul punto, sebbene 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 tratta⁷¹.

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.

6. Da ultimo: una possibile svolta della Cassazione?

Una recentissima sentenza dei giudici di legittimità sembra muoversi in direzione opposta rispetto alla salda adesione all'assorbente principio di accessorietà della garanzia, manifestando un'apertura decisamente maggiore in proposito, che forse segna una vera e propria svolta giurisprudenziale⁷².

⁶³ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. e merc.*, 2015, 51 ss.

⁶⁴ ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., 15.

⁶⁵ V. ancora ID., *op. ult. cit.*, 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".

⁶⁶ 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., 163 (anche in *Foro it.*, 2014, IV, 114 ss.).

⁶⁷ Sul cui valore e i relativi punti di "rottura", fra cui, in *primis*, il diritto dell'UE, v. l'accurata analisi di LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1115 ss.

⁶⁸ Così ancora VETTORI, *op. ult. cit.*, 11.

⁶⁹ Lo stesso a., in più di uno scritto (cfr. *sopr. Regole e principi. Un decalogo*, cit., 56, ma anche *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., 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.

⁷⁰ Nella decisione sembra cioè emergere con evidenza quella confusione e sovrapposizione fra diritti fondamentali e principi generali, denunciata da ALPA, I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, in *Contr. e impr.*, 2013, 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.* 834 ss.

⁷¹ Così, di recente, CASS., sez. un., 5.12.2011, n. 25934, il cui testo è reperibile all'indirizzo 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., sez. un., 5.2.2008, n. 2655. Per un'analisi dei contenuti della pronuncia cfr. GIANNITI-BONAMASSA-GRANDE (a cura di), *Sentenze scelte in materia civile e penale. Aggiornamento 2008*, Utet, 2008, 77 ss.

⁷² Si tratta di CASS., 1^o.2.2016, n. 1869, in *Giur. it.*, 2016, 817 ss., con nota di CAPOCETTI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina*

In tale occasione, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sui requisiti necessari ai fini dell'accesso alla procedura in favore del "debitore civile" sovraindebitato, introdotta dalla l. 27.1.2012, n. 3⁷³.

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, comma 3^o, cod. proc. civ. 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.

Nonostante il 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, al fine 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 Corte giust. UE esaminata.

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 ter-

zi", purché "senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria".

Con tale significativo inciso, la Suprema Corte 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, che aveva finora fermamente negato tale possibilità⁷⁴.

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 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.

della crisi da sovraindebitamento; e in *Fallimento*, 2016, 405 ss., con commento di FERRO, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore*.

⁷³ In proposito, v. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento: interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, 2012; DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento: in vigore dal 29 febbraio 2012*, Hoepli, 2012; CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, 2012.

⁷⁴ Cfr. TRIB. BERGAMO, decr. 12.12.2014, in 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 dalle garanzie personali prestate nell'interesse di

una società esercente attività di impresa.

Sulla stessa linea, TRIB. MILANO, ord. 16.5.2015, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13047.pdf, secondo cui la verifica circa la sussistenza del requisito di cui all'art. 6 l. n. 3/2012 - 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.