



EDOARDO BACCIARDI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Pisa

## LO STATUS DI CONSUMATORE-GARANTE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: ASCESA E DECLINO DEL PROFESSIONISMO DI RIMBALZO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La parabola della tesi del professionista di riflesso. – 3. Dall'accessorietà fideiussoria ai «collegamenti funzionali» tra garante e impresa garantita. – 4. La garanzia rilasciata dal familiare del debitore e la fideiussione con finalità promiscua. – 5. Considerazioni finali.

1. – L'inversione di rotta della giurisprudenza di legittimità nella perimetrazione dello status di consumatore-garante – annunciata da una pronuncia del 2018<sup>1</sup> e portata a compimento nel gennaio 2020<sup>2</sup> – stimola alcune riflessioni in ordine alla trasposizione dei rimedi consumeristici nell'orbita del contratto di fideiussione.

Nelle motivazioni poste a sostegno del *revirement* della Cassazione, l'abbandono dell'orientamento «tradizionalmente seguito (...) in punto di criteri selettivi dell'eventuale ascrizione del fideiussore alla categoria normativa di consumatore» viene argomentato alla luce delle indicazioni metodologiche provenienti dalla Corte di Giustizia<sup>3</sup>. Muoven-

---

\* Il contributo riprende e sviluppa le riflessioni svolte in occasione della partecipazione al seminario “Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza”, tenutosi in modalità Webinar nei giorni 21 e 22 maggio 2021.

<sup>1</sup> Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, in *Ridare.it*, con nota di G. FIENGO, *Il garante consumatore*.

<sup>2</sup> Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, IV, 758 ss., con nota di M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*; in *Giur. comm.*, 2020, VI, 1243 ss., con nota di M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista di “riflesso”*; in *IlSocietario.it*, 2020, con nota di F. FIORUCCI, *La qualità del debitore principale non attrae quella del fideiussore consumatore (c.d. professionista “di rimbalzo”)*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, V, 688 ss., con nota di U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*; in *Giur. it.*, 2021, IV, 834 ss., con nota di D.M. BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*.

Per un esame della pronuncia alla luce del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di fideiussione consumeristica cfr. L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, Torino, 2020, 113 ss.

<sup>3</sup> Nell'ordinanza del gennaio 2020 vengono, in particolare, richiamate Corte Giust. UE 19 novembre



do dal rilievo per cui l'accessorietà fideiussoria non incide sulla natura dello scopo perseguito dal contraente, in particolare, il giudice di legittimità riconosce lo *status* di consumatore alla persona fisica che abbia assunto le vesti di garante per finalità *non inerenti* alla propria attività professionale<sup>4</sup>.

Nel segnare il «tramonto»<sup>5</sup> del c.d. professionismo di rimbalzo, il nuovo *trend* inaugurato dalla Suprema Corte si presta ad un duplice livello di lettura, uno – sistematico – che colloca la «situazione di inferiorità»<sup>6</sup> del garante(-consumatore) nel più ampio quadro delle asimmetrie che scolpiscono l'*identikit* del contraente debole nella dimensione europea<sup>7</sup>, l'altro – settoriale – focalizzato sulle questioni che, verosimilmente, domineranno il contenzioso in tema di fideiussione stipulata da una parte (che si dichiara) non professionale.

Concentrando, in questa sede, l'attenzione sul secondo degli anzidetti territori di indagine, è opportuno ripercorrere, sinteticamente, le tappe che hanno scandito gli itinerari ermeneutici seguiti dalla giurisprudenza europea e dalla Cassazione al fine di tracciare l'*actio finium regundorum* tra garante-professionista e garante-consumatore. Una volta

---

2015, causa C-74/15, in *Dejure* e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, III, 281, con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*.

<sup>4</sup>Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit., ad avviso della quale la finalità perseguita dal garante deve considerarsi *estranea* alla sua attività professionale quando si tratti di un «atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio)».

<sup>5</sup>A. ZURLO, in F. GRECO-A. ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, 1437.

<sup>6</sup>Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

<sup>7</sup>In merito ai contorni della nozione di consumatore si rinvia – senza pretesa di completezza – a R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr. eur.*, 2003, 715 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1149 ss. e in ID., *L'autonomia privata dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020, 319 ss.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, IV, 901 ss.; F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1057 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, III, 685 ss.; M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; G. ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 335 ss.; H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, III, 859; S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore ed il sovraindebitato/esdebitato*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, II, 617 ss.; S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, I, 1 ss.; ID., *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, I, 60 ss.



marcato il perimetro di applicazione della fideiussione *b2c*, alcune considerazioni saranno dedicate all'approccio che il diritto vivente ha adottato nell'uniformarsi alla nozione di consumatore-fideiussore forgiata dalla Corte di Giustizia.

2. – La parabola della teoria del professionista di riflesso nella giurisprudenza di legittimità ricalca, in modo apparentemente pedissequo, l'evoluzione interpretativa della Corte di Giustizia, alla quale vengono solitamente imputate tanto l'*elaborazione* di siffatto orientamento – risalente alla pronuncia *Dietzinger*<sup>8</sup> – quanto la sua *archiviazione*, segnata da una coppia di ordinanze – rese nei casi *Tarcău* e *Dumitras* – intervenute nel 2015 e nel 2016<sup>9</sup>.

È la stessa Cassazione – oltre ad una cospicua parte della dottrina<sup>10</sup> – ad etichettare il rapporto fra le suddette pronunce in termini di *revirement*<sup>11</sup>, enfatizzando il «ripensamento»<sup>12</sup> del giudice unionale circa il riconoscimento dello *status* di consumatore al garante, dapprima negato in ragione della professionalità del debitore principale e successivamente disancorato dall'accessorietà fideiussoria, in favore di una valutazione incentrata sulla *qualità* del contraente. Aderendo a questa impostazione, il Supremo Collegio avrebbe solcato, in differita, il medesimo percorso tracciato dalla Corte di Giustizia, mutuando da quest'ultima sia le premesse teoriche del professionismo di rimbalzo, sia gli argomenti che ne hanno decretato l'epilogo.

A tale ricostruzione è stato recentemente obiettato che l'ordinanza emessa nel caso *Tarcău* non esprime «alcun genere di *revirement*»<sup>13</sup>, bensì ribadisce, in linea di continuità con la sentenza *Asbeek Brusse*, che la direttiva 93/13/CEE individua la categoria di

---

<sup>8</sup> Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 136 ss., con nota di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorietà della fideiussione*.

<sup>9</sup> Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

<sup>10</sup> Fra gli altri cfr. M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit.; U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit. e A. D'ALESSIO, *La tutela del consumatore nei contratti di garanzia personale*, in questa *Rivista*, 2017, IV, 330-333.

<sup>11</sup> Cfr., in termini espliciti, Cass. 3 dicembre 2020, n. 27618, in *Dejure*, ove si legge che l'orientamento della giurisprudenza europea «è stato di recente accolto» dal giudice di legittimità, «con una decisione che merita di essere seguita, proprio in ragione del riferimento al *revirement* fatto dalla Corte di Giustizia ed agli argomenti che quel ripensamento supportano».

<sup>12</sup> Cass. 3 dicembre 2020, n. 27618, cit.

<sup>13</sup> S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, I, 124; ID., *Il consumatore «frastagliato»*, cit., 125.



contratti ai quali essa si applica con esclusivo riguardo alla «qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale»<sup>14</sup>. In questa prospettiva – viene evidenziato – «non è (...) che *Tarcău* disattenda *Dietzinger*», risultando, in realtà, «*diverse* (...) le direttive formanti oggetto del rinvio pregiudiziale»<sup>15</sup>.

È proprio l'eterogeneità delle fattispecie sottese agli interventi della Corte di Giustizia che induce ad escludere l'intenzione di quest'ultima di *ribaltare*<sup>16</sup> il proprio precedente orientamento.

Da un lato, la pronuncia del 1998 aveva ritenuto inapplicabile la direttiva 85/577/CEE alla fideiussione conclusa presso il domicilio della parte aderente (a garanzia del debito del figlio imprenditore) senza la contestuale informativa sullo *ius poenitendi*, in quanto – ebbe ad osservare la Corte – l'impegno fideiussorio garantiva il «rimborso di un debito contratto da un'altra persona» che agiva «nell'ambito della propria attività professionale»<sup>17</sup>. A fronte di tale circostanza, l'esclusione della titolarità del diritto di ripensamento discendeva dal rilievo per cui la fideiussione «può rientrare nella direttiva» solo in quanto «accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi»<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte Giust. UE 30 maggio 2013, causa C-488/11, cit., par. 30.

<sup>15</sup> S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, cit., 124.

<sup>16</sup> In questi termini si esprime, invece, proprio Cass. n. 742/2020, cit., ad avviso della quale la Corte di Giustizia, «ribaltando la prospettiva adottata dalla sentenza del marzo 1998», ha sancito l'irrelevanza dell'oggetto del contratto ai fini dell'attribuzione dello *status* di consumatore.

<sup>17</sup> Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, cit.

Parte della dottrina ha osservato che la pronuncia «da un lato respinge il primato dello scopo di consumo; dall'altro, limita l'applicabilità della direttiva alla fideiussione» (A. BARBA, *Professionista di riflesso*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1280, a parere del quale, sotto il primo profilo, la Corte afferma «l'irrelevanza della circostanza per cui il soggetto protetto non sia destinatario della prestazione eseguita dal professionista», mentre, «sotto il secondo (...), limita l'applicabilità [della direttiva] in considerazione a) dello "stretto legame tra il contratto di credito e la fideiussione" (punto 20); b) della qualità di consumatore del fideiussore; c) della modalità utilizzata (anche) nella conclusione del contratto da cui è derivata l'obbligazione garantita: delocalizzata e su iniziativa del professionista (punto 22)».

<sup>18</sup> Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, cit., la quale proseguiva osservando che «inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2, primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale».

L'esito «tecnico del discorso» – viene evidenziato – è l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva della fideiussione «conclusa fuori dei locali commerciali da una persona che agisce per finalità estranee alla propria attività professionale (dunque un consumatore) ma a garanzia di un debito nato da un contratto tra professionisti» (A. BARBA, *op. ult. cit.*).



Da un altro lato, le ordinanze del 2015 e 2016 si muovevano sul (diverso) terreno della disciplina delle clausole vessatorie, la cui latitudine applicativa è contrassegnata dalla sola qualità della persona fisica che conclude il contratto<sup>19</sup>, senza che il principio condensato nel brocardo *accessorium sequitur principale* possa condizionare (*melius* escludere) l'attribuzione dello *status* di consumatore<sup>20</sup>.

Più che tornare sui propri passi, la Corte di Giustizia sembra prendere atto che la direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali – successivamente confluita nella direttiva sui diritti dei consumatori del 2011 – e quella in materia di clausole abusive fotografano i rispettivi ambiti di operatività in ragione dell'*oggetto* del contratto e della *qualità* della parte contraente. Considerato, invero, che l'applicazione della direttiva 93/13/CEE è subordinata al solo accertamento della qualifica soggettiva dell'aderente – e non (anche) al riscontro di una peculiare tipologia di operazione economica<sup>21</sup> –, la Corte di Giustizia ha puntualizzato come il riconoscimento dello *status* di consumatore-fideiussore costituisca l'esito di uno scrutinio finalizzato ad escludere la

---

<sup>19</sup> Scrive, sul punto, C. TOADER, *European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence*, in *Revista Romana de Drept European*, 2019, II, 26: «In *Tarcău, Dumitras and Michael Tibor Bachman* the Court held that the guarantor can be considered a consumer within the meaning of the UCTD, insofar as said guarantor acts outside his trade or profession when providing security. This holds true even when he guarantees an obligation of a commercial company, the requirement being, in that case, that he does not provide the security in the course of his own business and does not have a functional link with that company. As it is, the personal situation of this guarantor perfectly fits the – different – objective pursued by the UCTD, which is protecting consumers from terms drawn up in advance by the seller or supplier, who's content they were structurally unable to influence».

<sup>20</sup> Cfr. E. TERRY, *Consumers, by Definition, Include Us All'... But Not for Every Transaction*, in *European Review of Private Law*, 2016, Vol. 24, 280, a parere della quale la decisione resa nel caso *Tarcău* consolida quanto affermato dalla Corte nel caso *Bucura* circa l'irrelevanza del principio *accessorium sequitur principale* ai fini dell'applicazione della direttiva sulle clausole abusive.

<sup>21</sup> Osserva – riguardo all'esclusione della fideiussione dal novero dei paradigmi contrattuali in cui il consumatore può esercitare lo *ius poenitendi* previsto dalla direttiva del 2011 – S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 109; ID., *Il consumatore "frastagliato"*, cit. 111: «messa (...) da parte l'idea che l'assunzione della garanzia rappresenti la controprestazione di una prestazione che a sua volta il creditore corrispettivamente effettua, riaffiora (...) nitidamente, l'argomento che l'estraneità alla fideiussione di una prestazione onerosa del professionista sia una *ragione sufficiente*, nell'intelaiatura della dir. 2011/83/UE, per escludere che un rapporto principale *b2b* subisca l'opponibilità di un rimedio confezionato a misura di un *consumatore sostanziale* e non a vantaggio di un *garante*: che ivi è piuttosto il soggetto chiamato a fornire il servizio».

Nonostante, infatti, l'art. 3 della direttiva 2011/83/UE estenda il raggio applicativo della normativa a «qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore», l'inciso secondo cui tale applicazione avviene «alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni» induce a ricomprendere «tra queste (...) il presupposto di una prestazione onerosa del professionista infeudata nel quartetto dei nn. 7-8, 11 e dell'art. 3, secondo cpv» (S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 111, nt. 18).



sussistenza di collegamenti funzionali tra il garante e il debitore principale<sup>22</sup>.

Volgendo lo sguardo al nostro diritto derivato giurisprudenziale, la Cassazione ha inizialmente recepito la dottrina del professionismo di rimbalzo, estendendone (e dunque *distorcendone*) tuttavia la portata, surrettiziamente trapiantata nell'ambito di una disciplina – quella in materia di clausole vessatorie – ove il giudice unionale non le ha mai conferito cittadinanza<sup>23</sup>. Da questo «frintendimento»<sup>24</sup> – e dalla contestuale «eccedenza di senso»<sup>25</sup> attribuita all'accessorietà fideiussoria – ha preso forma e si è consolidata, a dispetto di alcuni arresti di segno contrario della giurisprudenza di merito e dell'Abf<sup>26</sup>, la massima per cui il requisito soggettivo della qualità di consumatore, in presenza di un contratto di fideiussione, rimane ancorato alla natura dell'obbligazione del debitore principale<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

<sup>23</sup> In tal senso Cass. 29 novembre 2011, n. 25212, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, II, 631, che richiama la pronuncia *Dietzinger* a sostegno dell'inapplicabilità delle tutele consumeristiche in materia di clausole vessatorie.

<sup>24</sup> S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 122, nota 58.

<sup>25</sup> A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 176; ID., *Professionista di riflesso*, cit., 1264, il quale evidenzia, proprio riguardo a Cass. 25212/2011, come tale «eccedenza di senso» risieda nella «circostanza che l'argomento (*ex auctoritate*) offerto dalla giurisprudenza europea rileva, in realtà, solo per avvalorare l'esito dogmatico raggiunto in punto di ambito oggettivo di applicazione della disciplina, ma non con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione. Che la disciplina di protezione sia applicabile alla fideiussione, non implica affatto, di per sé, che la qualità di debitore principale attragga quella del garante».

<sup>26</sup> Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. mer.*, 2006, 317 ss., con nota di R. CONTI, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*; Abf Roma, n. 4109/2013, sulle cui argomentazioni cfr. A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in *www.dirittobancario.it*, 2014; Trib. Palermo, 31 luglio 2017, in *GiustiziaCivile.com*, 2018, con nota di F. ANDREANI, *La tutela del consumatore-fideiussore*.

Alla base di tale diverso approccio – è stato recentemente osservato – «vi era innanzitutto la non condizione del “salto logico” per il quale la qualificazione soggettiva del garante veniva attratta da quella del garantito sulla base principio di accessorietà, attinente originariamente agli elementi oggettivi del rapporto» (cfr. M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit., 763).

<sup>27</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, III, 226 ss., con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*.

La medesima conclusione è stata talora estesa al contratto autonomo di garanzia, ritenuto, «anch'esso (...) funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita» e dunque avulso «dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore» (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846, in *Diritto e giustizia*, 2016).

Per l'opinione contraria cfr. S. MONTICELLI, *I contratti di garanzia personale*, in S. MONTICELLI-G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, 2013, 110, ad avviso del quale, «nella ricorrenza di una garanzia autonoma, cui (...) difetta il connotato dell'accessorietà rispetto al debito originato dal rapporto principale, bisognerà recisamente escludere ogni forza attrattiva del rapporto base rispetto al rapporto di garanzia e rite-





Le basi per l'allineamento alla giurisprudenza europea sono state poste da una decisione di legittimità del 2018, la quale ha negato al garante lo *status* di consumatore non in conseguenza dell'accessorietà fideiussoria – e dunque non in ossequio alla tesi del professionista di riflesso – bensì in ragione della circostanza che questi deteneva il 70% del capitale della società garantita, potendosi dunque ragionevolmente escludere – proprio sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia – che il fideiussore avesse agito al di fuori della propria attività professionale<sup>28</sup>.

La vicenda giudiziaria che ha offerto alla Cassazione l'occasione per ridisegnare i contorni dello *status* di garante-consumatore trae origine da un'ingiunzione di pagamento emessa in favore di un istituto di credito e notificata sia al mutuatario inadempiente sia al (coniuge) fideiussore, quest'ultimo pacificamente estraneo all'attività imprenditoriale in relazione alla quale era stato contratto il debito<sup>29</sup>.

Chiamata a dirimere il conflitto di competenza tra il foro della sede della banca e quello della residenza del garante, la Suprema Corte ha preso formalmente le distanze dalla tesi – «un po' formalistica»<sup>30</sup> – del professionista di riflesso, riconducendo la nozione di consumatore-fideiussore entro i binari tracciati dalla giurisprudenza unionale, coerentemente all'assunto per cui il sistema di tutele predisposto dalla direttiva 93/13/CEE si rivela «particolarmente importante nel caso di contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore»<sup>31</sup>.

Il *revirement* della corte di legittimità passa attraverso il ridimensionamento dogmatico dell'accessorietà fideiussoria, definita come un «tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore»<sup>32</sup>, in quanto tale insuscettibile di incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti. Prendendo le mosse dalla constatazione che il nesso funzionale tra debito garantito e obbligazione fideiussoria non può «far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)», la Cassazione

---

nere, di conseguenza, applicabili a quest'ultimo, segnatamente in favore del consumatore/garante, i meccanismi di tutela previsti dal Codice del consumo».

<sup>28</sup> Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, cit.

<sup>29</sup> Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

<sup>30</sup> S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, XI-XII, 540, che giudica «non priva di coerenza argomentativa» la tesi secondo cui «la veste di professionista del debitore del rapporto base (...) avrebbe valenza attrattiva rispetto al rapporto accessorio di garanzia di tal ch , bench  quest'ultimo sia stipulato tra un professionista (la banca) e un consumatore».

<sup>31</sup> Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15, cit.

<sup>32</sup> Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.



attribuisce lo *status* di consumatore alla persona fisica che, «pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa»<sup>33</sup>.

La soluzione accolta dal Supremo Collegio<sup>34</sup> si rivela condivisibile, non tanto alla luce della censura – mossa nei confronti del professionismo di riflesso – secondo cui l'enfatizzazione dell'accessorietà potrebbe legittimare l'impresa-garante di un consumatore ad invocare, specularmente, le tutele accordate al contraente debole<sup>35</sup>, quanto piuttosto in ragione della circostanza che il collegamento fra obbligazione fideiussoria e rapporto principale non implica alcuna «presunzione (...) di *expertise*» del condebitore<sup>36</sup>, rivelandosi «inaccettabile» e «discriminatoria» la tesi che esclude(va) il «garante (...) non professionista»<sup>37</sup> dal perimetro soggettivo di applicazione della direttiva in materia di clausole vessatorie.

---

<sup>33</sup> Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

<sup>34</sup> Rileva, in merito alla portata innovativa di Cass. 742/2020, L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, cit., 119-120: «l'ordinanza n. 742 ha il pregio di rivendicare una dimensione consumeristica autonoma per il fideiussore, così valorizzando il profilo soggettivo e incrinando quella unitarietà della figura risultante dal tessuto legislativo codicistico, che tuttavia non si declina solo nella direzione del consumatore. Basti pensare al fatto che nel caso di specie erano integrati due (...) “statuti” fideiussori (...): quello del fideiussore-consumatore, ma anche quello del fideiussore-familiare (in particolare coniuge) del debitore principale garantito».

<sup>35</sup> Tale argomento è stato prospettato dall'Abf, che ha motivato il proprio dissenso alla tesi del professionista di rimbalzo richiamando l'ipotesi della fideiussione rilasciata da una finanziaria a garanzia del pagamento dei canoni discendenti da una locazione ad uso abitativo (Coll. Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, cit., pag. 4; sul punto v. A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit., nonché ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Milano, 2013, 61).

Senonché, il (paradossale) riconoscimento, in favore del fideiussore professionale, dello *status* di *consumatore di rimbalzo* è stato definito un «gioco di prestigio occultante la circostanza che un siffatto effetto sciamano *hic et nunc* da una *ratio* normativa dell'art. 1945 c.c. configurante (...) *questa* legittimazione a dedurre le eccezioni del debitore come una facoltà propria di *qualsiasi* fideiussore» (S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 122).

<sup>36</sup> U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, 782; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di “consumatore”*, cit., 65.

L'esigenza di protezione del garante era stata altresì evidenziata da G. STELLA, *Le garanzie del credito*, vol. 1, Milano, 2010, vol. I, 136, a giudizio del quale il fideiussore-consumatore, «nel momento in cui stipula il proprio contratto col creditore (dal quale non ricava alcun vantaggio diretto, agendo per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta), appare meritevole di protezione, ad esempio, sul piano dell'informazione, indipendentemente dalla situazione del debitore principale che sia invece, in ipotesi, un professionista».

<sup>37</sup> U. RUFFOLO, *La novella e le discipline di settore*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole “vessatorie” e “abusiva”*, Milano, 1997, 102.





3. – Superata l'equazione fra (natura del) debito principale e qualità (soggettiva) del garante, l'impossibilità di desumere la *professionalizzazione* del contraente dall'accessorietà fideiussoria impone all'interprete di rintracciare altrove il discrimine tra scopo professionale e non professionale perseguito dal condebitore.

La vicenda processuale che ha originato il *revirement* della Cassazione non destava alcun dubbio al riguardo, stante la pacifica estraneità del coniuge-fideiussore all'attività del debitore principale. In senso analogo, la Suprema Corte non ha avuto difficoltà a confermare – in una decisione di pochi giorni successiva a Cass. n. 742/2020 – la pronuncia di merito con la quale era stato riconosciuto lo *status* di consumatore ad una professoressa di lettere collocata a riposo che aveva garantito il debito del familiare imprenditore<sup>38</sup>.

Senonché, la linea di demarcazione fra ragioni personali ed interessi economici del fideiussore resta, sovente, sfumata, al punto che la Corte di Giustizia – consapevole di tale possibile ambiguità – ha demandato al giudice nazionale l'apprezzamento circa l'eventuale rilevanza dei «collegamenti funzionali» che legano il garante alla società debitrice.

Il baricentro dello scrutinio diviene, in questa prospettiva, il grado di *coinvolgimento* del fideiussore nell'attività professionale o imprenditoriale esercitata dal debitore principale, con la precisazione che deve trattarsi di un interesse non meramente personale o affettivo – altrimenti *in re ipsa* nel rilascio della garanzia<sup>39</sup> – bensì suscettibile di essere messo a fuoco con le lenti del diritto commerciale<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666, in *Giust. civ. mass.*, 2020.

Allo stesso modo, nessun dubbio interpretativo sul collegamento fra garante e garantito emerge in Cass. 8 maggio 2020, 8662, in *Diritto e giustizia*, con nota di G.D. GIAGNOTTI, *La competenza territoriale del foro del consumatore nei rapporti fideiussori*, ove la Suprema Corte si limita a prendere atto che i fideiussori «non potevano che qualificarsi consumatori in relazione alla loro assunzione della garanzia *de qua*, non essendo emerso che essa fosse connessa allo svolgimento di loro attività professionali ovvero funzionalmente collegate alla società».

<sup>39</sup> È da condividere, a tale riguardo, la precisazione operata dalla corte di merito (e confermata dal giudice di legittimità) per cui «l'interesse all'arricchimento della famiglia è scopo di natura privata e non attiene all'attività professionale» del garante, né può essere dedotto a dimostrazione del «non allegato legame funzionale (giuridico) con la società nel senso indicato dalla Corte [di Giustizia]» (cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666, cit.).

<sup>40</sup> L'onere di allegare – e dimostrare – l'estraneità della prestazione di garanzia allo svolgimento di un'attività professionale grava sul fideiussore (cfr. App. Napoli, 27 novembre 2020, n. 4067, in *Dejure*, che ha escluso l'applicabilità della disciplina consumeristica, ritenendo «manca[nte] qualsiasi allegazione», da parte del garante, «circa l'assenza di collegamenti funzionali con la società garantita e, quindi, sulla matrice degli interessi che lo hanno indotto alla partecipazione al contratto»). In senso analogo, il Tribunale di Roma ha posto a carico del fideiussore «l'onere di provare la [sua] qualità di consumatore (...), nonché l'insussistenza di qualsiasi rilevante rapporto societario o funzionale tra quest'ultimo e la società nell'interesse della quale ha garantito l'adempimento» (Trib. Roma, 27 luglio 2020, n. 11025, in *Dejure*).



L'attenzione del diritto vivente si è appuntata sui due indici rivelatori della professionalità elaborati dalla Corte di Giustizia, rispettivamente costituiti dalla «amministrazione» dell'impresa garantita e/o dalla titolarità, in capo al fideiussore, di una «partecipazione non trascurabile» al capitale della medesima<sup>41</sup>.

Sotto il primo profilo, lo svolgimento di funzioni gestorie<sup>42</sup> rende manifesta la strumentalità dell'obbligazione fideiussoria all'attività professionale del garante<sup>43</sup>. A conclusioni difformi non si potrebbe, del resto, giungere nell'ipotesi in cui il contraente abbia maliziosamente rinunciato all'ufficio di amministratore prima di assumere le vesti di garante; a tale riguardo, una recente pronuncia di merito ha ritenuto influente, ai fini del (mancato) riconoscimento dello *status* di consumatore, la cessazione dalla carica gestoria formalizzata appena due giorni prima la stipula della fideiussione<sup>44</sup>.

Quanto alla partecipazione del garante nella società garantita, compete al giudice lo scrutinio in ordine all'entità della quota di capitale suscettibile di esprimere la professionalità dell'operazione<sup>45</sup>. La questione è destinata ad intricarsi laddove gli interessi economici del

---

Per un approfondimento sull'onere della prova della qualità di consumatore – nonché sulle conseguenze, anche processuali, discendenti dalla «auto-qualificazione» del contraente – cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, III ed., Torino, 2014, 40-41.

<sup>41</sup> Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

<sup>42</sup> V., oltre alla già menzionata Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, cit., Cass. 27 maggio 2019, n. 14357, in *Dejure*, la quale ha escluso l'applicabilità delle tutele consumeristiche in ragione della circostanza che «uno dei fideiussori (...) era addirittura l'amministratore della società». Nella giurisprudenza di merito cfr., fra le altre, Trib. Tivoli, 10 novembre 2020, in *Dejure*, che ha desunto dai «ruoli dirigenziali e/o amministrativi» ricoperti dai due fideiussori una «fondatissima la presunzione che l'attività professionale da loro svolta fosse fortemente connessa con quella della società, che non solo hanno garantito ma di cui erano anche i rappresentanti e di cui quindi – proprio secondo il principio stabilito dalla Corte europea e dalla SC – debbono subire la *vis attractiva* che caratterizza il rapporto principale (conto corrente) con quello accessorio (fideiussione)».

I primi commentatori si sono, inoltre, interrogati sulla possibilità di conferire rilevanza al contributo gestorio ascrivibile al socio privo di un'investitura formale ma in capo al quale possano essere ravvisati i presupposti dell'amministratore di fatto (U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit., 703).

<sup>43</sup> Cfr., sul punto, F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, *I singoli contratti*, vol. X, Torino, 2009, 107, a parere del quale vi è «ben poco di «consumeristico»» nella situazione in cui il fideiussore ricopra la carica di amministratore unico della società garantita, trattandosi di una «condizione di per sé incompatibile con l'agire per scopi estranei ad un'attività professionale».

<sup>44</sup> Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, in *Dejure*, il quale non ha mancato di sottolineare come il fideiussore avesse mantenuto, a seguito della cessazione della carica di amministratore, la titolarità del 50% delle partecipazioni della società debitrice.

<sup>45</sup> La qualità di consumatore è stata, ad esempio, negata al garante «detentore del 70% del patrimonio sociale della società garantita, ancorché non amministratore della stessa» (Trib. Roma, 16 aprile 2020, n. 6230, in *Dejure*).



fideiussore risultino *filtrati* dalla titolarità di partecipazioni riguardanti società diverse da quella debitrice<sup>46</sup> ma ad essa collegate, potendo venire in gioco la disciplina di cui all'art. 2359 c.c. o, ancora, quella in tema di direzione e coordinamento fra società<sup>47</sup>.

Tanto più sfuma il collegamento tra garante e società debitrice, quanto più arduo diviene confutare l'allegazione del fideiussore circa la propria qualità di contraente debole. Emblematica, sotto tale profilo, si rivela una recente decisione avente ad oggetto la garanzia prestata da un soggetto estraneo alla compagine e all'amministrazione dell'impresa debitrice ma, al contempo, titolare del 45% di una società in liquidazione, detentrica – a propria volta – del 90% del capitale di un diverso ente societario, quest'ultimo socio al 100% della parte garantita. A fronte di tale sequela di collegamenti societari, il giudicante ha escluso che l'impegno fideiussorio esprimesse un «atto strettamente funzionale» allo svolgimento dell'attività professionale del garante<sup>48</sup>.

4. – Tra le ipotesi destinate a sollevare maggiori dubbi interpretativi, una particolare attenzione merita quella – tutt'altro che infrequente<sup>49</sup> – in cui l'obbligazione fideiussoria venga contratta da un familiare del debitore, profilandosi – al riguardo – due scenari fra loro antitetici.

Da una parte, occorre evitare che la richiesta (ed il conseguente rilascio) della garanzia veicoli un abuso della libertà negoziale, a detrimento di un soggetto palesemente inadeguato a sostenere l'esposizione debitoria del familiare imprenditore. Tale fattispecie – efficacemente descritta in termini di fideiussione *rovinosa*<sup>50</sup> – è stata oggetto di una nota

---

<sup>46</sup> Riguardo a tale aspetto, lo *status* di contraente debole è stato riconosciuto al fideiussore – ancora studente all'epoca del rilascio della garanzia – titolare del 25% della società che deteneva le quote dell'impresa debitrice, entrambe amministrate dai genitori (Trib. Nuoro, 14 settembre 2020, n. 296, in *Dejure*).

<sup>47</sup> U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit., 704, il quale osserva, da un lato, che «il mero possesso di una partecipazione significativa da parte di una persona fisica deve stimarsi con ogni probabilità dato insufficiente a far presumere un interessamento stabile della stessa alla gestione dell'impresa sociale (anche nella forma della direzione e coordinamento)» mentre, da un altro lato, «proprio l'accompagnarsi a tale circostanza della disponibilità a rilasciare una fideiussione (non semplicemente specifica, ma addirittura) *omnibus* potrebbe costituire l'elemento rivelatore di una vicinanza e prossimità alla conduzione degli affari sociali».

<sup>48</sup> Trib. Torino, 19 gennaio 2021, in *Dejure*.

<sup>49</sup> In tale casistica rientrava – come già evidenziato – la fattispecie decisa da Cass. n. 742/2020, nella quale la garanzia fideiussoria era stata rilasciata dal coniuge del debitore principale.

<sup>50</sup> A. COLOMBI CIACCHI, *Le fideiussioni rovinose: un nuovo campo di applicazione delle clausole generali del BGB a tutela della parte debole*, in AA.VV., *Annuario di diritto tedesco 1999*, a cura di S. PATTI,



pronuncia della Corte Costituzionale tedesca<sup>51</sup>, in ossequio alla quale il giudice può ritenere invalido l'impegno fideiussorio, stante, per un verso, l'onerosità degli obblighi assunti in relazione al patrimonio del garante, nonché, per un altro verso, la «situazione di strutturale soggezione»<sup>52</sup> di quest'ultimo rispetto all'istituto di credito.

Ad esiti interpretativi diametralmente opposti conduce il riscontro di una situazione – connotata dall'assunzione sistematica di garanzie in favore del congiunto – che celi la partecipazione del fideiussore al rischio di impresa, al punto da far presumere che tra i componenti del nucleo familiare si sia attuata una chiara «collaborazione (...) al raggiungimento degli scopi sociali», con la conseguente – tacita – integrazione di un «contratto sociale (...), non necessariamente frutto di uguali posizioni nell'ambito dell'organizzazione societaria»<sup>53</sup>. Se, dunque, l'abituale rilascio di garanzie reali e/o personali al familiare imprenditore può svelare l'esistenza di un sodalizio societario – e financo giustificare l'estensione della procedura concorsuale al fideiussore<sup>54</sup> –, un tale contegno esclude, *a fortiori*, l'applicabilità delle tutele consumeristiche.

Tra le due situazioni tratteggiate si interpone un'ampia e variegata zona grigia in cui spetta al giudice valutare se – ed eventualmente in quale misura – l'elemento teleologico che sorregge il vincolo fideiussorio sia riconducibile (anche) ad un interesse *professionale* del condebitore. Si pensi, a titolo esemplificativo, al garante del coniuge-imprenditore che risulti, al contempo, titolare di una partecipazione della società garantita, ponendosi il delicato problema di stabilire se prevalga l'*affectio coniugalis* o l'*affectio societatis* ai fini del riconoscimento della qualità di consumatore<sup>55</sup>.

---

Milano, 2000, 149 ss.; R. FAVALE, *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*, in *Revista trimestrale de direito civil*, 2002, XII, 171 ss.; F. NAPPI, *Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, 194 ss.; ID., *Mutui bancari e responsabilità dei prossimi congiunti del mutuatario: recenti applicazioni dei §§ 138 e 242 BGB*, in G. CIAN (a cura di), *I cento anni del codice civile tedesco*, Padova, 2002, 421 ss.; S. CATANOSSI, *La fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia, 2007.

<sup>51</sup> BVerfG 19 ottobre 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197 ss., con nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco* e in *Rass. dir. civ.*, 1994, 594, con nota di H. HONSELL, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*.

<sup>52</sup> E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 62.

<sup>53</sup> Fra le altre v. Cass. 28 ottobre 2019, n. 27541, in *Diritto e giustizia*, 2019.

<sup>54</sup> Sul tema cfr. V. RINALDI, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, in *Fall.*, 1997, 104 ss.

<sup>55</sup> L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, cit., 169 ss.



L'intreccio fra rilascio della garanzia e relazione familiare – quest'ultima, di per sé, «indifferente al consumo come all'impresa»<sup>56</sup> – attesta, in modo emblematico, come la decisione di assumere le vesti di fideiussore possa essere supportata, oltre che da finalità (solitamente ma non necessariamente) affettive, da motivazioni di caratura eminentemente patrimoniale.

Al fine di sciogliere l'alternativa fra professionalità e non professionalità dello scopo perseguito dal fideiussore, può essere di ausilio il principio – anch'esso elaborato dalla Corte di Giustizia – alla stregua del quale l'attribuzione dello *status* di consumatore è subordinata, negli atti con finalità promiscua, alla circostanza che lo scopo commerciale sia «talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione»<sup>57</sup>. Il legislatore europeo ha codificato tale indicazione metodologica, smorzandone la rigidità<sup>58</sup>, nel *considerando* 17 della direttiva 2011/83/UE, ove si precisa che in caso di «contratti con duplice scopo», il fine che rientra solo «parzialmente» nel quadro delle attività commerciali della persona non esclude la qualità di consumatore, a meno che non risulti «predominante nel contesto generale del contratto»<sup>59</sup>.

Nonostante la fideiussione rimanga *strutturalmente* estranea al perimetro della direttiva del 2011<sup>60</sup>, il canone interpretativo riguardante la valutazione degli atti con scopo promiscuo afferisce alla nozione di consumatore, esprimendo un parametro suscettibile di travalicare l'ambito applicativo della fonte ove è contemplato<sup>61</sup>. Trasponendo, dun-

---

<sup>56</sup> A. BARBA, *Professionista di riflesso*, cit., 1293-1294.

<sup>57</sup> Corte Giust. UE 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1135, con nota di V. CRESCIMANNO, *I "contratti conclusi con i consumatori" nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo*.

In senso critico rispetto a tale decisione, è stato osservato che la Corte di Giustizia «sembra attribuire valore preminente allo scopo, seppure parziale, professionale dell'atto, in grado di rendere del tutto irrilevante la ambivalente destinazione dell'atto anche a scopo di consumo», di guisa che «un atto di consumo "promiscuo" potrà beneficiare della normativa di favore del consumatore soltanto nel caso in cui lo scopo professionale sia del tutto "marginale" e residuale» (F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I 54).

<sup>58</sup> F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, cit., 62, nt. 11.

<sup>59</sup> Il medesimo parametro viene indicato nella direttiva 2013/11/UE (*considerando* 18) e nella direttiva 2014/17/UE (*considerando* 12).

<sup>60</sup> Cfr. *supra* n. 2.

<sup>61</sup> Un diverso approccio alla questione sembra adottato nel *considerando* 22 della direttiva 2019/771/UE, ove si prevede che quando lo scopo «commerciale» sia «talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto», gli Stati membri «dovrebbero mantenere la facoltà» – e dunque non l'obbligo – di determinare «se», ed «a quali condizioni», il contraente possa essere considerato un consumatore.

Il tenore letterale del suddetto *considerando* – viene recentemente evidenziato – rende «indispensabile



que, il criterio della preponderanza dello scopo nell'ambito della fideiussione *b2c*, il rilascio della garanzia che sottenda, al contempo, un interesse economico del condebitore e il soddisfacimento di un'esigenza *lato sensu* affettiva deve essere sottoposto ad un test che accerti la *non prevalenza* delle finalità professionali rispetto a quelle private.

Gli indici sintomatici della professionalità enucleati dalla Corte di Giustizia nei casi *Tarcău e Dumitras* rivelano, sotto tale profilo, un'affinità con la sentenza *Gruber*, trattandosi di accertare – a fronte di un *mix* di ragioni personali e professionali – quale motivazione abbia giocato un ruolo predominante nella decisione di garantire il debito. L'esplicito riferimento ad una «partecipazione *non trascurabile* al (...) capitale sociale»<sup>62</sup>, del resto, conferma la compatibilità fra lo *status* di consumatore e la titolarità di una quota sociale di modesto valore.

Affidando alla *misura* della partecipazione il ruolo di discriminare tra finalità privata e professionale del rilascio della garanzia, la Corte di Giustizia istituisce un parallelismo – fra entità della quota e *status* del contraente – suscettibile, in concreto, di condurre ad esiti fallaci. È la stessa giurisprudenza europea ad escludere, nel diverso settore dei contratti finanziari differenziali, che fattori quali il «valore delle operazioni effettuate», la «entità dei rischi di perdite finanziarie», le «eventuali conoscenze o competenze» del contraente e il suo «comportamento attivo nel contesto di tali operazioni» assumano, «in linea di principio», rilievo ai fini del riconoscimento della qualità di consumatore<sup>63</sup>.

La presunzione (relativa) di professionalità discendente dalla titolarità di una partecipazione di rilevante entità potrebbe, dunque, essere smentita all'esito di una più approfondita analisi sulla morfologia del coinvolgimento societario del condebitore, in astratto compatibile con una scelta di *investimento* – magari significativa sul piano patrimoniale e ciò nonostante – avulsa dal quadro della sua attività professionale.

---

che il testo del decreto legislativo di recepimento rechi precetti *ad hoc* volti a chiarire se, e a quali condizioni, debba qualificarsi come consumatore la persona fisica che nel concludere un contratto di vendita persegua (oltre a scopi di natura personale) anche scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale, quando tali scopi non siano “predominanti” nel contesto generale del contratto ha indotto la dottrina» (G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 219).

<sup>62</sup> Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15, cit. (il corsivo è aggiunto).

<sup>63</sup> Corte Giust. UE 3 ottobre 2019, causa C-208/18, par. 59, in *Dejure*, nonché Corte Giust. UE 2 aprile 2020, causa C-500/18, in *Dejure*, la quale ritiene altresì non decisiva la circostanza che il contraente abbia «compiuto un numero elevato di operazioni in un lasso di tempo relativamente breve o che abbia investito ingenti somme in tali operazioni».





5. – Il disancoraggio dello *status* di consumatore-fideiussore dalla natura del debito garantito denota la consapevolezza, maturata dal diritto vivente, circa la situazione di *debolezza* – e la conseguente esigenza di tutela – della persona fisica che abbia contratto l’obbligazione fideiussoria per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale.

Nel ricucire lo strappo fra la nozione domestica di consumatore-garante e quella coniata dalla Corte di Giustizia, la Cassazione continua, peraltro, ad alimentare l’equivoco su cui si è sviluppato il dibattito sulla compatibilità delle tutele consumeristiche con il paradigma della fideiussione. Mentre, infatti, nessuna incrinatura può essere rilevata nella esegesi eurocomunitaria della qualità di consumatore-fideiussore – la cui geometria variabile non discende da un mutamento di rotta della Corte di Giustizia, bensì dal diverso approccio sotteso alle direttive 85/577/CEE e 93/13/CEE –, il giudice di legittimità ha, per converso, rimeditato l’orientamento precedentemente consolidato, imputando il (proprio) *revirement* ad un’inversione di tendenza di cui non è dato scorgere traccia nella giurisprudenza unionale.

Oltre a tale ambiguità di fondo, il declino, apparentemente irreversibile<sup>64</sup>, del professionismo di riflesso lascia irrisolte una serie di questioni interpretative, dalla cui soluzione dipende l’ampiezza del perimetro – soggettivo e oggettivo – di applicazione della fideiussione *b2c*.

In primo luogo, il chiarimento nomofilattico circa la *neutralità* dello *status* del garante rispetto a quello del debitore principale rimette all’interprete il delicato compito di scrutinare i rapporti fra i due coobbligati alla luce degli indici rivelatori della professionalità elaborati dalla Corte di Giustizia. Al fine di attribuire (ovvero disconoscere) la qualità di consumatore, in particolare, il giudice dovrà attingere dall’armamentario concettuale ed ermeneutico del diritto societario, non risultando, spesso, agevole appurare l’inesistenza – o comunque la non prevalenza – di una finalità professionale facente capo al fideiussore<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Il superamento del professionismo di riflesso viene etichettato come «definitivo» da A. ZURLO, *Il definitivo superamento del c.d. professionismo «di rimbalzo»*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, II, 506 ss., il quale rileva che «al professionismo «di rimbalzo» (e, ancor prima, all’ indefinita onnicomprensività dell’accessorietà fideiussoria) è stato preferito il criterio della funzionalità, che, soppiantando l’artefatta equazione qualificatoria “garante del professionista = professionista”, deve essere correttamente assunto anche quale canone cui parametrare, in chiave pragmatica, la nozione di “consumatore”» (p. 515).

<sup>65</sup> Il problema – viene recentemente osservato – «è dato dall’individuazione dei criteri per ravvisare quella “cointeressenza” del fideiussore all’attività professionale del debitore principale che, nella prospettiva euro-unitaria, porta a negare la qualifica di consumatore» (D.M. BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, cit., 839, che equipara, a tale fine, il «titolare di una partecipazione all’in-



In secondo luogo, il riconoscimento dello *status* di contraente debole non comporta *sic et simpliciter* l'invocabilità, da parte del garante, di tutte le tutele consumeristiche, occorrendo, di volta in volta, accertare se l'esperimento dei rimedi previsti nelle direttive europee – e nelle corrispondenti normative di attuazione – presupponga la sola qualità di consumatore ovvero (anche) il perfezionamento di una determinata tipologia di operazione negoziale; a titolo esemplificativo, una recente pronuncia della Cassazione tedesca ha ritenuto che il condebitore non possa avvalersi dello *ius poenitendi*, il cui perimetro applicativo resta circoscritto ai contratti stipulati «con un consumatore (§ 310 III BGB), che abbia[no] per oggetto una prestazione onerosa del professionista», mentre «le fideiussioni non soddisfano questi presupposti del diritto di recesso»<sup>66</sup>. L'inapplicabilità delle norme sul recesso penitenziale non determina, in ogni caso, la perdita della qualità di consumatore – né l'irrelevanza delle correlate istanze di protezione – di guisa che la decisione con la quale venisse, in ipotesi, accertato lo scopo non professionale del fideiussore potrebbe, senza essere tacciata di alcuna contraddittorietà, negare al garante la titolarità del diritto di ripensamento e, al contempo, ritenere vessatorie alcune clausole contrattuali alla luce della disciplina del codice del consumo.

Si segnala, infine, la questione – di notevolissimo impatto pratico – che il Tribunale di Milano ha sottoposto all'esame della Corte di Giustizia nell'ottobre 2019, riguardante la situazione del garante che, pur avendo agito per finalità private, non abbia proposto opposizione avverso l'ingiunzione di pagamento emessa in favore del creditore in quanto *inconsapevole* della possibilità di eccepire validamente il proprio *status* di consumatore, stante l'orientamento pretorio (sfavorevole) consolidato al tempo della notifica del titolo monitorio<sup>67</sup>.

La richiesta del garante esecutato – in forza del decreto ingiuntivo non opposto – di accertare, sulla falsariga di quanto statuito nella sentenza *Aziz*<sup>68</sup>, l'abusività delle clauso-

---

terno della società garantita» al «soggetto che beneficia degli utili in virtù di un rapporto di associazione in partecipazione»).

<sup>66</sup> BGH, Sentenza del 22 settembre 2020 – XI ZR 219/19, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2021, I, 146 ss.

<sup>67</sup> Trib. Milano, 31 ottobre 2019, causa C-831/2019, in *Dejure*.

A fronte di questa situazione – si legge nell'ordinanza di rinvio – «più che di (colpevole) inerzia, potrebbe a ben vedere parlarsi di incolpevole ignoranza [del fideiussore] del proprio *status* di consumatore; incolpevole ignoranza che ha precluso [alla parte garante] di scegliere in modo consapevole se avvalersi o meno della tutela accordatale in quanto persona fisica contraente per uno scopo estraneo all'attività professionale eventualmente svolta. Una simile, consapevole scelta è, invece, stata possibile solo dopo l'instaurazione della (...) procedura di espropriazione in un momento nel quale, stando al diritto nazionale, risulta tuttavia preclusa la superabilità delle decisioni contenute nei decreti ingiuntivi».

<sup>68</sup> Corte Giust. UE 14 marzo 2013, causa C-415/11, espressamente richiamata dal Tribunale di Milano.



le delle fideiussioni previamente sottoscritte ha indotto il giudice milanese a porre l'interrogativo «se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore»<sup>69</sup>.

Nelle recentissime *Conclusioni* dell'Avvocato Generale, la questione è stata giudicata «ricevibile», alla stregua del rilievo per cui la «consapevolezza tardiva del proprio status da parte di un consumatore» costituisce il «fondamento logico» della «verifica d'ufficio

---

Nella trama motivazionale della pronuncia *Aziz*, peraltro, la tutela del consumatore esecutato viene ancorata al diritto *fondamentale* all'abitazione, il cui coinvolgimento nella procedura esecutiva «potenzia gli argomenti a favore di una tutela effettiva del consumatore, che a sua volta garantisce una protezione all'abitazione stessa» (E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e «drittewirkung» ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018, 105; EAD., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, V, 1289).

Senonché, tale percorso argomentativo non può essere esteso ai finanziamenti che abbiano ad oggetto beni diversi dall'abitazione (Corte Giust. UE 26 aprile 2018, causa C-176/17, richiamata da S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2019, V, 1270).

La valorizzazione del riferimento costituzionale non legittima, inoltre, la sospensione dell'esecuzione in tutti i casi in cui il debitore sia a rischio di esclusione sociale, in quanto tale esito, oltre ad avere un «dubbio fondamento nella teoria delle fonti», produrrebbe «l'ulteriore effetto negativo di rendere non prevedibile l'attuazione dei rimedi contro l'inadempimento» (E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, I, 86, la quale osserva come una siffatta operazione ermeneutica «realizzerebbe, in via giurisprudenziale, un effetto redistributivo di sapore dirigistico e a macchia di leopardo che, con ogni probabilità, comprimerebbe il mercato dei mutui e, nel medio periodo, si ritorcerebbe contro la stessa categoria di soggetti astrattamente destinatari della protezione, che vedrebbero ridotta la possibilità di accesso ai contratti o peggiorate le condizioni contrattuali»).

<sup>69</sup> Trib. Milano, 31 ottobre 2019, causa C-831/2019, in *Dejure*.

Ad avviso del giudice del rinvio, in particolare, occorre valutare se l'orientamento giurisprudenziale che escludeva la qualificazione del garante in termini di consumatore possa concretare un «elemento idoneo a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti al consumatore attribuiti dalla disciplina nazionale di recepimento della direttiva 93/13/CEE e se l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al debitore consenta, sulla base degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di effettuare un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in base al quale è stato ottenuto un decreto ingiuntivo, pur avendo il decreto ingiuntivo ormai acquisito efficacia di giudicato per mancata opposizione».



delle clausole abusive»<sup>70</sup>. L'esigenza di consentire al giudice dell'esecuzione di operare tale sindacato – prosegue l'AG – trae origine dallo stesso principio di *effettività*, risultando altrimenti «svuotato del suo contenuto» l'obbligo «incombente al giudice nazionale ai sensi della direttiva 93/13»<sup>71</sup>. Muovendo da tali premesse, l'Avvocato Generale ritiene censurabile la normativa nazionale che precluda la verifica, «d'ufficio o su istanza di una parte», dell'abusività delle «clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata».

Laddove la Corte di Giustizia dovesse estendere il potere di accertamento officioso della vessatorietà alla fase esecutiva, nonché *rimettere in termini* i garanti escussi che non abbiano eccepito la propria estraneità (ovvero un coinvolgimento marginale) rispetto all'attività del debitore principale, l'applicazione della direttiva 93/13/CEE verrebbe, di fatto, resa immune agli effetti del giudicato implicito eventualmente formatosi sulla non abusività delle pattuizioni che scandiscono l'impegno fideiussorio.

Le numerose questioni che continuano a gravitare intorno alla nozione di garante-consumatore rendono il contratto di fideiussione un punto di osservazione privilegiato dell'intero dibattito sulle negoziazioni asimmetriche *b2c*, suscitando l'impressione che, in questo *cantiere aperto*, il tramonto del professionismo di rimbalzo sia ben lungi dal costituire la *fine dei lavori*.

---

<sup>70</sup> CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE EVGENI TANCHEV (cause riunite C-693/19 e C-831/19), 15 luglio 2021, consultabili su [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Dopo aver richiamato le decisioni rese nei casi *Tarcău e Dumitras*, l'AG inferisce lo *status* di consumatore della parte garante dalla circostanza che quest'ultima era «diventata socia al 22%» della società debitrice solo dopo l'emanazione del decreto ingiuntivo, risultando peraltro «titolare di un rapporto di lavoro alle dipendenze di un'altra società dal 1976» e non ricoprendo, «all'epoca della conclusione dei contratti di fideiussione, (...) alcuna funzione direttiva» nella società garantita.

<sup>71</sup> «Vietare al giudice dell'esecuzione di effettuare, per la prima volta, la valutazione del carattere abusivo delle clausole soltanto per via del giudicato implicito del decreto ingiuntivo» – osserva ancora l'AG – renderebbe «impossibile eseguire un controllo dell'abusività in qualsiasi fase del procedimento».

Riguardo all'ostacolo del giudicato, viene richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui «l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi» (Corte Giust. UE 31 gennaio 2019, causa C-225/17).