



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DISEI

DIPARTIMENTO DI SCIENZE
PER L'ECONOMIA E L'IMPRESA

WORKING PAPERS – LAW, ECONOMICS AND SOCIAL RIGHTS

LE GARANZIE DEL CREDITO IN TEMPI DI CRISI (TRE RECENSIONI)

ANDREA BUCELLI

Working Paper N. 2/2021

DISEI, Università degli Studi di Firenze
Via delle Pandette 9, 50127 Firenze (Italia) www.disei.unifi.it

The findings, interpretations, and conclusions expressed in the working paper series are those of the authors alone. They do not represent the view of Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa.

*

Il tema delle garanzie del credito, specie in tempo di crisi, è di grande rilievo. Basti pensare al ruolo delle garanzie nei prestiti erogati dal sistema bancario (cfr. già A.F. Pozzolo, *The role of guarantees in banking lending*, Temi di discussione, n. 528, dicembre 2004, Banca d'Italia): «In una società fortemente incentrata sul debito...le garanzie del credito sono ... oggetto di riflessione, ripensamenti, ed anche mutamenti legislativi», osserva Lavinia Vizzoni introducendo la sua recente monografia *Fideiussione e rapporti economici complessi* (edita per i tipi di Giappichelli, Torino, 2020).

L'evoluzione in atto è significativa ed investe tanto le garanzie personali che quelle reali. I maggiori impulsi al cambiamento provengono dall'autonomia privata, a ridosso della quale – con i suoi tempi – si muove il legislatore, magari sospinto da esigenze emergenziali, come quello che stiamo attraversando. Ne risultano modelli nuovi di garanzia ed alcune linee costanti di sviluppo: la tendenza ad allontanarsi dagli astratti tipi codicistici, ma anche «il declino delle rigidità concettuali» e, ancora, «la rivalutazione dell'effettività delle operazioni economiche in una cornice di accentuata rilevanza dei controlli affidati ai criteri elastici di valutazione» (U. Breccia).

Rivisitata la statica disciplina codicistica della fideiussione per quel che serve nell'economia di un'indagine «di tipo scompositivo», che vuole calare l'istituto nel contesto delle specifiche operazioni economiche, Vizzoni guarda il fenomeno fideiussorio dall'angolazione del garante, delle sue «qualifiche soggettive», ponendo sotto la lente di un'analisi acuta e scrupolosa tre tipologie fideiussorie: a) il fideiussore persona fisica che garantisce l'adempimento del professionista; b) il fideiussore familiare che garantisce l'adempimento del congiunto; c) il fideiussore persona fisica che si fa garante di un debitore sovraindebitato. Obiettivo dichiarato dello studio è «verificare se il fideiussore che si trovi in una peculiare situazione sul piano economico-contrattuale possa essere destinatario di specifiche normative, aventi prevalente funzione di tutela, ma capaci al contempo di realizzare anche una maggiore coerenza sistematica o, ancora, di chiarire se il garante possa impiegare specifici rimedi per uscire da situazioni di particolare difficoltà o svantaggio».

Questo il programma di un'ampia indagine, che si snoda seguendo almeno quattro traiettorie.

Enfatizzando il rapporto di accessorietà, la qualità di consumatore del debitore principale si proietta sul garante e viceversa, con il risultato di impedire l'applicazione della disciplina consumeristica al fideiussore “privato” che presti garanzia a favore del professionista. Tale soluzione, fino ad un certo punto affermata da una granitica giurisprudenza, è stata criticata e poi si è incrinata via via che è stata avvertita l'esigenza di far emergere la posizione assunta in concreto dal garante nella specifica operazione economica realizzata, badando al ruolo in essa svolto, agli interessi effettivi. In tal senso gli elementi raccolti – oltre alla dottrina, la presa di posizione di ABF, le aperture della Corte di Giustizia UE, le proposte di direttiva sul credito al consumo, in particolare quella, poi sfumata, del 2002, i progetti europei di matrice dottrinale (in particolare il *Draft Common Frame of Reference*), per arrivare alla giurisprudenza interna, sia di merito che di legittimità – approdano all'abbandono, ad opera di Cass. ord. n. 742 del 2020, della tesi del c.d. professionista di rimbalzo, imperniata appunto su una acritica applicazione del principio di accessorietà.

Altra qualità soggettiva presa in esame è lo *status* familiare: non c'è dubbio che l' *affectio familiaris* induce a prestare fideiussioni financo rovinose. Ma l'esigenza di tutela di un garante privato particolarmente vulnerabile non trova risposta, né nell'astratta disciplina codicistica né a livello giurisprudenziale. Da qui un'indagine comparata a cominciare dall'ordinamento tedesco, da tempo attento al fenomeno fino al punto da ammettere l'invalidità della fideiussione familiare grazie alla valorizzazione di clausole generali, in particolare la buona fede, che apre

la strada ad un penetrante controllo giudiziale del regolamento contrattuale. Si muove in tal senso la fondamentale pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 1993, all'origine di un dibattito in cui sono emerse contrapposte istanze, da un lato di tutela dell'autonomia privata, dall'altro di giustizia contrattuale. Il che porta l'indagine a soffermarsi sul complesso dibattito, anche domestico, in tema di *Drittwirkung*: l'applicazione diretta ai rapporti inter-privati dei principi costituzionali, veicolata dalle clausole generali, consegna – come detto – al giudice significativi poteri correttivi del contenuto contrattuale. Anche le Corti inglesi – ma seguendo la diversa traiettoria dei vizi del consenso (*undue influence*), ed accentuando gli obblighi informativi precontrattuali – sono pervenute all'invalidazione delle fideiussioni familiari. Sul versante interno Lavinia Vizzoni constata i ristretti spazi per invalidare le fideiussioni familiari per vizi del consenso, ma esprime anche una certa cautela nei confronti delle soluzioni giurisprudenziali «talvolta alquanto spregiudicate, che hanno consentito di affrontare il controverso tema dell'applicazione costituzionalmente orientata delle clausole generali» (p. 154). Questo, pur riconoscendo l'impatto che il principio di buona fede ha sia nel diritto europeo dei contratti che nel diritto vivente dei rapporti bancari. Originali le notazioni sulle pratiche commerciali scorrette, la cui ampia nozione potrebbe ricomprendere talune fattispecie di fideiussione, spostando peraltro le tutele sul piano esclusivamente amministrativo.

Contestualizzata ancora nell'ambiente familiare, la prestazione della garanzia fideiussoria può essere indice sintomatico (di cui la giurisprudenza ha indagato i possibili significati e le implicazioni probatorie) non soltanto di un'*affectio familiaris o coniugalis*, ma anche di un'*affectio societatis*. Ci si è chiesti allora se prestare una fideiussione possa di per sé configurare gli estremi di un conferimento. Certo è che il familiare garante può divenire socio di fatto od occulto, di talché emergeranno interessi articolati, riconducibili non più soltanto alla figura del fideiussore “debole”, ma anche ai creditori. Con la conseguente, possibile estensione al socio illimitatamente responsabile della procedura di liquidazione giudiziale (art. 256 cod. crisi e insolv., di seguito CCI, già art. 147 l. fall.).

Nella società del debito e della crisi, il sovraindebitamento dei soggetti non fallibili (come si sarebbero qualificati fino a qualche tempo fa) anche nel nostro paese ha trovato un approdo normativo (l. n. 3 del 2012 e successive modifiche, confluite poi nel CCI), che prevede una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, il c.d. concordato minore. Di una disciplina a parte è destinatario il debitore-consumatore. Come noto, all'omologazione del «piano di ristrutturazione dei debiti» a certe condizioni consegue l'esdebitazione, relativamente alla parte dei debiti non soddisfatti. Ma l'esdebitazione del debitore principale – è da chiedersi – produce anche l'esdebitazione del fideiussore? A tale interrogativo seguendo la tendenza normativa, apprezzata in dottrina, verrebbe da rispondere negativamente. Il che peraltro risulterebbe però del tutto dissonante rispetto al principio di accessorietà. Al tempo stesso la riflessione sull'esdebitazione – incide sul piano della responsabilità o, come ritiene l'A., modifica la disciplina del rapporto obbligatorio? – potrebbe avallare la tesi estensiva, forse anche sistematicamente più coerente. Il principio codicistico dell'accessorietà sarebbe qui opportunamente utilizzabile, anche se in base alle norme di settore – che pure puntano ad un *fresh start* effettivo del debitore e che qualche segnale in contrario lo forniscono (artt. 66, 79, co. 5, CCI) – non sembra agevolmente sostenibile. Va da sé che, se ammessa, la soluzione estensiva avrebbe riflessi negativi sul costo del credito. Per altro verso si valuta l'ammissibilità di una procedura di sovraindebitamento per lo stesso garante, il che riporta l'attenzione sulla qualifica soggettiva di consumatore sovraindebitato. Qualifica che, tra discordanti pronunce di merito ed una significativa apertura di Cass. n. 1869/2016, che supera la teoria del professionista di rimbalzo, nonché prospettive di riforma e novità sul piano europeo, sembra delineare una ancora diversa («anomala») figura di fideiussore.

Attingendo alla dottrina recente e talvolta risalente, anche non strettamente civilistica (ad es., a pp. 90, 205), facendo risuonare le sentenze e i dialoghi tra dottrina e giurisprudenza (ad es. p. 118), non senza calibrati riferimenti comparati, seguendo una linea argomentativa nitida e stringente: con tutti questi “ingredienti” mi pare che Lavinia Vizzoni abbia dato un contributo ricostruttivo di spessore nel ripensare un istituto che, al di là dell’astratta cristallizzazione codicistica, è ormai consegnato ad una pluralità di «statuti», ritagliati sulla soggettività, sul «ruolo sostanziale» del garante. L’ennesima conferma – verrebbe da dire – di un ritorno allo *status*, da cui è percorsa la recente legislazione in materia contrattuale e, in particolare, la contrattazione d’impresa. Ma la contestualizzazione delle garanzie personali nell’ambito dell’attività d’impresa esprime un ulteriore programma di ricerca.

**

Mario Renna, *Garanzie personali e autonomia d’impresa* (Pacini editore, Pisa, 2021) guarda al contratto autonomo di garanzia e alla fideiussione *omnibus* come banco di prova, «per valutare l’impatto generato dalle garanzie personali d’impresa sui requisiti essenziali del contratto e sulla disciplina codicistica della fideiussione». L’indagine colloca la fideiussione «nel prisma dell’autonomia d’impresa», ciò «in chiara discontinuità rispetto ai canoni dell’autonomia privata classica dell’individuo proprietario, favorendo l’emergere e la consolidazione di una peculiare sistematica di schemi e discipline alla luce delle ragioni commerciali che innervano le garanzie personali». L’A. prospetta un «processo di specializzazione della garanzia autonoma e della fideiussione omnibus, rimarcando i confini tra garanzie personali d’impresa e garanzie del consumatore» (p. 12).

L’impostazione del lavoro è di ampio respiro. Nell’art. 41 Cost. si rinviene l’«ancoraggio normativo principale per il riconoscimento dell’autonomia d’impresa», la base di legittimazione di «una peculiare capacità negoziale (...) orientata verso l’efficace svolgimento dell’attività d’impresa» (p. 25), di cui il contratto è fondamentale strumento. Contratto, la cui liceità e meritevolezza va valutata nel contesto dell’attività d’impresa e del mercato (concorrenziale) in cui s’inserisce. Il nesso tra autonomia d’impresa, autonomia contrattuale e diritto della concorrenza deve svolgersi in vista dell’utilità sociale, da intendersi non come fini imposti ai privati, ma ragione e limite dell’intervento pubblico nella disciplina dei rapporti economici: l’autonomia d’impresa è quindi riconosciuta e condizionata dall’ordinamento, ma non funzionalizzata. La disciplina antitrust dimostra che la validità del contratto (intese lecite e illecite) si valuta in ragione delle ripercussioni sul processo concorrenziale: il mercato è assunto «quale contesto condizionante». Anche se, a margine di tale prospettazione, è appena il caso di annotare l’autorevole monito (Perlingieri): «La società non è riducibile al mercato».

Se la «contrattazione d’impresa costituisce un indice dell’autonomia d’impresa», e se «il potere di autodisciplina degli interessi patrimoniali assume una configurazione peculiare quando s’intreccia con l’attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o servizi» (p. 55), l’indagine sulla discussa categoria (empirica, ma non dogmatica: p. 76) dei contratti d’impresa, svolta prima sul codice civile e poi sulla più recente legislazione speciale di matrice europea, suggerisce una lettura funzionale che non si fermi alle deviazioni normative e metta piuttosto a fuoco «le interrelazioni tra l’impresa e le fattispecie contrattuali» (p. 75).

Ripercorsi gli itinerari di un risalente dibattito sul rapporto tra diritto civile e diritto commerciale, dal codice di commercio del 1882 al codice unitario “commercializzato” del 1942, accertata la «rilevanza dell’impresa nelle dinamiche contrattuali», l’A. si allinea alla tesi di quanti, valorizzando il dato della frammentazione e della molteplicità, credono nella costruzione di un’autonomia d’impresa che, nello spazio globale, tende a superare le rigidità degli ordinamenti nazionali per ricercare regole comuni su base contrattuale. Insomma una

produzione normativa extrastatuale, d'impostazione liberale e dispositiva (nuova *lex mercatoria*, Principi Unidroit e così via).

Al fine di individuare lo statuto dell'autonomia d'impresa l'analisi s'incentra sul paradigma dell'attività, valorizzata nel codice del 1942. Risalendo non dall'atto all'attività, come d'abitudine, ma considerando i riflessi della medesima sugli atti quali momenti o aspetti dell'attività, obiettivo dello studio è «sviscerare il rapporto tra atto e attività, al fine di rinvenire condizionamenti e qualificazioni disciplinari specifiche». Superando la dialettica classica fattispecie/effetti, l'A. intende adottare una «lettura del regolamento contrattuale attraverso un approccio funzionale, sostitutivo di uno meramente strutturale». L'atto viene dunque ripensato nella «cornice» dell'attività: «Il principio di utilità sociale, l'attività e il rapporto tra contratto e mercato sorreggono la cornice all'interno della quale va effettuato il controllo di liceità e di meritevolezza del contratto d'impresa», il che «permette di verificare la compatibilità dell'atto di autonomia destinato al mercato con i principi e i valori dell'ordinamento» (p. 127). Così sotto il profilo della causa il contratto è valutato nella prospettiva del diritto della concorrenza, quale intesa a seconda dei casi lecita o illecita. Ma il modello dell'incidenza del contratto sul processo concorrenziale non è da confinare tra le eccezioni. Le stesse garanzie personali atipiche, in particolare il contratto autonomo di garanzia, se isolatamente concluso può incontrare problemi di compatibilità in un ordinamento di tipo causalista; collocato invece nell'area dell'attività d'impresa esige una valutazione della causa concreta, riferita al contesto dell'affare, con la conseguenza che «è nell'interesse del mercato la difesa della ragion pratica dell'operazione complessa secondo il senso che le è immanente» (Breccia); «la dinamica dell'attività d'impresa ne condiziona legittimità e meritevolezza» (p. 202). Ma in che senso ciò avvenga è da verificare (come ammette lo stesso A.: p. 203). Ad ogni modo, nonostante alcuni dubbi dottrinali (ad es. Alpa), la riferita ricostruzione approda ad un'autonomia contrattuale d'impresa che si emancipa dall'autonomia contrattuale *tout court*.

Nell'ampia tematica delle garanzie del credito (con precisazioni terminologiche e concettuali che definiscono il perimetro dell'argomento), l'esame privilegia il profilo funzionale degli interessi dei soggetti coinvolti. Si colgono le tendenze evolutive sia sul versante delle garanzie personali che delle garanzie reali, con il superamento dei tipi codicistici (si pensi ad es. al pegno mobiliare non possessorio ex art. 1, d.l. n. 59/2016, conv. con modifiche in l. n. 119/2016) e in adeguamento alle logiche d'impresa, che richiedono da un lato di non sottrarre al debitore *asset* strategici e dall'altro di fornire al creditore una tutela proporzionale ed effettiva. Anche sul versante delle garanzie personali l'autonomia d'impresa ha provocato significative trasformazioni, in particolare spingendo verso la rottura del principio di accessorietà, elaborando modelli di garanzia autonoma e di fideiussione omnibus. La tesi di fondo che si staglia è chiara: «La presenza del soggetto impresa – necessaria nel contratto autonomo di garanzia e tendenzialmente naturale, ma non per questo meno significativa, nella fideiussione omnibus – intacca le regole della parte generale del contratto, reclama una differente valutazione della causa e dell'oggetto e determina la creazione di un autentico sottosistema delle garanzie personali, ovvero quello delle garanzie d'impresa» (p. 163), senza che peraltro ciò conduca «*de plano*, ad un'abrasione dei principi e valori fondamentali ordinamentali» (p. 171).

L'autonomia dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione principale emerge anzitutto dalla prassi e segnatamente nell'ambiente dell'impresa: si pensi nei rapporti infragruppo alle lettere di patronage, affini alle garanzie autonome, cui peraltro la giurisprudenza ha esteso il limite di cui all'art. 1938 c.c., così trascurando le sottese ragioni delle concentrazioni d'impresa. Non mancano tracce anche a livello normativo.

La contrattazione d'impresa (della cui disciplina si esaminano i tratti salienti) è «antecedente» del *Draft Common Frame of Reference*, che mette a punto un'uniforme e

flessibile disciplina in tema di garanzie personali, distinte in garanzie personali d'impresa e garanzie personali del consumatore. Anche in altra disciplina uniforme, la Convenzione dell'UNCITRAL sulle garanzie indipendenti e sulle lettere di credito stand-by, si coglie la centralità e rilevanza delle dinamiche d'impresa, ancorché la tecnica regolamentare adottata non abbia al momento incontrato il favore degli Stati. Anche le norme e gli usi uniformi della Camera di commercio internazionale, con luci (norme equilibrate e chiare, approccio funzionale nel valutare l'operazione nel suo complesso) e ombre (disciplina lacunosa in tema di escussione abusiva della garanzia), egualmente valorizzano le ragioni dell'impresa. Dal sistema francese si ricavano ulteriori indicazioni nel senso della separazione tra fideiussioni commerciali e garanzie accessorie ad un atto di consumo (come emerge dalla dislocazione della disciplina tra *Code de commerce* e *Code de la consommation*, oltre che dalle iniziative di riforma in corso dello stesso *Code civil*). Dal *Code civil* belga si estrae l'apposito statuto per il *cautionnement à titre gratuit*, caratterizzato da norme a tutela del garante-persona fisica disinteressata, mentre la fideiussione omnibus senza previsione di massimale appare funzionale ai traffici commerciali e alle garanzie prestate dal socio o dirigente di società. In Francia la rigidità degli schemi codificati ha favorito lo sviluppo del contratto autonomo di garanzia, ora legislativamente riconosciuto (art. 2321 *code civil*), mentre resta escluso per crediti immobiliari e crediti al consumo.

Valutando più in dettaglio le clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni", se ne ravvisa non solo la funzionalità alle ragioni dell'impresa (la modulistica ABI le esclude per le garanzie prestate da consumatore a favore di altro consumatore), ma anche – calate in quel medesimo contesto – la conformità all'utilità sociale. La stessa clausola *omnibus*, riferita all'impresa e quindi al di là dell'ipotesi del contratto isolato e decontestualizzato, esige secondo l'A. una più ampia lettura del requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto. Solo rimuovendo l'automatica e formalistica applicazione del *plafond* codicistico ex art. 1938 c.c. alle garanzie d'impresa si può togliere un freno all'espansione economica, mettendo a punto un vero e proprio «moltiplicatore del credito». D'altra parte il garante del debitore imprenditore (società), vista l'attività e la qualifica soggettiva del garantito, non può non avere contezza della rischiosità dell'operazione. La posizione del garante va valutata per i concreti interessi «espressi nella garanzia» (p. 215), con la conseguenza che, in ragione di un'automatica applicazione del requisito dell'accessorietà, non gli si può attribuire uno *status* di riflesso a quello del garantito (teoria del professionista di rimbalzo).

Lo studio prosegue ripercorrendo in dettaglio il risalente dibattito sul contratto autonomo di garanzia, a cominciare dalla ricerca degli indici che consentono di rinvenire una garanzia autonoma, considerando le criticità dovute all'inquadramento dell'istituto in un ordinamento – il nostro – di tipo causalista, con un *excursus* giurisprudenziale fino a Cass. SS.UU. n. 3947/2010. A seguire si esamina il regime delle eccezioni e delle azioni di rivalsa. Tra diverse ricostruzioni del fondamento causale, Renna ritiene che la garanzia autonoma realizza interessi meritevoli di tutela e rispetta il principio di utilità sociale e, anzi, proprio «attraverso una valutazione causale legata all'attività d'impresa possono superarsi i problemi connessi all'astrattezza» (pag. 237).

Anche la fideiussione omnibus, figura che ha dato luogo anch'essa ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, «sfuggirebbe al tipo fideiussorio, esprimendo un assetto di interessi che merita di essere vagliato attraverso la prospettiva ordinante dell'autonomia d'impresa, in modo che risulti la dimensione valoriale dell'iniziativa economica» (p. 257), sicché l'A. riferisce le norme inderogabili degli artt. 1938 e 1956 c.c. alle (sole) fideiussioni prestate dal consumatore e comunque dal garante non professionale, disapplicandole invece per le garanzie personali d'impresa, fermo restando gli obblighi di buona fede e correttezza. Riaffiora perciò la distinzione tra contratti civili e contratti commerciali, che si riflette anche

nella lettura che l'A., tra molteplici ricostruzioni dottrinali, offre della nozione di oggetto del contratto: mentre nei contratti di garanzia stipulati dal consumatore l'oggetto, a scanso di incertezze e sorprese, deve essere determinato, la determinabilità del medesimo è connaturata ai contratti d'impresa.

L'allocatione dei rischi sottesa all'art. 1939 c.c. può essere derogata dalla clausola di sopravvivenza, anch'essa valorizzata nell'ottica dell'autonomia d'impresa, come pure si giustifica – nonostante reiterati indici codicistici in senso contrario – la clausola di reviviscenza della garanzia personale, a seguito del venir meno della causa di estinzione dell'obbligazione garantita. Di nuovo, però, l'A. reputa che la rinascita del vincolo di garanzia «non alimenta un contrasto con norme imperative, ma protegge esclusivi interessi d'impresa meritevoli di tutela (...) e redistribuisce i rischi diversamente dalla fideiussione classica, tenendo fermo il ruolo ausiliario giocato dalla fideiussione omnibus nell'erogazione del credito e nel sostegno all'attività economica del debitore principale» (p. 283). Anche la clausola di rinuncia ai termini fissati dall'art. 1957 c.c. segna un rafforzamento della garanzia che s'inserisce nella logica delle garanzie autonome d'impresa e senz'altro favorisce il credito bancario. Dette clausole, oltre a quella di pagamento a prima richiesta, sono ben presenti nelle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, che seppur non vincolanti certamente condizionano il contenuto dei contratti bancari e senz'altro «intaccano il tipo fideiussorio», esprimendo «insofferenza rispetto all'accessorietà codicistica» (p. 291). Tale disciplina standardizzata è stata oggetto di critiche per l'impatto anticoncorrenziale che può avere, oltre che in termini di ricadute sulla (facile) concessione del credito bancario (Autorità Garante per la concorrenza e il mercato, Banca d'Italia, ABI, ABF). Ma il problema più discusso in dottrina e giurisprudenza, sia togata che arbitrale (ABF), con responsi eterogenei dal lato dei rimedi (nullità parziale, nullità totale, risarcimento) ha riguardato i singoli contratti stipulati “a valle”, che recepiscono le norme uniformi bancarie, ossia le fideiussioni conformi allo schema diffuso dall'ABI. Sulla questione l'A. prende posizione, ribadendo la tesi di fondo del libro: la conformazione negoziale delle garanzie personali, quando funzionale alle logiche d'impresa e a differenza di garanzie prestate per fini non commerciali, la conformazione negoziale delle garanzie personali prestate da un garante professionale risulta meritevole di tutela.

L'economia del debito si ripropone nel lavoro monografico di Antonio Cilento, *Il credito nelle crisi. Garanzia, sofferenze e regolazione bancaria* (edita per i tipi ESI, Napoli, 2020), che muove dall'analisi delle dinamiche del credito nell'ambito delle crisi, prima economica e finanziaria e ora legata all'emergenza pandemica. In un mercato sempre meno caratterizzato da investimenti produttivi di nuovo reddito e sempre più fondato appunto sul debito, si registra un ricorso crescente a garanzie reali atipiche. Il problema dei crediti deteriorati nei bilanci bancari è divenuto il principale oggetto di una regolazione pubblica multilivello dell'attività e delle crisi bancarie («Lo sfondo problematico nel quale si inserisce la discussione sui marciatori bancari suggerisce di interrogarsi sulla complessiva adeguatezza del sistema delle garanzie nel nostro ordinamento rispetto alle necessità del mercato creditizio»: p. 79).

In un contesto di cui si percepisce tutta la complessità, sia sotto il profilo economico che giuridico, segnalando sotto quest'ultimo profilo l'interazione tra autonomia ed eteronomia, al di là delle classiche partizioni (diritto pubblico/diritto privato, generale/speciale, libertà/autorità, autonomia/eteronomia), l'A. muove dalla frammentaria disciplina dei patti marciatori, torna sul discusso rapporto tra il divieto di cui all'art. 2744 c.c., sulla cui *ratio* si sono espresse molteplici posizioni dottrinali e giurisprudenziali, con una tendenza estensiva del campo di applicazione della norma. Non senza rilevare gli inconvenienti di tale orientamento

interpretativo, l'esame delle pattuizioni marciane è impostato non soltanto sul confronto con il patto commissorio, ma anche sotto il profilo delle condizioni di liceità che nelle applicazioni contenute nelle discipline speciali sul prestito vitalizio ipotecario e sul pegno non possessorio. Il risultato è che «può discorrersi ormai di uno strumentario parallelo rispetto a quello di diritto comune con riguardo ai negozi volti a generare l'effetto accrescitivo delle modalità di soddisfazione delle ragioni creditorie, destinate a incidere sulle configurazioni tradizionali della responsabilità patrimoniale e del rapporto obbligatorio» (p. 95).

L'indagine prosegue con l'esame dei marciati bancari nei contratti B to B (art. 48 *bis* TUB) e nei contratti B to C nel credito immobiliare ai consumatori (artt. 120 *quinquies* e seguenti TUB). L'esegesi puntuale di tali discipline di dettaglio porta a ripensare l'evoluzione dei rapporti obbligatori al cospetto delle rilevate tendenze, volte al rafforzamento dei poteri dominicali e di controllo del ceto creditorio sul patrimonio del debitore, di contro sempre più esaurato delle prerogative proprietarie e sospinto verso situazioni di mero godimento protratto nel tempo. Dall'angolo visuale della situazione creditoria si coglie quindi una linea di sviluppo del diritto della responsabilità verso un neopatrimonialismo disintermediato, al di là della tutela apprestata dal codice di procedura civile. Sono numerosi ormai gli istituti di autotutela esecutiva sicché, come già sotto il profilo della regolazione, anche sotto il profilo rimediabile si assiste all'espansione dei poteri dei privati: «può affermarsi che non è più condivisibile la concezione panstatualistica (...), che ricostruiva in termini di eccezionalità ogni forma di autotutela» (p. 175). Il fenomeno, collocato nell'ottica della sussidiarietà, assume una portata sistematica ed una *vis expansiva* che peraltro non si può sottrarre dal necessario controllo di liceità e meritevolezza.

Lo studio si chiude con una interessante "appendice" sul credito nello "stato di eccezione", dedicata al diritto dell'emergenza in materia di obbligazioni e contratti. L'A. vede nella crisi pandemica l'occasione per un ripensamento del sistema del credito e dei relativi istituti, in una direzione che non può essere orientata né verso il neopatrimonialismo disintermediato né verso il neodirigismo emergenziale. Cilento si mostra piuttosto convinto della prospettiva, da tempo suggerita da autorevole dottrina, che propone una rilettura del rapporto obbligatorio coerente con il complesso dei principi costituzionali ed europei.