

Contratti del consumatore

Verso una tutela “consumeristica” del fideiussore: spunti di riflessione

di Lavinia Vizzoni (*)

Sebbene fideiussore e consumatore possano apparire, ad un primo sguardo, come due poli distanti, non pare azzardato proporre un'analisi che, considerando attentamente la situazione del fideiussore, ed in particolare del garante che agisca al di fuori di qualsiasi attività professionale, verifichi le possibilità di applicazione a questi di normative di protezione. In effetti, nonostante la rigida posizione della Cassazione in tema di riconoscimento dello *status* di consumatore in capo al fideiussore, non mancano rilevanti spunti in senso contrario, provenienti dalla giurisprudenza di merito, dall'ABF, nonché dal versante europeo.

Fideiussione e applicazione di tutele soggettive: considerazioni generali

Nell'economia di mercato del terzo millennio, notevole è il fermento che investe il mondo delle garanzie del credito. Addirittura, le istanze di flessibilità sono giunte a lambire le garanzie reali, che - tradizionalmente connotate dalla più rigida inerenza con il bene - stanno radicalmente mutando nella direzione di un sempre maggiore allentamento del vincolo con il bene stesso (1).

Può essere dunque interessante osservare il fenomeno sul versante della fideiussione (2), genesi di un complesso fenomeno dalla “doppia anima”: garanzia del credito da un lato - ma la cui causa si colloca a metà fra la garanzia e il finanziamento (3) - e contratto bilaterale che in realtà cela una vicenda trilaterale, dall'altro lato.

Nel corso degli anni, la disciplina codicistica relativa alla fideiussione ha subito un'incisiva modifica per effetto delle travagliate vicende che hanno inerito la fideiussione c.d. *omnibus* (4); tuttavia, la

(*) N.d.R.: il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) Emblematico, in tal senso, l'istituto della c.d. ipoteca ricaricabile, previsto nell'ordinamento francese dalla riforma delle garanzie reali operata dal 2006, su cui v. F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, 493 ss., e A. Chianale, *I diritti reali - l'ipoteca*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009, 95 ss. 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.

(2) Sulla fideiussione, cfr. A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, in Cicu-Messineo-Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1998; e, più di recente, F. Macario, *Garanzie personali*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009; G. Stella, *Le garanzie del credito*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010; G. Bozzi, *La fideiussione*, Torino, 2013.

(3) Sulla causa della fideiussione v. l'analisi di F. Macario, *op. cit.*, 144 ss., che osserva come essa consista propriamente

in una causa di garanzia - intesa come rafforzamento della tutela del credito - a cui si affianca uno scopo ulteriore, evidente soprattutto nella fideiussioni bancarie, ed in particolare *omnibus*, che si può definire di finanziamento.

(4) Sul punto v. P. Rescigno, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, 720 ss.; A. Munari (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992.

Le origini della fideiussione *omnibus* - cioè destinata a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni presenti e future che il debitore principale avesse ad assumere nei confronti del creditore (prevalentemente un istituto di credito) - risalgono alla predisposizione da parte dell'Associazione Bancaria Italiana, dalla metà degli anni Sessanta, di una serie di schemi contrattuali tipo, destinati a regolare in maniera uniforme le fideiussioni prestate in favore di banche a fronte di operazioni di finanziamento. L'acceso dibattito che ha affiancato la sempre maggiore diffusione della garanzia *omnibus* ha trovato soluzione grazie alla L. n. 154 del 1992, che, modificando il testo degli artt. 1938 e 1956 c.c., ha imposto, per le fideiussioni prestate a garanzia di obbligazioni future, la fissazione di un importo massimo garantito, volto a delimitare quantitativamente l'impegno assunto dal fideiussore.

normativa dettata dal codice civile in materia delinea un quadro assai statico, rimasto sostanzialmente immune alle modifiche sopravvenute nel diritto dei contratti, che mal si concilia con il variegato panorama degli odierni rapporti economici.

Non a caso, l'esperienza dimostra significativamente che proprio la volontà dei privati di superare la rigidità della disciplina fideiussoria ha costituito il presupposto per la diffusione di nuove garanzie personali atipiche, quali, *in primis*, il contratto autonomo di garanzia, non gravate dagli stessi vincoli caratterizzanti la fideiussione. Soprattutto il principio di accessorietà (5) della garanzia - il quale fa sì che le vicende del debito principale si ripercuotano sull'obbligazione fideiussoria - rappresenta un "ostacolo" di non poco conto per i privati che manifestino esigenze di particolare flessibilità rispetto alle garanzie del credito.

D'altronde, sulla stessa linea si collocano i contratti a scopo di garanzia (6): contratti con causa neutra - quali alienazione, deposito o riporto - "piegati" dall'autonomia privata in funzione di garanzia, in applicazione della categoria del contratto indiretto.

Si può pertanto ipotizzare una riconsiderazione del fenomeno fideiussorio nell'ottica di una maggiore flessibilizzazione. Tale flessibilizzazione, o meglio "ricontestualizzazione" della fideiussione nel mutato ambito sociale ed economico non può prescindere da una considerazione delle diverse qualifiche soggettive che il fideiussore venga a rivestire nell'operazione economica realizzata; qualifiche idonee a fungere da presupposto per l'applicazione di tutele o, comunque, di peculiari trattamenti normativi, in favore dei garanti che operino in un contesto connotato da libertà contrattuale ridotta

e/o da assunzione di un rischio economico sproporzionato.

Fideiussore e disciplina "consumeristica" nella giurisprudenza di legittimità: la soluzione negativa

In tale direzione, l'attenzione si focalizzerà sui rapporti fra il fideiussore e la categoria soggettiva che ha goduto di maggiore considerazione negli ultimi decenni, ossia il consumatore - concetto, questo, di origine sociologica, prima che giuridica, che si è radicalmente imposto come momento fondativo di un intero settore del diritto privato, prescrivendo il ripensamento dei relativi dogmi tradizionali e l'adozione di un nuovo modo di valutare i rapporti di mercato (7).

Al riguardo, si è assistito ad una profonda tendenza espansiva (8) - da alcuni reputata talvolta eccessiva perché di stampo prettamente paternalistico (9) - nel segno di un costante rafforzamento della tutela prevista in favore del consumatore.

Nondimeno, alla categoria originaria del consumatore si sono poi ulteriormente affiancate, e talvolta sovrapposte, altre nozioni, individuanti autonome categorie soggettive, a loro volta destinatarie di normative protezionistiche (10).

È così accaduto che la giurisprudenza di legittimità sia stata chiamata a confrontarsi con la possibilità di applicazione della disciplina consumeristica al fideiussore.

Bisogna premettere che in ordine all'applicabilità alla fideiussione della disciplina dettata a tutela del consumatore, è ormai venuto meno l'ostacolo in passato rappresentato dall'elencazione dei contratti di cui all'originario art. 1469-bis c.c., il quale faceva riferimento al solo contratto "che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi" -

(5) Su cui cfr. V. Mannino, *Fideiussione e accessorietà*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 907 ss.

(6) 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.

(7) 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; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999; 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.*, 2006, 872 ss.; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 536 ss.; C. Granelli, *Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 731 ss.

(8) Su cui cfr. V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

(9) 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, 2013, 305 ss.

(10) A registrare, anche in chiave critica, la moltiplicazione delle categorie soggettive e di correlativi ordinamenti settoriali è M. Rabitti, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e Impresa*, 2014, 201 ss. Fra le categorie soggettive che hanno di recente affiancato il consumatore, attingendo così dalla relativa tutela, non si possono non citare le c.d. "microimprese", divenute destinatarie della disciplina in materia di pubblicità ingannevole o comparativa e di pratiche commerciali scorrette grazie alla L. n. 27/2012. 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, 1157 ss.

formula, questa, potenzialmente in grado di escludere la fideiussione, quale contratto di garanzia (11).

È dunque ormai definitivamente appurato che gli artt. 33 e ss. cod. cons. ricomprendono qualsiasi accordo che contenga clausole volte a determinare un significativo squilibrio del rapporto tra consumatore e professionista: niente esclude, pertanto, che vi possa rientrare anche il contratto di fideiussione.

Si tratta a questo punto di compiere un ulteriore passo avanti nella verifica dell'applicabilità della tutela consumeristica al fideiussore, ossia di stabilire se sussista l'ulteriore necessario requisito di carattere soggettivo: la presenza di un consumatore, quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Se nessun problema solleva il caso in cui il fideiussore presti garanzia in favore di un debitore che riveste il ruolo di consumatore, ben diversa è la posizione del fideiussore, che, agendo per scopi estranei all'attività imprenditoriale, si renda garante di un'obbligazione assunta da un debitore, il quale, invece, agisce in qualità di professionista. In proposito, la Corte di cassazione ha mantenuto costantemente un atteggiamento piuttosto rigido, sancendo che a tale garante non è applicabile la disciplina del codice del consumo.

L'argomento a sostegno di questa soluzione si sostanzia nel principio di accessorietà del contratto di fideiussione; ed in effetti, la natura accessoria del vincolo fideiussorio rende la figura del garante particolarmente esposta a subire "di riflesso" i limiti che insistono sul rapporto fra debitore e creditore. Precisamente, la Cassazione sostiene 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, poiché la qualità del debitore principale attrae inevitabilmente quella del fideiussore anche ai fini

dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore (12). Affinché possa trovare applicazione la disciplina consumeristica, si ritiene quindi imprescindibile che entrambi i soggetti, fideiussore e debitore, assumano la qualità di consumatore.

Critiche alla soluzione accolta: necessità di considerazione della qualifica soggettiva del contraente-garante

Questa, appena esposta, è la soluzione condivisa da gran parte della giurisprudenza, anche di merito (13); indubbiamente essa ha un saldo fondamento logico e normativo, ma, per altro verso, può presentare aspetti criticabili.

In primo luogo, la regola della non riconducibilità della fideiussione alla disciplina consumeristica viene costruita in termini molto rigorosi e, per come viene esplicitata dalle concordi decisioni di legittimità e di merito, sembra non lasciare spazio ad eccezioni di sorta.

Tuttavia, può forse apparire riduttivo valutare esclusivamente la 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.

Si potrebbe considerare con maggiore attenzione la posizione in cui si trova il fideiussore (14): soggetto il quale, al pari di un consumatore "vero e proprio", acquisisce una posizione di debolezza contrattuale, in quanto debitore in solido che potrà essere chiamato a rispondere per l'intero, e che viene pertanto ad essere esposto ad un rischio di inadempimento forse eccessivo.

Ha senso, di fronte ad una tale situazione escludere acriticamente l'applicazione della disciplina consumeristica solo in ragione della *vis attractiva* del rapporto principale (15)?

Riguardo al principio di accessorietà sopra accennato, da un punto di vista logico-giuridico è innegabile la sussistenza di un collegamento tra obbli-

(11) Sulla questione cfr. V. Carbone, *Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle*, in *Corr. giur.*, 1998, 844 ss.

(12) La tesi del professionista "di riflesso" è sostenuta, fra le altre, da Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Corr. giur.*, 2001, 891 ss., con nota di R. Conti, *La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie*, da Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 72 ss., con commento di P. Longhini, *"Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela*, e più di recente, da Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Dir. & giust.*, 2011, 506 ss., con nota di S. Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*.

(13) In tal senso, di recente, Trib. Padova, 9 gennaio 2012, in *Riv. Not.*, 2013, 691 ss., con nota di M. Rinaldo, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*.

(14) Sulla questione 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., 104 ss.

(15) Sulla fondatezza della soluzione imperniata sull'accessorietà della garanzia si interroga criticamente S. Monticelli, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 527 ss.

gazione principale e obbligazione fideiussoria. Da esso discendono diverse conseguenze sull'efficacia e sulla estensione della garanzia fideiussoria, desumibili dalla stessa lettura della disciplina codicistica dell'istituto: ad es., salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace, la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale (art. 1939 c.c.); inoltre la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose (art. 1941, comma 1, c.c.).

Ma è altrettanto vero che la stessa Corte di cassazione, anche a Sezioni Unite, ha in più occasioni escluso l'operatività della regola di accessorietà rispetto a taluni profili, sostenendo che le due obbligazioni 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 perciò a valere le relative regole (16).

In particolare, è stato osservato 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.

Viene così a delinearci 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 totalizzante, atto a determinare una dipendenza assoluta dei due rapporti (17): ecco che non è perciò escluso che tale regola possa convivere con la differenziazione soggettiva dei contraenti. Peraltro, l'applicazione integrale del criterio di accessorietà comporterebbe il risultato paradossale per cui, se il fideiussore è una banca che presta garanzia in favore di un soggetto privato, che agisce quale consumatore, anche la banca dovrebbe essere "di riflesso" considerata consumatore, e diverrebbe quindi destinataria della relativa disciplina.

Dunque, se da un lato è già stato in parte circoscritto l'ambito di operatività dell'accessorietà fideiussoria, dall'altro appare senz'altro condivisibile il pur provocatorio rilievo per cui "non è dato comprendere cosa c'entri la regola di accessorietà con la nozione di consumatore" (18).

In effetti, non mancano, nella dottrina più recente, voci che, contestando l'inerenza della "ipervalutata" (19) regola di accessorietà 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. In tale direzione, risulta decisamente emblematica l'ipotesi in cui il fideiussore sia un congiunto del debitore principale (20), totalmente estraneo all'attività professionale dello stesso, e pertanto verosimilmente non in grado di ben valutare e comprendere il rischio economico che lo stesso si assume prestando fideiussione. Rispetto a tali casi, le pronunce giurisprudenziali di altri ordinamenti hanno risposto adottando soluzioni di particolare interesse, quali l'invalidità della garanzia assunta (21) e/o il risarcimento del danno.

(16) Ci si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2008, n. 2655. 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, 77 ss.

(17) Non a caso le Sezioni Unite, con la citata pronuncia del 5 febbraio 2008 n. 2655, giungono 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 della regola di accessorietà.

(18) 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)".

(19) 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.*, 210 ss.

(20) Sul punto, v. l'esautiva l'analisi di S. Catanossi, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti*, Perugia, 2007. L'autrice prende in esame, in chiave comparatistica, i rimedi adottati da taluni ordinamenti europei di fronte ad ipotesi in cui il legame di parentela fra garante e debitore principale, unitamente alla presenza, nel fideiussore, di condizioni patrimoniali insufficienti a far fronte all'impegno assunto, faccia sorgere dubbi sulla validità della garanzia prestata.

(21) Questa invalidità si ricollega ad una pluralità di cause: ad es. la contrarietà ad una clausola generale (buon costume) nelle pronunce tedesche, quale *BVeerfG*, 19 ottobre 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 196 ss., con commento di A. Ba-

In questa sede è appena il caso di accennare, nonostante la questione sia ampiamente meritevole di specifico approfondimento, al fatto che 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 (22).

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 esplicitare 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 (23), e che sembra trovare qualche appiglio anche in quella stessa giurisprudenza (24) che pure continua a sostenere con convinzione il valore esclusivo ed assorbente dell'accessorietà fideiussoria ai fini della negazione 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, onde verificare se si tratti di fideiussione ovvero di garanzia autonoma, risultando, nel secondo caso, sicuramente più agevole optare per la soluzione favorevole al garante-consumatore.

Soluzione alternativa della giurisprudenza di merito e dell'ABF: apertura verso la tutela "consumeristica" del fideiussore

Di particolare rilievo, ai fini dell'analisi proposta, risultano un'unica pronuncia di merito (25), ed al-

renghi, oppure la presenza di un *undue influence* che integra un vizio del consenso, nelle decisioni delle corti inglesi, quali *Barclays Bank vs. Kennedy*, 1988 e *Barclays Bank vs. O' Brien*, 1992, entrambe in *Dir. fam. pers.*, 1992, 562 ss., con commento di V. Criscuolo, *Il marito, la moglie e la banca in due recenti casi di undue influence*.

(22) Sul tema v. S. Monticelli, G. Porcelli, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013, 109 ss.

(23) In tal senso S. Monticelli, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice di consumo*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, I, 131 ss.

(24) Così la stessa Cass., 29 novembre 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

cune, più recenti, decisioni adottate dall'Arbitro Bancario Finanziario.

La sentenza di merito giunge a negare che il fideiussore che rilascia garanzia per un credito concesso alla società di cui è amministratore 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; ma le relative argomentazioni trascendono lo specifico caso oggetto di indagine ed approdano a conclusioni di più ampio respiro (26).

Il Tribunale lascia 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 ben può essere ricondotto al regime protettivo di cui al codice del consumo. Lo sforzo principale del giudice di merito è quello di porre in discussione l'assolutezza del principio, permanente dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui il fideiussore "privato" di un rapporto commerciale non può mai usufruire della tutela consumeristica.

Tale decisione si pone dunque in netta contrapposizione rispetto all'equazione obbligata fideiussore di imprenditore-professionista, menzionando significativamente, a titolo di esempio, il caso del pensionato che rilascia fideiussione in favore del figlio imprenditore. Ad essere respinta è proprio l'idea che il requisito soggettivo, ai fini della tutela protezionistica in esame, vada desunto dalla qualifica del debitore principale: in sostanza, si nega che il fideiussore possa derivare la qualifica di professionista (ma anche di consumatore) dal debitore principale come se fosse un professionista (o un consumatore) "indiretto" o "di riflesso", dovendo piuttosto

che agisce a garanzia di un debito contratto da un professionista, in virtù del carattere di accessorialità 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.

(25) Si tratta di Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. merito*, 2006, 317 ss., con commento di R. Conti, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*.

(26) In particolare, la pronuncia in questione afferma: "lo status di consumatore [...] tuttavia, va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia rilasciata in favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo indiretto né direttamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito".

sto valorizzarsi il concreto ruolo svolto nello specifico affare, di modo che solo l'esame della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore rispetto al rapporto debitorio principale potrà consentire di escludere o di affermare la ricorrenza della *status* di consumatore.

Analoghi sono stati gli esiti di talune decisioni (27) assunte dall'Arbitro Bancario Finanziario, le quali segnalano, in primo luogo - come già affermato da giurisprudenza di legittimità, anche se non con riguardo allo specifico profilo in esame (28) - che la regola di accessorietà non necessariamente deve attenere ad ogni profilo del rapporto fra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria. Tali decisioni evidenziano poi 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.

Nonostante l'indubbia mancanza di vincolatività delle decisioni dell'ABF, in quanto meccanismo di ADR, non è comunque da escludere che fra giurisprudenza, in particolar modo 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 (29).

(27) Così Collegio ABF Roma, decisione n. 205 del 7 aprile 2010, Collegio ABF Roma, decisione del 2 febbraio 2012, e, ancor più di recente, Collegio ABF Roma, decisione n. 4109 del 2013.

(28) V. *supra*, nota 16.

(29) È quanto auspicato da M. Rabitti, *op cit.*, 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.

(30) Si tratta della sentenza della CGUE, Quinta Sezione, 23 marzo 2000, causa C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei c. Siepert*. Il caso di specie è così sintetizzabile: un soggetto (Siefert) si rende fideiussore nei confronti di una società (Berliner Kindl Brauerei AG) per il rimborso dei prestiti che questa ha concesso a un privato per l'apertura di un ristorante, senza che tale

Fideiussione e credito al consumo nel contesto europeo: dalla giurisprudenza della CGUE alla Proposta di direttiva del 2002

La problematica relativa alla possibilità di applicazione al fideiussore della disciplina sul credito al consumo si è posta anche nel contesto europeo. A livello giurisprudenziale, viene in considerazione soprattutto una decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 2000 (30): in tale occasione la Corte concludeva in senso negativo la verifica circa la possibilità di ritenere compresi nell'ambito di applicazione della prima direttiva comunitaria in materia di credito al consumo (31) 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.

Tale soluzione, concorde con la giurisprudenza italiana nel negare l'applicazione di una normativa speciale, di tutela, a favore del fideiussore che pure presti garanzia al di fuori dello svolgimento di un'attività professionale, sviluppa in realtà argomentazioni di natura parzialmente diversa, soffermandosi anche sull'indagine della *ratio* della direttiva comunitaria, e, diversamente dalle pronunce italiane, non attribuendo alcun rilievo al criterio dell'accessorietà della garanzia.

La Corte ritiene che l'ambito di applicazione della direttiva comunitaria sul credito al consumo non possa ritenersi esteso anche al contratto di fideiussione stipulato nei confronti delle parti del contratto di credito, in mancanza di una disposizione espressa in tal senso: essa giunge ad un tale conclusione soprattutto in considerazione dello 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.

impegno abbia alcuna relazione con l'attività professionale del fideiussore. Il fideiussore informa la società della revoca della propria garanzia. A seguito di ciò, stante l'inadempimento del debitore principale, la società risolve i contratti di prestito conclusi con lo stesso e ottiene la sua condanna al pagamento. Il fideiussore, condannato al pagamento della stessa somma, impugna la relativa sentenza dinanzi al Landgericht di Potsdam sostenendo di essere receduto dal contratto ai sensi della normativa tedesca (*Verbraucher Kreditgesetz* del 17 dicembre 1990), adottata in attuazione della prima direttiva europea sul credito al consumo, dir. 87/102/CEE. Il giudice tedesco sospende il procedimento per chiedere l'intervento della Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale.

(31) Dir. 87/102/CEE, in G.U.C.E. 12 febbraio 1987, n. L 42.

La direttiva presenta, come osserva la Corte di Giustizia, 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 (32).

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.

Probabilmente anche sulla scia di quanto sancito dalla Corte di Giustizia nel 2000 - che nega l'applicazione della disciplina sul credito al consumo al garante solo sulla base dello scopo circoscritto della normativa stessa - la Commissione Europea, due anni dopo, nel contesto della predisposizione di una nuova Proposta di direttiva europea sul credito ai consumatori (33), provvede 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 di-

rettiva - che avrebbe infatti dovuto ricomprendere tutte le forme di contratto di credito ed anche di fideiussione (34) - e correlativamente, quello di ampliare l'ambito di applicazione delle tutele previste anche alle garanzie (35).

L'esigenza di dotare il fideiussore di una tutela pari a quella di cui gode il consumatore è esplicitata (36); 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.

Nonostante la portata innovativa della Proposta del 2002, essa è stata seguita da ulteriori proposte modificative (37), 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 (38), dando vita ad una vera e propria occasione perduta: ben si sarebbe infatti potuto aderire alla Proposta del 2002, regolando compiutamente la posizione del fideiussore e tenendo conto delle peculiarità che lo contraddistinguono.

La fideiussione nel *Draft Common Frame of Reference*

Lo stesso approccio del legislatore europeo, che già dalle proposte modificative successive a quella del 2002 in materia di credito al consumo, ha provve-

(32) Come già sancito espressamente dalla stessa CGUE nella sentenza 17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietringer*, secondo cui non si può escludere dall'ambito di applicazione della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali un contratto a favore di terzi, e più precisamente un contratto di fideiussione concluso in seguito a una vendita a domicilio.

(33) COM/2002/443, in G.U.C.E. 2002, C 331 E/200.

(34) Peraltro, 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.

(35) 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".

(36) 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".

(37) Fra cui COM/2004/ 747 e COM/2005/483.

(38) Direttiva 2008/48/CE, in G.U.U.E. 22 maggio 2008, n. L 133.

duto, forse ingiustificatamente, ad espungere ogni estensione di tutela in favore del fideiussore connota, peraltro, anche l'ultima Direttiva in materia di contratti di credito relativi ad immobili residenziali (39), preceduta da una Proposta (40) altrettanto silente sul tema delle garanzie.

Nondimeno, sul versante dottrinale del contesto europeo, in controtendenza rispetto alla scarsa attenzione dimostrata dal legislatore italiano in merito alla posizione del fideiussore (41) ed alle pronunce di chiusura della Cassazione, si è manifestata una nuova attenzione per la problematica.

In effetti, l'ambizioso progetto di un codice civile europeo, c.d. *Draft Common Frame of Reference* (42), o semplicemente *Draft*, nel Capitolo 4 del Libro IV, Parte G (relativa alle *Personal Securities*), detta *Special rules for personal security of consumers*, precisando che le regole ivi previste debbano trovare applicazione "*when a security is provided by a consumer*".

Il *Draft* - che nella parte relativa alle garanzie recupera integralmente i risultati conseguiti dal c.d. Progetto Drobnič (43) - contiene una serie di previsioni significative, che sembrano recuperare l'ispirazione che aveva guidato la redazione della Proposta del 2002, e delle quali, peraltro, è espressamente esclusa la derogabilità in senso sfavorevole al garante, ad opera delle parti.

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, il cui mancato adempimento 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.

Peraltro, 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 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 individuare tutele applicabili al garante.

In conclusione, si può ritenere 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 manchino, anche alla luce del contesto europeo, spunti sufficienti per consentire un'auspicabile riconsiderazione in chiave critica del fideiussore: figura quanto mai problematica, costretta in una posizione di menomata libertà contrattuale ed assoggettata ad un rischio economico spesso eccessivo, ma, ad oggi, ancora sprovvista di adeguata considerazione.

(39) Direttiva 2014/17/UE, in G.U.U.E. 28 febbraio 2014, L 60/35.

(40) COM/2011/142, in G.U.C.E. C140/11.

(41) Si ricorda, in proposito, l'inapplicabilità al fideiussore "privato", per espressa previsione di legge, anche della disciplina sul commercio elettronico. L'art. 11, D.Lgs. n. 70/2003, 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".

(42) Su cui G. Alpa et al. (a cura di), // *Draft Common Frame*

of Reference *del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

(43) Sul progetto Drobnič ed il capitolo dedicato alle "disposizioni speciali per le garanzie personali dei consumatori", cfr. l'analisi dettagliata di F. Macario, *Garanzie personali*, cit., 108 ss.

Ancora sul progetto Drobnič 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 questa *Rivista*, 2009, 1060 ss.