



TAVOLO di STUDIO
sulle **ESECUZIONI ITALIANE**

Autori:

Simone Luchini

(coordinatore del gruppo di lavoro)

Tiziana Allievi *(La Scala Studio Legale)*

Antonino Barletta

(Università Cattolica del Sacro Cuore)

Dino Crivellari *(Avvocato in Roma)*

Antonio Diener *(Notaio in Modena)*

Arturo di Lorenzo *(Avvocato in Roma)*

Laura Pelucchi *(La Scala Studio Legale)*

Stefano Santin *(La Casa del Consumatore)*

PATTO MARCIANO O PATTO “MARZIANO”?

**alcuni spunti critici circa
l'applicabilità pratica del nuovo
strumento legislativo di garanzia**

9 marzo 2017

A CURA DELL'ASSOCIAZIONE T.S.E.I. [T6]

Realizzato con l'apprezzato contributo del prof. Antonino Barletta (Università Cattolica del Sacro Cuore), del dott. Antonio Diener (Notaio in Modena) e dell'avv. Arturo di Lorenzo (Foro di Roma) che ringraziamo

Per favore citare questo studio come:

“T6 (2017), «Patto Marciano o “Marziano”? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia», Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), n. 4-17, 9 marzo 2017”

PATTO MARCIANO O PATTO “MARZIANO”?

alcuni spunti critici circa l’applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia

A CURA DELL’ASSOCIAZIONE T6
“TAVOLO DI STUDIO SULLE ESECUZIONI ITALIANE”

9 marzo 2017

Autori:

Simone Luchini (Coordinatore del gruppo di lavoro)
Tiziana Allievi (La Scala Studio Legale)
Antonino Barletta (Università del Sacro Cuore)
Dino Crivellari (Avvocato in Roma)
Antonio Diener (Notaio in Modena)
Arturo di Lorenzo (Avvocato in Roma)
Laura Pelucchi (La Scala Studio Legale)
Stefano Santin (Casa del Consumatore)

© Associazione T6 – 8 Marzo 2017. E’ possibile copiare, riprodurre, scaricare o stampare il contenuto del presente materiale per uso solo personale, istituzionale, culturale o senza finalità di lucro, potendo includere estratti, contenuti e dati sui propri documenti, presentazioni, blogs, siti web, materiali formativi, a condizione che sia sempre correttamente ed integralmente riportata la fonte Associazione T6 come proprietaria del documento. Ogni altra richiesta di autorizzazione per utilizzo pubblico o commerciale, integrale o parziale, del presente materiale, ed eventuali diritti di traduzione dovrà essere indirizzata a segreteria@osservatoriot6.it.

ABSTRACT

Negli ultimi tempi si sente spesso parlare di “patto marciano”. Il patto marciano, semplificando, è un meccanismo che prevede la possibilità per il finanziatore di rivalersi sul bene del finanziato, nel rispetto di certe condizioni tra cui una stima del bene effettuata da soggetto terzo e soprattutto al momento del verificarsi dell’inadempimento, al diritto del finanziato di vedersi restituire l’eventuale eccedenza tra il valore del bene ed il credito vantato, e, solo nel caso di debitore-consumatore, il diritto all’esdebitazione anche in presenza di valore dell’immobile inferiore al debito, che con tale strumento si va ad estinguere. Si è ritenuto che il ricorso a questo strumento potesse diminuire i tempi di liquidazione, rispetto a quelli richiesti dall’espletamento del tradizionale procedimento di espropriazione immobiliare, che tra l’altro spesso vede il deciso ribasso del prezzo di vendita del bene, rispetto ai valori risultanti dalla determinazione dell’esperto. Questo studio analizza sia la clausola di trasferimento del bene immobile sospensivamente condizionato all’inadempimento del soggetto finanziato (L. n. 119/2016), sia la possibilità di estinguere l’intero debito del consumatore tramite “la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene”. Nell’esposizione dei risultati dell’analisi condotta su tali strumenti si è cercato dapprima di tracciare l’evoluzione interpretativa e legislativa in materia, poi di approfondire le questioni sottese alla più recente disciplina in materia (ad es., in relazione al campo di applicazione, alle modalità di attivazione) e le relative possibili soluzioni, nonché di valutare i limiti, i rischi, le opportunità connesse. In particolare, si è proceduto ad una simulazione dell’operatività che si troveranno ad affrontare tutti gli intermediari finanziari che vorranno applicare la norma nella speranza di contribuire ad un più efficace recupero del credito non rimborsato.

Gli autori hanno vagliato i suddetti istituti con un approccio multidisciplinare, che parte dall’inquadramento normativo, dai precedenti giurisprudenziali e dalle analogie con altri istituti, per effettuare una “radiografia” di tutto il novellato impianto normativo cercando di mettere in luce tutti gli aspetti critici a livello processuale, civilistico, consumeristico, tenendo sempre presente il quadro economico-pratico in cui i nuovi strumenti devono trovare applicazione: si è infatti provato ad ipotizzare le diverse attività ed i passaggi necessari a cui il finanziatore dovrebbe ricorrere sia per stipulare la clausola, sia per attivarla una volta concordata. E già qua si pongono alcuni dubbi relativamente alla facoltà o meno dell’istituto di credito di poter scegliere tra l’escussione stragiudiziale o la classica espropriazione immobiliare che non sembrerebbe così scontata.

Le maggiori criticità si sono rilevate soprattutto nella disciplina relativa alle imprese, ove il legislatore ha demandato all’interprete la definizione di diversi aspetti essenziali in relazione alla funzionalità dell’istituto: dalla natura e dagli effetti della pubblicità, al momento in cui si produce l’effetto traslativo, ai rimedi proponibili da parte del debitore ecc. Inoltre, in questa materia si prevede uno schema tassativo di trasferimento dei diritti sul bene al finanziatore, non contemplando in proposito alcuna possibilità alternativa. A nostro avviso, le valutazioni da parte del finanziatore, prima di ogni decisione riguardo all’esercizio del diritto di avvalersi del patto, dovranno essere molto accurate, cercando di individuare con precisione il più probabile valore di mercato e analizzando bene le caratteristiche dell’immobile (presenza di abusi urbanistici o edilizi, debiti condominiali o consortili, imposte non pagate, etc.), la presenza di iscrizioni ipotecarie di vario grado, e soprattutto la propria pretesa creditoria. In base infatti ai diversi rapporti tra valore stimato e credito vantato si potrà decidere, non senza ulteriori rischi, di attivare la clausola marciana, che trasferirà l’immobile dalla data in cui la clausola è stata sottoscritta, e quindi con

effetto retroattivo per quanto riguarda ogni responsabilità civile, penale e tributaria. Tali rischi sono, peraltro, accresciuti dall'incertezza che circonda l'identificazione del momento in cui si realizza l'effetto traslativo.

Per quanto riguarda la normativa per il consumatore (forse più flessibile dal punto di vista delle diverse modalità di attuazione previste, tra cui anche una sorta di "mandato a vendere" l'immobile) non sono chiari nemmeno i margini di manovra del finanziatore, che potrebbe essere obbligato a percorrere fino in fondo una scelta intrapresa, senza poter cambiare strategia e optare per l'esecuzione immobiliare, qualora i valori in campo si rivelassero diversi da quelli inizialmente stimati.

Anche dal lato dei costi il trasferimento del bene sembrerebbe decisamente oneroso, visto che alcuni possono essere imputati al debitore-venditore, andando quindi a incidere negativamente sul valore periziato, mentre altri, come l'imposizione fiscale, sarebbero difficilmente ribaltabili restando a carico della banca-acquirente.

Tra le tante aree di rischio o comunque di "indebolimento" dell'*appeal* dello strumento si evidenzia anche un eventuale rischio contenzioso con probabile revocatoria ordinaria, peraltro in presenza di uno strumento come l'assegnazione in sede di esecuzione che ad oggi è diventata sicuramente ben più appetibile e sicura in quanto purga tutte le iscrizioni presenti sull'immobile, avviene all'ultimo valore base d'asta e soprattutto non esdebita il soggetto finanziato qualora il ricavato fosse inferiore al credito vantato.

Queste sono solo alcune delle innumerevoli criticità che sono state esposte in dettaglio con lo scopo di fornire agli operatori del settore (soprattutto banche, studi legali e notarili e *service*) non solo un primo spunto di riflessione sui rischi possibili, ma anche alcuni suggerimenti o interpretazioni che potrebbero aiutare a risolvere i problemi rilevati.

Le risposte che gli autori propongono, per quanto rappresentano un valido tentativo di affrontare positivamente le questioni che vengono man mano affrontate, non trattengono gli autori dal richiedere al legislatore alcuni interventi correttivi (sia in fase di decretazione attuativa, sia anche di norma primaria) in assenza dei quali sembrerà assai arduo ipotizzare quel ricorso ai nuovi strumenti, da più parti auspicato, in maniera tale da contribuire in modo risolutivo o comunque significativo alla riduzione delle esecuzioni immobiliari o altre procedure concorsuali ed all'accorciamento dei tempi di recupero dei crediti.

INDICE

PRIMA PARTE - INTRODUZIONE

[1] PREMESSA.....	7
[2] SCOPO DELL'ANALISI.....	9
[3] METODOLOGIA E STRUTTURA.....	11

SECONDA PARTE - CONTRIBUTI

[4] INTRODUZIONE AL PATTO MARCIANO <i>A cura di Antonio Diener (Notaio in Modena)</i>	13
[5] DIALOGHI IN TEMA DI PATTO MARCIANO NEL SETTORE BANCARIO <i>A cura di Antonino Barletta (Professore associato presso l'Università Cattolica e Avvocato in Milano)</i>	19
[6] UNA SIMULAZIONE DELLE POSSIBILI CONSEGUENZE PER I CREDITORI NELL'ATTIVAZIONE DEL NUOVO STRUMENTO LEGISLATIVO [CON IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE] <i>A cura di Tiziana Allievi (Partner La Scala Studio Legale), Simone Luchini (Coordinatore del tavolo di studio), Laura Pelucchi (Senior Associate La Scala Studio Legale). Il "punto di vista del consumatore" a cura di Stefano Santin (Responsabile politiche finanziarie La Casa del Consumatore)</i>	63
[7] - IL DECRETO BANCHE AI SENSI DEL D.L. 59/2016 CONV. IN L. N.119/2916 <i>A cura di Dino Crivellari, avvocato in Roma</i>	76

TERZA PARTE - CONCLUSIONI

[8] CONCLUSIONI.....	84
[9] PROPOSIZIONI.....	86
[10] BIBLIOGRAFIA.....	87
[11] DISCLAIMER.....	89

PRIMA PARTE – INTRODUZIONE [capp. 1 – 3]

[1] PREMESSA

Dal 2015 l'Associazione T.S.E.I. si occupa di studiare, analizzare, approfondire tematiche legate al mondo delle esecuzioni individuali e concorsuali, con lo scopo di portare un contributo innovativo agli operatori del settore giustizia, alle banche creditrici, ai professionisti, ed alle società di recupero crediti, con un occhio anche al soggetto al centro di tutto il processo, cioè il debitore (che sia persona fisica o giuridica). In quest'ottica seguiamo con attenzione tutte le ultime modifiche normative che dal 2014 si sono succedute sino ai più recenti interventi di matrice comunitaria che hanno introdotto e disciplinato alcune forme di escussione stragiudiziale del bene.

Ci riferiamo in particolare, da un lato, al D.Lgs. n.72/2016 di recepimento della direttiva 2014/17/UE (cd *Mortgage Credit Directive*) sul credito ipotecario erogato da intermediari finanziari a consumatori e dall'altro lato alla L. n.119/2016, di conversione del D.L. n. 59/2016. Entrambe le normative hanno infatti innovato il Testo Unico Bancario (D.Lgs. n.385/1993) introducendo, rispettivamente, l'art. 120-quinquiesdecies e l'art. 48-bis. Queste due norme hanno fornito per la prima volta una disciplina al c.d. "patto marciano", istituto già ampiamente riconosciuto dalla dottrina, che consente il realizzo della garanzia mediante una forma di escussione stragiudiziale della stessa. Le modifiche si inseriscono in un rinnovato quadro normativo delle garanzie reali incentrate cioè su forme di autotutela stragiudiziale finalizzate a sopperire all'inefficienza del sistema giudiziario di recupero del credito.

Senza anticipare il contenuto della trattazione successiva che si pone l'ambizioso obiettivo di narrare ampiamente ogni aspetto teorico, pratico, commerciale, legale, operativo, e quant'altro, si vuole in questa breve premessa raccontare la genesi del progetto. La lettura delle disposizioni introdotte dagli art. 48-bis e 120-quinquiesdecies del T.U.B. hanno da subito messo in fermento coloro che si occupano, sotto diversi profili, del recupero del credito deteriorato, andando a stimolare una serie di legittimi dubbi, considerazioni, supposizioni, a cui solo in via teorica, e parzialmente, era possibile tentare di fornire una risposta o, quanto meno un'analisi più approfondita.

In tale contesto è nato quindi il presente progetto che cerca di mettere a fattor comune tutte le professionalità che avessero già affrontato l'argomento scrivendo o dibattendo a diverso livello, e coloro che fossero interessati ad approfondire la questione, per cercare mediante un approccio multidisciplinare, di analizzare il nuovo istituto del patto marciano da più (e soprattutto da diversi) punti di vista; si è cercato anche di non dimenticare una visione d'insieme che rappresentasse l'operatività spicciola (utilizzando un semplice criterio logico-cronologico), mettendosi nei panni dell'operatore che in procinto di utilizzare i nuovi strumenti messi a disposizione si imbatte in tutte quelle criticità e perplessità dovute ad una normativa che presenta ancora delle lacune. Il gruppo di lavoro ha all'interno tutte le professionalità necessarie per affrontare in maniera profonda, analitica, ed esaustiva le problematiche che si ritiene possano emergere dal ricorso allo strumento della clausola marciana. Ma per una scelta ben precisa, soprattutto legata alle tempistiche di realizzazione della presente ricerca, si è preferito svolgere con discreta dovizia di particolari la parte in cui si evidenziano tutte le possibili criticità operative e legali che, se non affrontate compiutamente, possono nella migliore delle ipotesi rendere il patto marciano di scarso interesse per il creditore, e nella

peggiore invece potrebbero addirittura portare a danni patrimoniali rilevanti o a contenzioso di lunga durata.

Da qui la spiegazione, sicuramente provocatoria, della scelta del titolo, volendo, con la locuzione “patto marziano”, ironizzare su un istituto che, come scopriremo alla fine di questo lavoro, rischia di non portare i benefici sperati in quanto privo di reali benefici economici ed operativi non solo per i creditori, ma in certi casi anche per i debitori stessi. Proprio per fornire un punto di vista diverso, per affrontare la discussione partendo da angoli opposti, per rappresentare un primo tentativo critico a cui poi, ci si augura, possano seguire numerosi altri approfondimenti, riflessioni, suggerimenti. Riteniamo infatti che la portata della modifica normativa introdotta prima dal citato art. 48-bis del TUB e subito dopo dal recepimento della direttiva europea M.C.D. (D.Lgs. n. 72/2016) meriti un ulteriore sforzo per renderla quanto più appetibile nelle scelte strategiche ed operative dei gestori del credito e dei finanziatori tutti.

Soprattutto quando si voglia considerare, come ricorderemo anche nelle conclusioni, la futura approvazione della riforma c.d. “Rordorf” (*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza* – 3671-bis) tesa anche al “riordino e alla revisione del sistema dei privilegi, con l’obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale o speciale”.

[2] SCOPO DELL'ANALISI

Lo scopo di questo scritto è quello di fornire un supporto critico ed operativo a tutti gli attori del settore del credito incagliato o in sofferenza (che va dai legali alle società di recupero del credito, dalle banche e dai servicer fino ai debitori stessi) per poterli dotare di tutti gli elementi utili a decidere consapevolmente sul ricorso o meno a questo nuovo strumento di garanzia, cioè il patto marciano, che cerca di superare i limiti del divieto del "patto commissorio" (art. 2744 c.c.) che in passato aveva sempre fornito un deterrente per tutte le gestioni in via "privatistica" e stragiudiziale dell'escussione del bene immobile posto a garanzia di un finanziamento.

In realtà nel corso dell'ultimo decennio, come vedremo meglio in seguito, si è assistito ad una graduale e significativa apertura verso queste nuove ed alternative forme di autotutela che si sono affiancate al progressivo sviluppo de casi di vendita degli immobili dei debitori da parte degli stessi finanziatori.

Sotto il primo profilo infatti si sono succedute dapprima il D. Lgs n.170/2004 sui contratti di garanzia finanziaria, il D.L. n.203/2005 che ha introdotto il prestito vitalizio ipotecario e la L. n.208/2015 sul *leasing* immobiliare abitativo, mentre dal secondo punto di vista sono incrementate le iniziative chiamate "*assisted sale*-vendita assistita" o "mandato a vendere": operazioni nell'ambito delle quali il creditore si interessa attivamente alla vendita del bene ipotecato sul mercato, fornendo assistenza, tempestività, addirittura una agenzia immobiliare convenzionata per la ricerca di acquirenti.

Ma tutto questo comportava dei rischi per il creditore, che non stiamo qua ad elencare, ed andava affrontata con tutte le tutele del caso (valutazione immobiliare da parte di soggetto indipendente, libertà di scelta del mediatore immobiliare, assenza di commissioni a carico del debitore, etc. etc.) proprio per tutelarsi contro eventuali contenziosi o azioni revocatorie, sempre possibili in questi casi.

La decretazione governativa ha voluto, con queste modifiche tendenti, come le altre, alla "degiurisdizionalizzazione" dell'escussione dei beni, non solo accelerare i tempi della giustizia, ma anche aumentare il ricavato, o comunque evitare il deprezzamento, tipico delle vendite di immobili in asta giudiziaria. Se l'intento è lodevole, e tutti gli operatori sicuramente hanno plaudito alla coraggiosa modifica, l'efficacia della norma, a nostro modesto avviso, è tutta da dimostrare. Bisognerà infatti attendere le prime applicazioni pratiche ed i primi effetti sul mercato per poter valutare l'effettiva portata ed il concreto beneficio che il mercato degli Npl ne potrà ricavare. Bisognerà infatti capire e verificare su che tipo di finanziamenti e su quali tipologie di beni verrà applicata questa nuova forma di garanzia.

Pertanto ci piacerebbe che questo scritto potesse, nella sua semplicità ma allo stesso tempo accuratezza e dettaglio, rappresentare un primo livello di approfondimento della materia, a beneficio soprattutto degli operatori di primo livello cioè le imprese che dovranno valutare se sottoscrivere o meno la clausola in oggetto, sia all'atto del finanziamento che successivamente, ma anche i finanziatori, e gli operatori stessi che, a vario titolo, si troveranno a dover gestire certi processi (servicer, legali, notai, etc.).

Non ultimo, vista la tempistica in cui è stato realizzato, lo scritto avrebbe anche l'ambizione di proporsi al legislatore suggerendo, se non già alcune risposte, almeno una serie di punti di attenzione che meriterebbero un doveroso approfondimento, così da rendere molto più semplice e sicuro il ricorso al trasferimento del bene immobile sospensivamente condizionato al successivo adempimento. Ci sarebbe piaciuto anche che si fosse resa

disponibile una pubblica consultazione, come a volte è avvenuto per altre tematiche, ma speriamo comunque che non sia troppo tardi per aprire un ulteriore tavolo di discussione sul tema, con l'impegno che tutti coloro che hanno contribuito alla ideazione, redazione e diffusione di questo studio sono a completa disposizione di chi volesse intavolare analoga – e più approfondita – analisi sul tema, aggiungendo nuovi spunti e punti di vista anche critici ma sempre costruttivi.

[3] METODOLOGIA E STRUTTURA

Lo scritto si compone di tre sezioni. La sezione iniziale, che si conclude con questo paragrafo, aveva lo scopo di descrivere la nascita del progetto, le motivazioni alla base della scelta, lo scopo ed i destinatari ideali del documento. La sezione centrale, sicuramente la più pregnante di contenuti e la più consistente, è il vero cuore del lavoro. Si compone a sua volta di quattro paragrafi tematici, il primo che descrive, riassume e semplifica tutto quanto è doveroso sapere sul patto marciano, con un approccio tecnico specifico e ricco di riferimenti normativi e giurisprudenziali. Il secondo paragrafo parte dalla lettura delle due modifiche normative già citate e ci schematizza, passo dopo passo, tutto quanto di critico si è rilevato a livello soprattutto procedurale ed interpretativo. Sempre nella stessa seconda parte si è voluto anche provare ad affrontare alcune delle questioni ritenute “delicate” o critiche provando a schematizzare delle idee, dei suggerimenti, delle soluzioni che potessero evitare o quantomeno limitare il problema indicato. Nella terza parte si è cercato di vedere l’istituto del patto marciano, nelle due sue connotazioni (cioè quello rivolto alle imprese e quello rivolto ai consumatori) dal punto di vista della convenienza o meno del finanziatore a valutare il ricorso o meno a questa modalità di escussione stragiudiziale. Si è pertanto voluto considerare tutta una serie di elementi economici, finanziari, reputazionali, operativi, e legali che il finanziatore si trova necessariamente a dover valutare quando si tratta di decidere se inserire o meno il patto marciano nei contratti, e quando la clausola sia stata sottoscritta, se sia conveniente o meno, in termini di tempi e di costi, rispetto agli strumenti tradizionali offerti dall’ordinamento giuridico (soprattutto l’esecuzione forzata immobiliare), farvi ricorso. Non da meno, si è considerato anche il punto di vista del consumatore, perché non si può mai prescindere dalla tutela delle sue prerogative. Abbiamo anche una quarta parte dove vengono esaminate le due maggiori modifiche introdotte con il D.L. n.59/2016 in ottica bancaria.

La terza sezione infine prova a fare una sintesi di tutto quanto espresso nelle pagine precedenti, traendo le conclusioni finali di tutti i vari percorsi di analisi discussi e mettendo a disposizione dei lettori anche degli ulteriori spunti di riflessione, alcuni più innovativi o provocatori, ma sicuramente meritori di un successivo approfondimento.

Per quanto riguarda la metodologia utilizzata, si è scelto di condividere l’impostazione, le finalità, la struttura del documento, nonché le priorità delle tematiche da affrontare, lasciando poi ai singoli contenuti centrali una stesura più personalizzata. Riteniamo che aver fatto sedere allo stesso tavolo (spesso virtuale) diverse professionalità, tutte ampiamente motivate ed incuriosite da questo nuovo strumento legislativo, abbia contribuito a dotare lo studio di una valenza non solo teorica (grazie all’anima più accademica o notarile), ma anche commerciale e pratica (grazie alla presenza di operatori di mercato), con un continuo confronto teso a sintetizzare, raffinare e presentare un contenuto pregnante ma di facile lettura, esaustivo quanto basta ma propedeutico a successivi (ed auspicati) approfondimenti.

SECONDA PARTE – CONTRIBUTI [capp. 4 – 8]

[4] INTRODUZIONE AL PATTO MARCIANO

A cura di Antonio Diener (Notaio in Modena)

Il patto marciano, nella sua accezione "classica", può essere definito come l'accordo fra le parti di un rapporto obbligatorio assistito da garanzia reale (ossia debitore ed il creditore pignoratizio o ipotecario) con il quale si conviene che il creditore, qualora il debitore alla scadenza risulti inadempiente, acquisti la proprietà della cosa ricevuta in pegno o ipoteca, con obbligo tuttavia di versare nel contempo al debitore la differenza tra l'ammontare del credito e l'eventuale maggior valore della cosa data in garanzia, accertato mediante una stima effettuata da un terzo successivamente all'inadempimento.

Il patto marciano rappresenta una *species* del più ampio *genus* dei trasferimenti a scopo di garanzia, ovverosia delle attribuzioni di un bene in proprietà, a tutela delle ragioni creditizie vantate da un soggetto nei confronti del proprietario del bene stesso o di un terzo, ed in tale più ampia prospettiva (come si dirà anche alla fine delle presenti note introduttive) pare essere stato accolto e legittimato dal Legislatore nel 2016 con il nuovo articolo 48 bis del T.U. Bancario di cui al d. *legis.* 1.9.1993, n. 385, nel quale, al fine di favorire l'accesso delle imprese al credito ed assicurare efficacia e rapidità alle procedure di recupero, si prevede la validità delle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, per crediti erogati nell'ambito di attività imprenditoriali, anche qualora tali crediti non siano all'origine assistiti da garanzia ipotecaria, e quindi anche ove tale trasferimento condizionato costituisca in definitiva l'unica garanzia per la banca finanziatrice.

L'accordo in oggetto prende nome dalla sua menzione in un noto passo del giurista Marciano, il quale – al fine di superare il divieto del patto commissorio già vigente nel diritto giustiniano – suggeriva appunto di adottare una convenzione di tal fatta. Il divieto del patto commissorio, come è noto, ha prorogato la propria indiscussa vigenza fino ai giorni nostri, in quanto l'art. 2744 del vigente codice civile fulmina ancora con la nullità il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore, anche se il patto è posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno; nessun riferimento normativo esiste invece relativamente al patto marciano.

In mancanza di una specifica disposizione positiva, si è posto il problema circa la liceità di tale patto nel nostro ordinamento e, nell'impostazione comunemente data, la soluzione di problema dipende innanzi tutto dalla corretta individuazione della ratio del divieto del patto commissorio, al fine di determinare gli effettivi confini del divieto stesso e pertanto gli eventuali suoi limiti.

Anticipiamo subito che requisito essenziale per la legittimità del patto marciano, secondo la costante dottrina che si è occupata dell'argomento, è la stima effettuata dal terzo e la disciplina che della stessa le parti abbiano convenzionalmente concordato. Allo stesso modo, la giurisprudenza precisa (a pena di invalidità del patto) che la stima deve fondarsi su di un giudizio non solo proveniente da un terzo, ma altresì da un terzo che sia realmente tale, e quindi che sia stato nominato non da una sola delle parti, ma da entrambe, ovvero che comunque trovi la legittimità della sua nomina in modalità preventivamente convenute dalle parti stesse. Ulteriore condizione essenziale per la validità del patto marciano è, altresì, che la stima del terzo sia assolutamente libera da vincoli e modalità che limitino l'accertamento

oggettivo del valore del bene, evitando ogni possibile pregiudizio patrimoniale del debitore; in tal senso dovranno quindi attenersi le norme contrattuali che la prevedono e disciplinano.

Il patto marciano, inoltre, in quanto alienazione in garanzia, è stato ritenuto in dottrina suscettibile anche di idonea pubblicità dichiarativa attraverso lo strumento della trascrizione, qualora abbia ad oggetto beni immobili, in quanto produttivo dell'effetto traslativo della proprietà del bene dal debitore al creditore (seppur condizionato all'inadempimento del primo), potendosi pertanto in tal modo opporre i suoi effetti ai terzi. La trascrizione sarà possibile ai sensi dell'art. 2659 c.c., ultimo comma, potendosi considerare l'acquisto del diritto da parte del creditore come sottoposto alla condizione sospensiva rappresentata dall'inadempimento del debitore.

Tornando ora alla tematica della ratio del divieto del patto commissorio espresso dall'art. 2744 c.c. (e, relativamente all'anticresi, dall'art. 1963 c.c.), essa è variamente identificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Al riguardo i principali orientamenti risultano i seguenti.

In dottrina il fondamento del divieto è stato ravvisato, principalmente: (a) nell'esigenza di tutelare il debitore – prescindendo sempre dall'effettivo pregiudizio nel caso concreto – dalle coartazioni del creditore che, approfittando dello stato di bisogno del primo, potrebbe indurlo a dare in garanzia un bene di valore eccessivo rispetto al valore del credito; (b) nella necessità di garantire la par condicio creditorum, pregiudicata dalla destinazione del bene al soddisfacimento del creditore particolare, anche dando luogo ad una causa di prelazione atipica, contraria alla tipicità delle garanzie reali; (c) nel carattere usurario che il patto commissorio può comportare; (d) nella inadeguatezza della funzione di garanzia a giustificare, sotto il profilo causale, il trasferimento della proprietà di un bene, in quanto proprio l'alienazione in garanzia costituisce l'oggetto del divieto, a causa della assoluta incompatibilità fra la funzione di trasferimento e quella di garanzia, intendendo in tal modo tutelare la centralità ed esclusività della garanzia ipotecaria.

In giurisprudenza, invece, il fondamento del divieto posto dall'art. 2744 c.c. è stato essenzialmente ricondotto a solo due cause fra quelle sopra elencate, in particolare: (a) all'esigenza di tutelare il debitore dalle coartazioni del creditore che, approfittando dello stato di bisogno del primo, potrebbe indurlo a dare in garanzia un bene di valore eccessivo rispetto al valore del credito o, più in generale, ad accettare condizioni usurarie; (b) alla necessità di garantire la par condicio creditorum, pregiudicata dalla destinazione del bene al soddisfacimento del creditore particolare, anche dando luogo ad una causa di prelazione atipica, contraria alla tipicità delle garanzie reali: principi, questi ultimi, fatti propri da due famose sentenze "gemelle" rese dalla Cassazione a Sezioni Unite il 3 ed il 21 aprile 1989 rispettivamente ai nn. 1611 e 1907), con le quali in particolare il giudice di legittimità ha confermato un orientamento espresso precedentemente dal medesimo (Cass. 3.6.1983, n. 3800) circa l'estensione del divieto di cui agli artt. 1963 e 2744 c.c. anche al c.d. patto commissorio autonomo (ossia come atto a se stante e non strutturato quale mera clausola accessoria di un negozio costitutivo di pegno o ipoteca), così come più in generale a qualsiasi negozio – anche tipico, quale ne sia il contenuto, e pur se non collegato ad una preesistente e concomitante garanzia tipica – il cui risultato concreto sia quello vietato dall'ordinamento. È il risultato perseguito che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati, con la conseguenza che la nullità non deriva dalla natura di questi, ma costituisce l'effetto imposto dalla legge, dell'impiego fattone, al fine di realizzare il risultato vietato. Lungi quindi dal poter identificare in astratto una categoria di negozi soggetti alla nullità, perché contrastanti con il divieto di patto commissorio e limitare l'efficacia di tale divieto, occorre riconoscere che qualsiasi negozio può

incorrere nella sanzione della nullità, quale che sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire i risultati vietati dall'ordinamento giuridico (Cass., Sez. Unite, 3.4.1989, n. 1611; Cass., Sez. Unite, 21.4.1989, n. 1907). E – rispetto a precedenti orientamenti espressi da sezioni della medesima Corte, che avevano giudicato legittime operazioni caratterizzate da un immediato, ma non definitivo, in quanto sotto condizione risolutiva, trasferimento del bene – il c.d. patto commissorio autonomo è da ritenersi vietato indipendentemente dal momento in cui si produce l'effetto traslativo della proprietà a favore del creditore, in quanto è irrilevante l'immediato trasferimento del bene, avendo le parti il reale intento di costituire una garanzia ed attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempienza del mutuatario (Cass., Sez. U., 3.4.1989, n. 1611; Cass., Sez. U., 21.4.1989, n. 1907).

Passando ora dalla fattispecie più generale (e vietata) del patto commissorio a quella più specifica (e consentita) del patto marciano, va innanzi tutto osservato che in dottrina la legittimità di tale patto è quasi unanimemente riconosciuta; al riguardo l'assoluta maggioranza degli Autori individua infatti nella valutazione oggettiva effettuata dal terzo, con obbligo del creditore di corrispondere il maggior valore al debitore (escludendo quindi a priori il rischio di un suo depauperamento patrimoniale) il superamento delle problematiche, di volta in volta, connesse al divieto del patto commissorio, con particolare riguardo al rischio che il creditore approfitti del debitore appropriandosi irrevocabilmente di un bene di quest'ultimo di valore superiore all'entità del credito. Va tuttavia segnalato che anche sul fronte dottrinale una minoritaria dottrina (soprattutto di matrice notarile), partendo dal presupposto che il fondamento degli artt. 1963 e 2744 c.c. è l'inidoneità della funzione di garanzia a giustificare casualmente l'attribuzione di un bene in proprietà, giunge ad affermare che non si può sostenere la validità di un'alienazione in garanzia, neanche là dove, come avviene nel patto marciano, sia garantita ab origine la corrispondenza tra valore del bene alienato ed importo del credito garantito, atteso che tale corrispondenza non ci sembra possa incidere sul profilo causale dell'operazione, sì da supplire alla rilevata insufficienza della causa di garanzia a fondare e giustificare l'attribuzione di un bene in proprietà. Ancor di più altra dottrina, partendo dal presupposto che il divieto del patto commissorio intende tutelare la centralità ed esclusività della garanzia ipotecaria, considera nullo anche il c.d. patto marciano, come del resto ogni tipo di mandato ad alienare posto in essere a favore del creditore in funzione di garanzia, per contrasto col principio di tipicità delle garanzie reali.

Passando poi sul fronte giurisprudenziale, va poi detto che fino a qualche tempo fa le pronunzie della Suprema Corte sul patto marciano erano rare e, salvo qualche caso risalente, la giurisprudenza di legittimità si era occupata dell'argomento solo indirettamente. In ogni caso, vi era assoluta concordanza circa la legittimità del patto, ammesso quale correttivo del divieto del patto commissorio. In particolare, in tempi risalenti (seppur già sotto la vigenza del codice del 1942), si era occupata esplicitamente del patto marciano, affermandone la legittimità, Cass. n. 2696/1951, la quale, premesso che il patto commissorio presuppone, come condizione sine qua non della sua applicabilità, la necessità di evitare nei limiti del possibile che il debitore, spinto dal bisogno e dalla speranza di riuscire ad estinguere il suo debito prima della scadenza, conceda al creditore la facoltà di appropriarsi della cosa costituita in garanzia ipotecaria (o anticretica o pignoratizia) per un credito inferiore al valore della cosa stessa, ha escluso che ricorra la figura del patto commissorio vietato dalla legge nell'ipotesi in cui al creditore sia stata concessa soltanto la facoltà di far sua la cosa per un prezzo da determinarsi da un terzo in misura adeguata al valore della cosa stessa. Successivamente il formante giurisprudenziale si è consolidato con una seconda pronuncia, in cui la Corte medesima, con riferimento al patto

marciano, ha affermato che la sua validità non è posta in dubbio neppure per il codice vigente, in quanto l'apprezzamento che il terzo compie intorno al giusto prezzo toglie tale determinazione all'arbitrio del creditore, nel tempo stesso in cui offre sufficiente garanzia per la tutela degli eventuali interessi degli altri creditori e circa la piena libertà di scelta da parte del debitore (Cass. 21.7.1956, n. 2828). Tali risalenti pronunce, peraltro, non hanno fatto altro che confermare l'orientamento espresso sotto la vigenza del precedente codice civile.

In tempi più recenti il supremo giudicante – valutando la legittimità di un contratto di *sale and lease back* – ha nuovamente, anche se solo incidentalmente, affermato la legittimità del patto marciano: si legge infatti in Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, che “deve considerarsi che l'illiceità è invece esclusa, pur in presenza di costituzioni di garanzie che postulano un trasferimento di proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del cd. patto marciano, in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquistare il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito. La ratio del divieto posto dall'art. 2744 c.c. risulta quindi desumibile argomentando a contrario dalle figure ora menzionate”.

Va tuttavia sottolineato come la Cassazione, in tempi ancor più recenti, ha ribadito a chiare lettere il proprio *favor* per il patto marciano, affermando, con la ormai nota Sentenza n. 1625 del 28 gennaio 2015, e sempre a proposito del contratto di *sale and lease back*, che esso “è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio, salvo che le parti, con apposita clausola (cd. patto marciano), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto – effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo – il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Resta peraltro ammissibile la previsione di differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore, mentre non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciana nel senso di ancorare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia alla corresponsione della differenza di valore”.

Il *favor* giurisprudenziale verso il patto in questione, tuttavia, negli ultimi tempi non è stato affermato dalla giurisprudenza solo come correttivo del *sale and lease back*, in quanto, ad es., nella pur sempre recente pronuncia n. 10986 del 9 maggio 2013 si legge che “la vendita con patto di riscatto o di retrovendita stipulata fra il debitore ed il creditore, ove determini la definitiva acquisizione della proprietà del bene in mancanza di pagamento del debito garantito, è nulla per frode alla legge, in quanto diretta ad eludere il divieto del patto commissorio. Principale elemento sintomatico della frode è costituito dalla sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia, in quanto il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'“*id quod plerumque accidit*”, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi – come nel pegno irregolare, nel riporto finanziario e nel cosiddetto patto marciano (ove al termine del rapporto si procede alla stima del bene e il creditore, per acquisirlo, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito) – l'illiceità della causa è esclusa”.

Va infine doverosamente segnalato che la giurisprudenza di legittimità, dopo aver ripetutamente affermato (da ultimo, Cass. 8 luglio 2014 n. 15486) che il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 cod. civ. "si estende a qualsiasi negozio che venga utilizzato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento, e che quindi anche la procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, è idonea ad integrare la violazione della norma suddetta, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale", ha tuttavia anche per tale fattispecie, per così dire, "aggiustato il tiro", ammettendo anche in tale ipotesi il correttivo del cd. patto marciano: si afferma infatti nella più recente Cass. 18 marzo 2015, n. 5440, che la nullità del contratto di mandato, per violazione del divieto di patto commissorio, è da escludere quando al mandatario/creditore viene concesso, in caso di inadempimento del mandante/debitore, di trattenere solo quanto strettamente sufficiente al soddisfacimento del proprio credito, con restituzione al mandante dell'eventuale residuo, secondo un modello disciplinato dagli artt. 1851 e 2803 c.c. in materia di pegno irregolare; non ricorre pertanto in tale fattispecie, secondo la citata pronuncia, il presupposto del richiamato divieto, essendo stato semmai stipulato il c.d. patto marciano, per il quale non sussiste nullità ai sensi dell'art. 2744 c.c.

Per concludere questa breve carrellata sul panorama giurisprudenziale, va opportunamente segnalato che anche alcune pronunce di merito hanno indirettamente riconosciuto la validità del patto marciano, identificando in esso un correttivo relativamente ad accordi di vario tipo, che potrebbero presentare di per sé elementi di invalidità, facendo sostanzialmente proprie le sopra esposte argomentazioni della giurisprudenza di legittimità.

Il citato e consolidato orientamento giurisprudenziale, tendente a riconoscere validità alla stipulazione commissoria (vale a dire all'alienazione in garanzia) in presenza del c.d. patto marciano, risponde alla comprensibile esigenza di individuare strumenti idonei ad attenuare l'operatività del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ., e gli effetti travolgenti della sanzione di nullità, almeno in quei trasferimenti in garanzia in cui è dato rilevare la congruità tra il valore del bene e l'entità del finanziamento. Ed oggi possiamo anzi dire che anche il legislatore sembra voler oramai aderire all'interpretazione che individua la soluzione delle problematiche legate al divieto del patto commissorio nel riconoscimento della legittimità del patto marciano.

Il primo segnale, in questa direzione, è stato dato (già oltre un decennio or sono) dalla disciplina di derivazione comunitaria, dettata in tema di Contratti di Garanzia Finanziaria (d. *legis.* 21.5.2004, n. 170, come modificato dal decreto legislativo 24.3.2011, n. 48, di attuazione della direttiva n. 44/2009 CE) che, all'art. 6, comma 2°, riconosce validità ed efficacia a tutti i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, «indipendentemente dalla loro qualificazione» escludendo, per essi, l'applicazione del divieto del patto commissorio; anche in questo caso, peraltro, l'appropriazione, da parte del creditore pignoratizio, delle attività finanziarie oggetto del pegno avviene, secondo il modello del patto marciano, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, con restituzione dell'eccedenza.

In una prospettiva analoga, la disciplina che ha introdotto il prestito vitalizio ipotecario (art. 11 quaterdecies, comma 12°, d.l. 30.9.2005, n. 203, convertito con modificazioni nella legge 2.12.2005, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma 1°, legge 2.4.2015, n. 44) consente al creditore, qualora il rimborso del finanziamento non venga effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno degli eventi previsti dallo stesso comma 12°, di procedere alla vendita diretta dell'immobile, gravato da ipoteca a garanzia del finanziamento, ad un valore pari a quello di mercato determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, salva la restituzione dell'eventuale esubero al soggetto finanziato o ai suoi eredi.

Tale disciplina, inoltre, ha per la prima volta previsto testualmente, in detta materia, la cd. "esdebitazione" del debitore, ossia la regola in forza della quale quest'ultimo o i suoi eredi sono definitivamente liberati qualora dalla vendita dell'immobile ipotecato si ricavasse una somma inferiore all'importo del credito garantito (regola poi ripresa anche dal nuovo art. 120 quinquiesdecies del T.U. Bancario in materia di credito immobiliare ai consumatori e di cui meglio oltre).

Più recentemente, poi, e per la precisione il 20 aprile 2016, in un settore delicato e centrale come quello dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, è stato inoltre approvato il decreto legislativo recante attuazione della direttiva comunitaria n. 17/2014/UE. Il provvedimento, che novella il T.U. Bancario di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, introducendo il nuovo Capo I-bis rubricato Credito immobiliare ai consumatori, prevede che le parti possano convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale, o dei proventi della vendita del bene, comporti l'estinzione del debito, fermo restando il diritto del consumatore all'eccedenza (art. 120 quinquiesdecies). La stima del valore del cespite, effettuata ai sensi dell'art. 120 duodecies, è demandata ad un perito indipendente, estraneo alla procedura commerciale che ha originato il mutuo.

In linea con questa tendenza, da ultimo, è da segnalare la disciplina dettata dall'art. 2 decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, recante Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione (c.d. Decreto banche) che, introducendo il nuovo art. 48 bis nel t.u.b. di cui al d. legis. 1.9.1993, n. 385, al fine di favorire l'accesso delle imprese al credito ed assicurare efficacia e rapidità alle procedure di recupero, prevede la validità delle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, per crediti erogati nell'ambito di attività imprenditoriali, «purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento». Ai sensi del comma 8°, dell'art. 48 bis, al verificarsi dei presupposti dell'inadempimento, la condizione sospensiva si considera avverata «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima» dell'immobile oggetto del trasferimento in garanzia, effettuata da un perito nominato dal presidente del tribunale del luogo in cui è situato l'immobile, o al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore dell'eccedenza qualora il valore del cespite sia superiore all'ammontare del debito inadempito.

Il provvedimento segna un sostanziale ridimensionamento della portata della disposizione commissoria. D'altronde, anche a livello europeo si assiste ad una progressiva e rapida erosione del divieto, attraverso la previsione di legittimità della clausola marciانا.

[5] DIALOGHI IN TEMA DI PATTO MARCIANO NEL SETTORE BANCARIO

A cura di Antonino Barletta (Professore associato presso l'Università Cattolica e Avvocato in Milano)

La necessità di assicurare l'efficienza dell'esecuzione è oramai divenuta una delle principali emergenze in ambito giudiziario civile e uno dei primi traguardi del legislatore, tanto più che l'eccessiva durata delle espropriazioni (soprattutto immobiliari), e l'entità dei costi di tali procedure rappresentano altrettante concause delle sofferenze bancarie, contribuendo, conseguentemente, al permanere di uno dei più rilevanti fattori di fragilità del sistema economico e finanziario italiano, costituito dal volume eccessivo dei crediti "deteriorati".

Nel maggio 2016, proprio su tali criticità si è soffermato il Consiglio europeo, nell'ambito delle proprie indicazioni circa le misure riformatrici da adottare nel biennio 2016-2017 (cfr. raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2016 dell'Italia e parere del Consiglio sul programma di stabilità 2016 dell'Italia del 18 maggio 2016 - Com 2016/332 final). Difatti, al di là del rilievo – per così dire – generale, secondo cui *"restano da superare le grandi sfide della durata dei procedimenti e dell'elevato numero di cause pendenti nella giustizia civile e commerciale"* (n. 14 del parere a pag. 6 del dattiloscritto), ampio risalto viene dato alla consistenza del volume complessivo dei crediti deteriorati, per quanto si noti un rallentamento del suo incremento nella prima parte dell'anno 2016, a cui *"si aggiunge il fatto che in Italia la disciplina dell'insolvenza e del recupero crediti non aiuta un riassorbimento sufficientemente rapido dei crediti deteriorati"* (n. 15 del parere a pag. 6-7 del dattiloscritto). A ciò fa seguito la raccomandazione di *"accelerare il ridimensionamento dello stock dei crediti deteriorati, anche migliorando ulteriormente la disciplina dell'insolvenza e del recupero dei crediti"* (n. 3 a pag. 9 del dattiloscritto).

Accanto ai numerosi interventi sul processo esecutivo e in materia fallimentare già entrati in vigore o attualmente in discussione, il terreno su cui ci si è mossi di recente sul piano legislativo è quello dell'autotutela esecutiva privata. E, in particolare, l'ambito in cui si assiste al prorompere di questa nuova tendenza è appunto quello delle garanzie bancarie. Difatti, prendendo le mosse dallo schema generale del patto marciano, sono stati di recente introdotti nuovi strumenti volti a consentire un più efficiente soddisfacimento del credito sui beni immobili del debitore, ove consti l'inadempimento delle obbligazioni riferibili ad alcune tipologie di contratti di finanziamento da parte di banche o di altro soggetto autorizzato ai sensi dell'art. 106 T.U.B.

In ispecie, nel 2015 il legislatore ha disciplinato il diritto di procedere alla vendita dell'immobile ipotecato da parte del finanziatore bancario nell'ambito della disciplina del prestito vitalizio a favore di persone fisiche di età superiore ai sessanta anni (art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. n. 203/2005, introdotto dalla l. n. 44/2015). Nel 2016 è poi stata introdotta la possibilità di convenire, al momento della conclusione di un contratto di finanziamento bancario, che la restituzione, il trasferimento o la retrocessione dei proventi della vendita del bene immobile ipotecato comportino, in ogni caso, l'estinzione dell'intero debito derivante dal contratto a carico del consumatore (art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b., inserito

dal d.lgs. n. 72/2016, in attuazione della direttiva 2014/17/UE), nonché una nuova forma di garanzia che prevede il trasferimento dei diritti su beni immobili sospensivamente condizionato all'inadempimento delle obbligazioni assunte dalle imprese nei contratti di finanziamento bancario (art. 48 *bis* T.U.B., introdotto con il d.l. n. 59/2016, convertito con modificazioni dalla l. n. 119/2016).

Alla comune finalità satisfattiva attraverso il trasferimento o la vendita in caso d'inadempimento del debitore si associa la previsione di una stima contestuale al momento in cui si deve procedere alla vendita o al trasferimento, oltre al riconoscimento al debitore di una somma pari al valore dell'immobile o la parte del ricavo della vendita eccedente il debito. Tale aspetto – qualificante, in quanto è riconducibile allo schema proprio del patto marciano – è finalizzato a introdurre per via legislativa quei *“meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che, sulla falsariga delle disposizioni [del processo di espropriazione e della procedura fallimentare], permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito”* (così Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. notariato*, 2015, 182, a proposito del contratto di *sale and lease back*), i quali devono essere stabiliti nei negozi di trasferimento in funzione di garanzia, per non trasgredire al divieto di patto commissorio ai sensi dell'art. 2744 c.c. In altre parole, il legislatore si fa carico di sancire in ambito bancario le modalità che devono essere osservate per il raggiungimento di un risultato equivalente a quello delle suddette procedure giurisdizionali, attraverso l'esercizio degli strumenti di autotutela esecutiva privata, coniugando l'obiettivo di consentire *“la realizzazione coattiva dei diritti dei creditori”* con quello di tutelare *“il diritto del debitore a pagare al creditore quanto in effetti gli spetti”* (gli incisi sono ancora di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.).

Sin qui, però, diversamente da quanto poteva attendersi, tali strumenti sono più che altro osservati con una certa ritrosia, se non addirittura con la preoccupazione di rendere ancor più accidentato e inefficiente il percorso di recupero dei crediti in sofferenza, in considerazione delle non poche incertezze intraviste nelle pieghe delle nuove discipline.

Già nel corso della discussione in parlamento della legge di conversione del d.l. n. 59/2016 l'Associazione T.S.E.I. ha favorito il confronto sul tema in discorso, il quale è poi proseguito anche nei mesi successivi all'entrata in vigore della legge n. 119/2016.

Questo scritto raccoglie gli spunti sin qui dibattuti in relazione alle norme del patto marciano accolte nel Testo Unico Bancario, ad esclusione cioè della disciplina in tema di prestito vitalizio. Ci è parso opportuno presentarli nella forma dialogica in cui le considerazioni qui svolte sono via via emerse. Le pagine seguenti espongono una serie di quesiti, da me elaborati, in relazione ai singoli passaggi delle disposizioni considerate. Tali interrogativi sono, quindi, stati sottoposti al confronto tra gli Avvocati Dino Crivellari, Arturo di Lorenzo e chi scrive.

Art. 48 *bis* T.U.B. - (*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*).

1. *Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore (1)*

Quesito: la locuzione “imprenditore” fa riferimento alla nozione generale di cui all’art. 2082 c.c.?

Risposte.

(1.1.) La norma si rivolge, sotto il profilo soggettivo, all’imprenditore inteso come colui che esercita professionalmente l’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi ai sensi dell’art. 2082 c.c. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il riferimento alla disciplina fallimentare contenuto all’art. 48 *bis*, comma 12, T.U.B. non può essere inteso nel senso che l’istituto in commento sia applicabile solo ai soggetti fallibili (Antonino Barletta).

e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell’art. 106 può essere garantito dal trasferimento (2),

Quesiti: la funzione di garanzia del trasferimento determina l’applicazione di alcune norme in materia di costituzione di garanzie reali? In caso positivo quali? La funzione di garanzia può/deve risultare dalla nota di trascrizione, oltre a quanto consegue dal richiamo dell’art. 2839 c.c., sancito dall’ultima parte del comma 1? In che modo?

Risposte.

(2.1) L’art. 48 *bis*, ult. comma, T.U.B. estende all’istituto in commento le norme sull’ipoteca “*ai fini del concorso*”: tale richiamo rende applicabili al patto le disposizioni sulla **natura costitutiva della pubblicità** prevista in materia d’ipoteca **nei rapporti con gli altri creditori**, come confermato anche dal comma 4 (vedi al punto 9.1). Tali disposizioni prevalgono sulle norme in tema di pubblicità dichiarativa degli ordinari atti traslativi. Riterrei, però, che la mancata pubblicità non escluda la produzione di ogni effetto, in considerazione della **funzione mista del patto, ossia della sua natura solutoria, oltre che di garanzia**. In particolare, il diritto potestativo nei confronti del debitore di cui al comma 2 è efficace, per quanto solo sul piano obbligatorio, anche prima della trascrizione del patto; conseguentemente gli effetti del suo esercizio sono limitati alle parti fino al momento della trascrizione. **L’esercizio del diritto potestativo in caso d’inadempimento, comunque, produce effetti reali (anche) verso i creditori e gli aventi causa solo dopo la suddetta trascrizione** (in analogia con le disposizioni applicabili in materia di pignoramento immobiliare in rapporto all’esercizio dell’azione esecutiva, in ragione del fatto

che il diritto potestativo che si fonda sul patto è volto a destinare l'immobile al soddisfacimento del creditore – vedi anche al punto 4.1) (Antonino Barletta).

La nota di trascrizione, che deve riportare nel quadro A la presenza della condizione sospensiva, deve necessariamente contenere anche gli elementi di cui ai numeri 4), 5) e 6) del secondo comma dell'art. 2839 c.c. e quindi: l'importo della somma per la quale la garanzia è presa, gli interessi e le annualità che il credito produce, ed il tempo dell'esigibilità (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Riterrei, inoltre, che la menzione della condizione sospensiva debba far riferimento alla disciplina dell'art. 48 *bis* T.U.B. e, in particolare, al fatto che l'avveramento della condizione è subordinato all'esercizio del diritto di cui al comma 2 (Antonino Barletta).

(2.2) Occorre, per altro verso, chiedersi se la funzione prevalente dell'istituto in parola sia quella di garanzia, correlata alla struttura del patto marciano, o quella solutoria. Riterrei prevalente quest'ultima, in relazione all'obiettivo di consentire al finanziatore il raggiungimento di un risultato equivalente a quello dell'espropriazione in sede giudiziale (Antonino Barletta).

in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo (3),

Quesiti: la qualità dell'acquirente sotto condizione può/deve risultare dai registri immobiliari? Deve risultare dai registri immobiliari in che cosa debba consistere l'inadempimento? I diritti acquisiti con il patto possono circolare indipendentemente dal contratto di finanziamento?

Risposte.

(3.1) Pare opportuno che la qualità di acquirente sotto condizione sospensiva risulti dai Registri Immobiliari, con riferimento specifico all'evento oggetto di condizione (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(3.2) Con riferimento alla circolazione dei diritti acquisiti con il patto, è opportuno che quest'ultimo preveda l'obbligo in capo all'istituto di credito finanziante di non alienare a sua volta il bene e di conservarlo, in vista dell'eventuale futura restituzione al debitore in caso di adempimento. La proprietà trasferita è funzionale all'eventuale futura retrocessione del bene all'alienante, con conseguente protezione dell'aspettativa al riacquisto da parte dell'alienante stesso (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La funzione mista di garanzia e solutoria dovrebbe escludere la possibilità di far circolare i diritti acquisiti con il patto in via autonoma rispetto al contratto di finanziamento a cui è collegato, prima che si realizzi il trasferimento (Antonino Barletta).

sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5 (4).

Quesiti: che effetti ha il verificarsi della condizione? Ha effetti retroattivi?

Risposte.

(4.1) Il patto di cui all'art. 48 *bis* T.U.B. dà luogo a un diritto potestativo del finanziatore (il "*diritto di avvalersi del patto*" di cui al comma 2), il cui esercizio, in caso d'inadempimento, determina la destinazione del bene concesso in garanzia, prima ancora che si produca l'effetto traslativo; giacché tale effetto richiede l'espletamento del procedimento di stima e il pagamento dell'eventuale differenza tra il valore dell'immobile e il credito garantito, retroagendo **al momento di esercizio del diritto potestativo e al momento della trascrizione se successivo** (vedi *infra*) (Antonino Barletta).

La condizione si considera avverata al momento della notifica al creditore del valore di stima, ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza. In funzione di tale meccanismo, la legge prevede che il contratto di finanziamento debba già indicare il numero di conto corrente bancario, che, senza spese per il debitore, deve essere intestato al titolare dell'immobile oggetto del patto, e sul quale il finanziatore deve accreditare la differenza (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Ai sensi dell'art. 1360 c.c. "*Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso*". La prevalente natura solutoria dell'istituto fa propendere chi scrive nel senso che l'avveramento della condizione sospensiva del patto non abbia efficacia retroattiva in relazione al momento in cui è stato concluso il patto, bensì al momento in cui viene esercitato il diritto potestativo (Antonino Barletta).

La nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato di cui al presente comma deve indicare gli elementi di cui all'art. 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6), del codice civile (vedi sopra 1).

2. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento (5).

Quesiti: il pagamento dell'eventuale differenza del valore dell'immobile integra condizione del trasferimento? Le parti possono derogare a tale previsione?

Risposte.

(5.1) Il pagamento dell'eventuale differenza è elemento imprescindibile del patto, integra la condizione del trasferimento e parrebbe inderogabile dalle parti (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo, ma – come detto – l'effetto traslativo retroagisce al momento in cui viene esercitato il "*diritto di avvalersi ... del patto*" (Antonino Barletta).

3. *Il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado (6).*

Quesiti: che effetti ha il trasferimento convenuto in violazione del divieto di cui al comma 3? Cosa succede se successivamente alla stipulazione dell'atto di trasferimento condizionato dall'inadempimento l'immobile viene adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado? Che rimedi può proporre a propria tutela il creditore? Che conseguenze ha il venir meno della situazione vietata dopo la stipula dell'atto di trasferimento?

Risposte.

(6.1) Il comma 3 è evidentemente una disposizione a tutela del debitore e pare che il legislatore non abbia consentito ai contraenti di potervi derogare. Gli effetti della violazione della suddetta norma, attinente ad uno degli elementi essenziali del patto, potrebbero produrre la nullità dello stesso (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo, con la precisazione che l'espressione "*abitazione principale*" deve intendersi come la residenza anagrafica e che la nullità del patto non vizia il contratto di finanziamento e gli effetti del patto riconducibili alla funzione di garanzia, escludendo solo l'esercizio del diritto potestativo di cui al comma 2 (Antonino Barletta).

(6.2) Se l'immobile dovesse essere adibito ad abitazione principale dopo la conclusione del patto, sarà opportuno che le parti trovino un accordo volto a sostituire il suddetto immobile con altro del debitore. È opportuno, dunque, che il patto contenga in tal senso una specifica disciplina volta a tutelare il finanziatore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Si potrebbe però ritenere che il divieto si applichi solo quando l'immobile sia adibito ad abitazione principale dei soggetti indicati al tempo della conclusione del patto, sempre che tale situazione permanga al momento in cui, in astratto, sussistano le condizioni per l'esercizio del diritto potestativo (Antonino Barletta).

4. *Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento ... per atto notarile (7),*

Quesiti: si fa riferimento al solo atto pubblico o anche alla scrittura privata autenticata? Ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c.? Il creditore titolare dei diritti volti al trasferimento in funzione di garanzia può agire, in alternativa, in sede esecutiva?

Risposte.

(7.1) Il patto marciano stipulato sia contestualmente alla conclusione di un nuovo contratto di finanziamento, sia in sede di modifica delle condizioni economiche di un finanziamento, deve ricoprire la forma dell'atto notarile. Si noti che la norma non menziona la possibilità di impiegare una scrittura privata autenticata, che pure sarebbe sufficiente per la trascrizione. Risulta, dunque, peculiare la scelta di far riferimento all'atto notarile (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il riferimento all' "*atto notarile*" potrebbe essere inteso in senso estensivo, ossia nel senso che richiami anche la scrittura privata autenticata. Tuttavia, potrebbe anche ritenersi che il legislatore suggerisca la forma dell'atto pubblico, al fine di consentire l'esecuzione forzata per il rilascio dell'immobile successivamente all'avverarsi della condizione; efficacia esecutiva quest'ultima da cui è esclusa la scrittura privata autenticata (arg. dall'art. 474, comma 2, c.p.c.). Ritengo però che **il patto stipulato nella forma della scrittura privata autenticata sia comunque valido** (Antonino Barletta).

(7.2) In tema di esecuzione forzata, il riconoscimento della qualità di titolo esecutivo all'atto ricevuto dal notaio, ex art. 474 c.p.c., relativamente all'obbligazione di somma di denaro generata dal negozio nello stesso documentato, presuppone che esso contenga l'indicazione degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione indispensabili per la funzione esecutiva, e non dipende dalla efficacia probatoria dell'atto, ma dalla pubblica fede che il notaio vi attribuisce, con la conseguenza che tale qualità non può essere riconosciuta alla scrittura privata (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La conclusione del patto marciano ex art. 48 *bis* T.U.B. non esclude il diritto del finanziatore di agire per l'espropriazione forzata. L'azione esecutiva potrebbe essere fondata sul contratto di finanziamento stipulato nella forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico in relazione alle somme di denaro a cui tali documenti fanno riferimento. **Nell'espropriazione il patto stipulato nella forma dell'atto pubblico (o riteniamo della scrittura privata autenticata) può essere opposto agli altri creditori intervenuti solo ove trascritto prima dell'inizio dell'esecuzione (ossia prima della trascrizione del pignoramento immobiliare)** (Antonino Barletta).

o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, ... in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali (8).

Quesiti: può essere stipulato in via successiva solo in relazione ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore del nuovo art. 48 *bis* T.U.B.? La sussistenza di ritardi nei pagamenti o mancati pagamenti esclude la modificazione delle condizioni con l'introduzione

del patto? In caso positivo: sempre? Solo quando tali anomalie nei pagamenti integrino un inadempimento ai sensi dell'art. 48 *bis* T.U.B.? In alternativa, i creditori possono proporre l'azione revocatoria? In quali casi?

Risposte.

(8.1) Il comma 4 considera l'ipotesi dell'impiego della clausola marciana, mediante "rinegoziazione" dell'accordo, per la gestione dei rapporti in essere alla data di entrata in vigore della presente disposizione (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Dunque, per i contratti di finanziamento successivi all'entrata in vigore del nuovo art. 48 *bis* T.U.B. non sembra possibile stipulare un patto marciano, se non contestualmente alla conclusione del contratto di finanziamento. Per altro verso, non sembra possibile stipulare un patto marciano nel caso in cui il contratto di finanziamento sia stato già risolto al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina; difatti, la "*modificazione delle condizioni contrattuali*" presuppone un rapporto ancora in essere. **Non sembrerebbe, invece, determinante il fatto che l'inadempimento si sia già verificato** al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, ovvero al momento della stipula del patto in occasione della modifica dei rapporti in essere (Antonino Barletta).

(8.2) La sussistenza di ritardi nei pagamenti o la circostanza di mancati pagamenti non parrebbero escludere l'applicazione della clausola marciana (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo, sul presupposto che – in realtà – la funzione prevalente del patto sia quella solutoria (con la costituzione del diritto potestativo di avvalersi del patto ai sensi del comma 2) e non quella di garanzia, in caso di (eventuale) concorso con altri creditori, disciplinata essenzialmente dall'ultimo comma (Antonino Barletta).

Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria (9).

Quesiti: la priorità sembra riferita alla trascrizione del trasferimento prima del verificarsi della condizione; quali sono gli effetti di tale priorità? È comunque limitata al trasferimento in caso di avveramento della condizione? Ovvero il trasferimento condizionato in funzione di garanzia determina anche ulteriori effetti anteriormente al realizzarsi della condizione? In caso di risposta positiva, si tratta di una prelazione in sede di riparto?

Risposte.

(9.1) La norma prevede che qualora il finanziamento sia stato originariamente garantito da ipoteca, il trasferimento prevalga sulle trascrizioni o iscrizioni effettuate successivamente all'iscrizione ipotecaria; si tratta di una disposizione necessaria per regolare le istanze dei creditori che vantino differenti pretese rispetto al medesimo immobile (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tale disposizione conferma il carattere costitutivo della trascrizione (*“una volta trascritto”*) ai fini del concorso, consentendo di far retroagire la priorità sugli altri creditori al momento dell’iscrizione ipotecaria. Il richiamo alle *“trascrizioni”* dovrebbe essere riferito ai soli pignoramenti immobiliari trascritti dopo l’iscrizione ipotecaria (di cui al periodo successivo), consentendo al finanziatore di procedere ai sensi del comma 10, fino all’aggiudicazione. Difatti, nel caso in cui l’immobile ipotecato sia già stato trasferito dopo la conclusione del contratto di finanziamento e la costituzione dell’ipoteca, il patto dovrebbe essere stipulato anche con il terzo acquirente; il diritto di sequela del creditore ipotecario e la struttura del patto non possono giustificare diverse interpretazioni. Invece, i terzi che abbiano trascritto il loro acquisto dal debitore dopo la trascrizione del patto marciano acquistano un diritto conformato dal patto medesimo e rimangono soggetti agli effetti dell’esercizio del relativo diritto potestativo in caso d’inadempimento del contratto di finanziamento; il che rende necessario solo notificare (anche) a questi ultimi l’esercizio del diritto a norma del comma 6 (Antonino Barletta).

(9.2) Il patto tiene luogo dell’ipoteca (si potrebbe parlare di un *“effetto sostitutivo”*), fermo restando che il patto ha gli stessi effetti dell’ipoteca ai fini del concorso e che questi vanno ad aggiungersi a quelli relativi alla funzione solutoria; tuttavia, **il prodursi dell’effetto traslativo richiede l’esercizio del diritto potestativo e non retroagisce al momento dell’iscrizione ipotecaria**. Il finanziatore potrebbe ritenere di trascrivere il patto solo dopo l’inadempimento e al momento in cui si rende necessario esercitare il diritto potestativo nascente dal patto; la trascrizione del patto realizza comunque il medesimo effetto sostitutivo ai fini del concorso (Antonino Barletta).

La difficoltà ad ammettere che la cessione in garanzia possa concorrere con la garanzia ipotecaria è legata alla volontà di scongiurare l’ipotesi problematica dell’ipoteca su bene proprio, nell’ambito della quale alcuni in dottrina hanno sostenuto l’estinzione dell’ipoteca per confusione qualora il creditore ipotecario divenga proprietario del bene in garanzia. Tale ipotesi ricorre in caso di patto marciano successivo; ad ogni modo prima dell’inadempimento del debitore, al finanziamento potrebbe accompagnarsi una garanzia ipotecaria che avrà ragione di esistere fino a quando non si verificherà l’evento dedotto in condizione, che è determinante per l’acquisto definitivo della proprietà in capo alla banca (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Fatti salvi gli effetti dell’aggiudicazione, anche provvisoria, e dell’assegnazione (10)

Quesiti: tale disposizione – la cui *ratio* è evidentemente quella di assicurare la stabilità della vendita forzata – equipara il creditore che ha trascritto il patto avente ad oggetto il trasferimento condizionato in funzione di garanzia al titolare di ipoteca? Ciò avviene in deroga alle previsioni secondo cui i diritti trascritti anteriormente alla trascrizione del pignoramento sono opponibili all’aggiudicatario (arg. dagli artt. 2919 e 2913 c.c.)? In caso di vendita forzata si applica la disposizione in tema di cancellazione delle trascrizioni e iscrizioni ipotecarie di cui all’art. 586, comma 1, c.p.c. anche alle trascrizioni del trasferimento in funzione di garanzia?

Risposte.

(10.1) Dalla lettura della norma parrebbe ragionevole sostenere che la clausola marciana può essere impiegata per gestire rapporti già confluiti in un procedimento giudiziario (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

L'unico limite all'esercizio del patto da parte del finanziatore titolare d'ipoteca anteriore è l'aggiudicazione, anche se provvisoria. Solo la pronuncia del decreto di trasferimento, tuttavia, determina un effetto purgativo volto ad estinguere l'eventuale diritto potestativo fondato sul patto trascritto (l'ordine di cancellazione di iscrizioni ipotecarie e trascrizioni, pertanto, non può non riferirsi anche alla trascrizione del patto); l'aggiudicatario provvisorio potrebbe, ad esempio, non pagare il prezzo, facendo caducare gli effetti dell'aggiudicazione ed aprendo la strada all'esercizio del diritto potestativo. Alla luce di tale disposizione si rende evidente che **fino all'efficace esercizio del diritto potestativo i diritti acquisiti dal finanziatore in forza del patto non sono equiparabili a quelli ordinariamente riferibili ad un acquisto sottoposto a condizione**, giacché tali diritti non sono certo soggetti all'effetto purgativo della vendita forzata. L'esercizio del patto (con le modalità previste dal comma 10) presuppone la trascrizione dello stesso (in caso contrario non potrebbe essere opponibile al creditore procedente e agli altri creditori intervenuti). Tale esercizio se effettuato anteriormente all'aggiudicazione rende nulla quest'ultima. La nullità dovrebbe essere fatta valere dal finanziatore nelle forme e nei termini dell'art. 617 c.p.c. (decorrenti dall'aggiudicazione provvisoria) e non è soggetta all'applicazione dell'art. 2929 c.c. (Antonino Barletta).

la disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10 (11).

Quesiti: questa disposizione deroga la previsione di cui all'art. 2913 c.c.? Ove consti un'ipoteca anteriore è possibile stipulare il trasferimento in un momento in cui l'inadempimento si è già verificato? Ciò è consentito anche al creditore ipotecario (correttamente avvisato) non intervenuto? Il creditore (non ipotecario) che abbia trascritto il patto anteriormente al pignoramento deve essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.?

Risposte.

(11.1) Proprio alla gestione dei rapporti già confluiti nel procedimento giudiziario si riferisce la norma, laddove prevede che il predetto meccanismo di graduazione si applichi *“anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca”*. Parimenti, il successivo comma 10 dispone che può farsi luogo al trasferimento a norma del presente articolo anche quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione. Tali disposizioni sono idonee a ricomprendere l'ipotesi in cui il pignoramento sia stato avviato dal beneficiario di una garanzia ipotecaria successivamente *“trasformata”* in trasferimento sospensivamente condizionato. È ragionevole immaginare che il pignoramento citato sia stato promosso dallo stesso creditore pignoratizio, che, in costanza di procedura, trovi più conveniente abbandonare l'azione

esecutiva in favore della soluzione stragiudiziale. Si tratta di un'opzione di notevole interesse per le banche, che potrebbero giovare di una modalità aggiuntiva per la gestione delle proprie sofferenze (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tale disposizione conferma ancora una volta che per l'esercizio del diritto potestativo è necessaria la trascrizione del patto, per quanto l'effetto sostitutivo all'ipoteca iscritta anteriormente consenta eccezionalmente di opporre il patto al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti nell'ambito di un'espropriazione iniziata prima della trascrizione del medesimo patto. Come già accennato, inoltre, la sussistenza dell'inadempimento al momento della conclusione del patto non sembra escluderne la validità; ciò alla luce della funzione prevalentemente solutoria dell'istituto. L'esercizio del diritto potestativo non è escluso da quello dell'azione esecutiva, anche da parte dello stesso finanziatore, purché la trascrizione del pignoramento non sia anteriore a quella del patto o dell'iscrizione dell'ipoteca a cui si sostituisce. In tal caso, però, non ritengo che l'azione esecutiva venga abbandonata, in quanto il procedimento di espropriazione prosegue nelle forme previste dal comma 10 e si concluderà solo con la distribuzione della differenza versata dal finanziatore e / o l'attribuzione al creditore procedente (se diverso dal finanziatore) delle spese di procedura. Inoltre, **nel caso di esercizio del diritto potestativo nell'ambito di una procedura esecutiva** riterrei che l'effetto traslativo che si produce con l'avveramento della condizione si riferisca ad **un vero e proprio atto esecutivo** (vedi anche ai punti 27.1 ss.). L'equiparazione del patto all'ipoteca ai fini del concorso ai sensi dell'ultimo comma e la soggezione del titolare del diritto potestativo all'effetto purgativo della vendita forzata rende applicabile l'art. 498 c.p.c. anche in questa materia; il mancato avviso – come per il creditore ipotecario – comporta solo il risarcimento del danno (Antonino Barletta).

5. Per gli effetti del presente articolo, si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate di cui al primo periodo il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo è elevato da nove a dodici mesi (12).

Quesiti: si può derogare alla definizione di inadempimento? In caso positivo, la deroga può essere anche a sfavore del debitore? Sempre in caso positivo, la definizione d'inadempimento deve risultare dalla nota di trascrizione?

Risposte.

(12.1) Il comma 5 disciplina l'inadempimento che consente di esercitare il diritto potestativo. Si tratta di una disciplina autonoma rispetto a quella dell'art. 40, comma 2, T.U.B., che invece dà una definizione dell'inadempimento grave che consente di esercitare l'azione di risoluzione. Non constano ragioni per escludere la deroga, purché a favore del garantito; come risulta

confermato anche dalla locuzione “*mancato pagamento ...di almeno tre rate*”, che sembra consentire l’indicazione di un numero di rate superiore. Analogamente si dovrebbe poi ritenere anche in relazione al numero di mesi di ritardo dalla scadenza (Antonino Barletta).

(12.2) Con riferimento al comma *de quo*, è opportuno precisare che qualora l’istituto di credito intenda avvalersi degli effetti del patto, non sembra essere prevista nessuna procedura “indipendente” che conduca all’accertamento dei presupposti dell’inadempimento del debitore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo; peraltro in genere il diritto potestativo fondato sul patto non richiede neppure un suo esercizio in ambito processuale, consentendo una vera e propria autotutela esecutiva di natura solutoria. Ciò non toglie che il finanziatore possa ritenere preferibile agire in sede processuale per ottenere un accertamento *ex art. 2909 c.c.* della sussistenza dell’inadempimento e dell’accertamento della condizione, in caso di contestazioni da parte del debitore. Il rito più congeniale alle (presumibili) caratteristiche di tale contenzioso sembra quello sommario di cognizione (artt. 702 *bis* ss. c.p.c.). Riterrei più probabile, però, che ad istaurare il procedimento sia il debitore; il quale preferibilmente si troverà ad agire prima in sede cautelare ai sensi dell’art. 700 c.p.c., per ottenere un’inibitoria provvisoria e urgente, al fine di escludere la cancellazione della condizione sospensiva, previo accertamento sommario della insussistenza dell’inadempimento (Antonino Barletta).

Al verificarsi dell'inadempimento di cui al presente comma, il creditore è tenuto a notificare (13)

Quesito: la notifica deve essere effettuata ai sensi degli artt. 137 ss. c.p.c.?

Risposte.

(13.1) Non essendo disposto altrimenti, la notifica sarà eseguita ai sensi dell’art. 137 c.p.c. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo; la copia notificata della dichiarazione dovrà essere presentata per la cancellazione della condizione (v. *infra*), al fine di identificare il momento esatto al quale retroagiscono gli effetti di tali avveramento (Antonino Barletta).

al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di cui al medesimo comma, secondo quanto previsto dal presente articolo, precisando l'ammontare del credito per cui procede (14).

Quesiti: che natura ha la dichiarazione? Le eventuali contestazioni relative a esistenza/validità/efficacia del diritto al trasferimento, alla sussistenza dell’inadempimento e/o dell’avveramento della condizione, nonché le eventuali azioni che si fondano sul contratto

di finanziamento devono essere proposte per legge allo stesso giudice? La competenza è sempre quella di cui al comma 6? Tale competenza è derogabile o no? Entro quale momento devono essere fatte valere tali contestazioni? Nel caso in cui il creditore, titolare di diritti in forza del patto di trasferimento condizionato in funzione di garanzia, faccia valere i propri diritti ai sensi del comma 10 le contestazioni devono essere proposte al giudice dell'esecuzione? Entro quale momento è possibile effettuare contestazioni in relazione alla dichiarazione del creditore? In quali forme e con quali effetti? È possibile ottenere in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* la sospensione del procedimento finalizzato alla determinazione del valore e al perfezionamento del trasferimento?

Risposte.

(14.1) La dichiarazione si riferisce all'esercizio del diritto potestativo ed ha normalmente natura stragiudiziale, determinando la destinazione del bene concesso in garanzia al soddisfacimento del finanziatore. Tuttavia, in assenza di un autonomo regime di pubblicità, è difficile stabilire l'opponibilità degli effetti della dichiarazione ai terzi non notificati, anteriormente all'avverarsi della condizione, che rende invece possibile procedere alla sua cancellazione dai registri immobiliari. Conseguentemente, **dopo la notifica della dichiarazione il bene garantito potrà essere assoggettato ad espropriazione**, il che rende necessario un nuovo esercizio del diritto potestativo nelle modalità previste dal comma 10, rinunciando agli effetti già prodotti dal primo esercizio. Per ovviare agli inconvenienti del riesercizio del diritto potestativo, il finanziatore potrebbe agire in sede esecutiva, esercitando in tale sede il diritto che si fonda sul patto dopo la trascrizione del pignoramento ai sensi del comma 10 (Antonino Barletta).

(14.2) La norma lascia presumere che ciascuna delle menzionate contestazioni sia proposta allo stesso giudice (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(14.3) La disciplina della competenza non dovrebbe mutare rispetto a quanto statuito dal comma 4 (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(14.4) La competenza per territorio può essere derogabile (quando le parti possono raggiungere un accordo in base al quale la causa non è decisa dal giudice previsto ma dal giudice designato dalle parti) o inderogabile (quando, come stabilisce l'art. 28 c.p.c., non è possibile prevedere clausole dirette a spostare la competenza, questo avviene ad esempio nel caso del lavoro o delle locazioni). Nella fattispecie *de qua* parrebbe rilevare la necessità di un accordo tra i contraenti per l'ipotesi di eventuale deroga (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, occorre notare che la competenza del giudice del luogo in cui si trova l'immobile corrisponde a quella prevista dall'art. 26 c.p.c. per l'espropriazione forzata su beni immobili. Si deve ritenere che questa disposizione sia volta a consentire il coordinamento tra i procedimenti preordinati all'avveramento della condizione sospensiva del patto e quelli esecutivi. Pertanto, tale competenza dovrebbe ritenersi inderogabile relativamente all'esercizio del diritto potestativo, per estensione rispetto a quello che sancisce l'art. 28 c.p.c. in relazione alla competenza in materia di esecuzione. In assenza di una disposizione di legge in materia, tale inderogabilità non si estende ai procedimenti aventi ad oggetto l'esistenza, la validità e l'efficacia del patto, né tanto meno ai procedimenti introdotti con l'esercizio delle azioni che si fondano sul contratto di finanziamento. Sarebbe però opportuna una competenza riferibile in

modo unitario a tutte le controversie appena menzionate, che si potrebbe realizzare anche apponendo al contratto di finanziamento, e all'eventuale patto concluso separatamente, una clausola di competenza esclusiva, individuata nel luogo in cui si trova l'immobile. In ogni caso, l'esercizio del diritto potestativo ai sensi del comma 10 dà luogo ad una vera e propria attività esecutiva (v. *infra*), per cui le contestazioni del debitore e dei terzi dovranno a quel punto essere effettuate nelle forme e nei modi previsti per l'opposizione agli atti esecutivi (Antonino Barletta).

6. *Decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5 (15),*

Quesiti: in base a quali disposizioni si computa il termine? Il termine ha natura dilatoria: cosa determina il suo mancato decorso in relazione all'istanza del creditore?

Risposte.

(15.1) Il termine si computa in funzione della disciplina prevista dal codice di procedura civile. Tale spazio temporale sembrerebbe previsto per consentire al debitore di intraprendere le iniziative, anche giudiziarie, volte a impedire l'avvio del meccanismo di stima del bene (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Condivido, in relazione al fatto che si tratta di una previsione stabilita per l'instaurazione di un procedimento giudiziale, avente ad oggetto la nomina dello stimatore. La natura del termine è chiaramente dilatoria. Esso è volto a permettere al debitore di evitare le conseguenze dell'esercizio del diritto potestativo, adempiendo alle obbligazioni previste dal contratto di finanziamento, ovvero rinegoziando, se possibile, le condizioni dello stesso contratto. Entro tale termine potranno essere anche esperiti i rimedi giudiziali previsti a tutela (dichiarativa e/o cautelare) del debitore. La previsione del termine è volta ad escludere ogni automatismo in ordine alla produzione dell'effetto traslativo, che rimane vietato alla stregua di quanto previsto in generale all'art. 2744 c.c. Il suo mancato decorso al momento dell'esercizio del diritto potestativo esclude temporaneamente che questo produca gli effetti previsti dal comma 6; il presidente del tribunale potrà, tuttavia, procedere alla nomina del perito una volta decorsi i sessanta giorni dalla notifica della dichiarazione di cui al comma 5. Manca, poi, un termine acceleratorio, decorrente dal momento di esercizio del diritto potestativo: il che è da considerarsi una lacuna della disciplina. Lacuna che, peraltro, non è certo facile colmare riferendosi a istituti affini, a meno che non riteniamo qui applicabile per analogia la disciplina dell'inattività nel processo esecutivo (Antonino Barletta).

il creditore chiede al Presidente del Tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del patto di cui al comma 1 (16).

Quesiti: che qualifiche deve rivestire il perito? Perché si parla di una "relazione giurata"? Sono applicabili ed entro che limiti le norme sul consulente tecnico d'ufficio, ovvero dell'esperto

nell'espropriazione immobiliare?

Risposte.

(16.1) Il perito dovrebbe essere un esperto indipendente, iscritto in apposito albo, idoneo a produrre una valutazione oggettiva. La norma fa specifico riferimento all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 568 c.p.c. ed a quella relativa all'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c., prevedendo che il perito operi sulla base dell'equo apprezzamento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il riferimento alla "*relazione giurata*" fa pensare che il perito debba appunto effettuare un giuramento al momento dell'accettazione dell'incarico, per quanto non è in alcun modo possibile ritenere che a quest'ultimo spetti la qualifica di ausiliario giudiziario. Il giudice ha qui una funzione esclusivamente limitata alla nomina, nell'ambito di un procedimento che ha natura di volontaria giurisdizione. Difatti, il richiamo alle norme sull'arbitraggio (v. *infra*) sembra volto a chiarire il carattere stragiudiziale della stima; cosicché la sua contestazione dovrà avvenire nelle ordinarie forme previste per la tutela dichiarativa, seguendo anche il rito sommario di cognizione. I creditori interessati potranno agire con azione surrogatoria (ove ne sussistano i presupposti), ovvero intervenire adesivamente ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c. (Antonino Barletta).

Il perito procede in conformità ai criteri di cui all'art. 568 del codice di procedura civile. Non può procedersi alla nomina di un perito per il quale ricorre una delle condizioni di cui all'art. 51 del codice di procedura civile (17).

Quesiti: si applica l'art. 569, comma 1, c.p.c. richiamato dall'art. 568 c.p.c.? In base a quali disposizioni di deve procedere alla nomina del perito? Si applicano le norme dell'espropriazione forzata? Si applicano quelle dell'accertamento tecnico preventivo? Ovvero altre disposizioni ancora? È possibile la nomina di un esperto su indicazione congiunta dalle parti interessate (creditore, debitore ed eventuali terzi titolari di diritti sul bene oggetto del trasferimento condizionato)? Ovvero è consentita solo la nomina giudiziale? In quest'ultimo caso, perché il legislatore stabilisce una disciplina così diversa rispetto a quella stabilita in relazione al finanziamento a favore di consumatori (art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.)?

Risposte.

(17.1) L'istanza di nomina dello stimatore deve essere corredata dal deposito dell'estratto catastale e dei certificati delle iscrizioni e trascrizioni del ventennio anteriore all'esercizio del diritto potestativo o di un certificato notarile sostitutivo (arg. dal richiamo contenuto dall'art. 568 c.p.c. all'art. 569 c.p.c.). L'individuazione dello stimatore da parte del Presidente del Tribunale dovrà essere effettuata con gli stessi criteri ed in base alle previsioni applicabili alla nomina dell'esperto nell'espropriazione forzata immobiliare (Antonino Barletta).

La scelta per cui la nomina del perito sia realizzata dal presidente del tribunale, potrebbe essere rintracciata nell'ambito di quella serie di specifici accorgimenti che il legislatore ha

voluti inserire nella norma, onde realizzare un'accurata tutela del contraente debole ed altresì scongiurare l'ipotesi di nullità ai sensi della disciplina del patto commissorio. Pertanto, la disposizione parrebbe inderogabile (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo, notando altresì come sul punto la disciplina dell'art. 48 *bis* c.p.c. diverge in modo significativo rispetto alla disciplina dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. La ragione di tale differenza va ricercata nella diversa efficacia che ha il patto in esame rispetto a quella della "*clausola espressa*" che è possibile inserire nei contratti di finanziamento con i consumatori (v. *infra*). **In particolare, l'esigenza di una nomina giudiziale è riferibile alle peculiari limitazioni delle ragioni degli terzi (creditori e aventi causa del debitore)**, in conseguenza all'esercizio del diritto potestativo fondato su un patto trascritto, diversamente da quanto si può dire a proposito della disciplina applicabile ai consumatori (Antonino Barletta).

Si applica l'art. 1349, primo comma, del codice civile (18).

Quesiti: le parti possono rimettersi al mero arbitrio del terzo? Che differenze vi sono rispetto alla disciplina applicabile alla determinazione del valore dell'immobile assoggettato ad espropriazione forzata?

Risposte.

(18.1) Più che sul mero arbitrio, l'attività del perito pare debba essere fondata sull'equo apprezzamento. Quest'ultimo implicherebbe un giudizio che tenga nella dovuta considerazione sia il concreto programma negoziale delle parti, sia le condizioni dell'affare, nel quadro di situazioni di normalità economica (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il richiamo all'art. 568 c.p.c. vale ad estendere alla stima i criteri di determinazione del valore dell'immobile secondo quanto stabilito per l'espropriazione in sede di esercizio del diritto potestativo, benché in generale non riterrei possibile applicare a tale stima la "*riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto*" (art. 568, comma 2, c.p.c.). In quanto l'esercizio del patto al di fuori del processo esecutivo non dà luogo ad effetti traslativi di natura coattiva. Diversamente, il "*trasferimento*" sul punto rimane soggetto alle disposizioni dell'art. 1197, comma 2, c.c., con la conseguenza che il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi. Il riferimento all'art. 1349 c.c. si spiega – come già osservato – per ribadire il carattere esclusivamente privatistico della stima e dei poteri dello stimatore (Antonino Barletta).

Entro sessanta giorni dalla nomina (19),

Quesiti: che natura ha tale termine? In base a quali disposizioni si computa?

Risposte.

(19.1) Parrebbe individuabile, rispetto al termine *de quo*, una natura ordinaria (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Concordo, nel senso che il decorso di tale termine non comporta alcuna decadenza. Tuttavia, non sembra avere natura processuale e si computa in base alle disposizioni del codice civile (Antonino Barletta).

il perito comunica, ove possibile a mezzo di posta elettronica certificata, la relazione giurata di stima al debitore, e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile (20).

Quesito: che effetto ha la mancata comunicazione ad uno o più dei destinatari?

Risposte.

(20.1) La mancata comunicazione della stima potrebbe astrattamente determinare l'inefficacia della stessa. Inoltre, nulla è detto rispetto alle modalità con le quali la stima deve essere comunicata al debitore e ciò pare una lacuna del nuovo istituto. Il comma 8 stabilisce infatti che la condizione sospensiva di inadempimento si ha per avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima. In base alla lettera della legge la comunicazione potrebbe considerarsi avverata anche con la semplice spedizione, non curandosi il legislatore della effettiva ricezione della stessa (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il procedimento di stima prevede la partecipazione del debitore, del titolare del diritto di proprietà sul bene concesso in garanzia (se diverso, ossia di terzi datori o terzi acquirenti dopo la trascrizione del patto), dei terzi aventi altri diritti sul bene risultanti dai registri immobiliari, nonché del finanziatore. La mancata comunicazione della stima a tali soggetti, perciò, esclude l'avveramento della condizione, a meno di ratifica da parte del soggetto che non abbia ricevuto la comunicazione. Effettivamente, la successiva disposizione del comma 8 (v. *infra*) non sembra, a tutta prima, armonizzarsi con quanto abbiamo appena osservato. Si deve, però, ritenere che la comunicazione del finanziatore del comma 8 sia solo successiva alla valida determinazione del valore da parte dello stimatore e sia funzionale al mero fine di stabilire una formale conclusione del procedimento stragiudiziale. Anche tale comunicazione, poi, non può avere effetti se non nel momento in cui giunga a conoscenza del debitore e dell'eventuale diverso titolare di diritti sull'immobile (Antonino Barletta).

I destinatari della comunicazione di cui al periodo precedente possono, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, inviare note al perito; in tal caso il perito, entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti (21).

Quesito: che conseguenze ha la mancata effettuazione dei chiarimenti da parte del perito?

Risposte.

(21.1) La mancata effettuazione dei chiarimenti da parte del perito potrebbe configurare una fattispecie idonea a chiedere l'intervento del giudice, volto a sollecitare l'attività del perito stesso (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Riterrei che anche in questo caso non si determini l'avveramento della condizione. In proposito si può configurare il mero obbligo di recepire le note dei destinatari, anche per un'esigenza di documentazione, in vista della successiva contestazione della stima e soprattutto di possibili azioni volte a far valere la responsabilità per danni verso lo stimatore (Antonino Barletta).

7. Qualora il debitore contesti la stima (22),

Quesiti: con quali modalità occorre procedere alla contestazione della stima? Entro quale termine? In questo caso è possibile ottenere la sospensione d'urgenza della procedura ai sensi dell'art. 700 c.p.c.? Che effetti ha la contestazione da parte del creditore? Le parti possono stabilire convenzionalmente un diverso valore di stima? La determinazione convenzionale di un valore di stima inferiore rende revocabile il trasferimento? In quali casi? Si può prospettare una conseguenza diversa? Ad es., si può ritenere revocabile solo la stima convenzionale, al fine di consentire l'esecuzione sul residuo che il creditore avrebbe dovuto versare sulla base della stima del perito?

Risposte.

(22.1) Si può presumere che la contestazione della stima sia realizzata mediante notifica sia al perito che al creditore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Ritengo che il riferimento vada qui colto in relazione a possibili contestazioni giudiziali da parte del debitore. La disposizione si deve applicare per estensione ai titolari dei diritti sull'immobile (Antonino Barletta).

(22.2) Non sembra sussistano impedimenti all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 700 c.p.c. relativa ai provvedimenti d'urgenza (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, in questo caso è espressamente previsto che le suddette contestazioni non escludano l'avveramento della condizione. Pertanto, in questa ipotesi non sembra possibile un provvedimento inibitorio urgente (Antonino Barletta).

(22.3) Il legislatore non disciplina direttamente la possibilità che le parti possano convenire un differente accordo in merito al valore di stima del bene; dunque, in assenza di limiti in tal senso, esso pare configurabile, sebbene idoneo a sminuire il ruolo e la portata dell'intervento del perito (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Riterrei che, in generale, una determinazione convenzionale sia ammissibile, ma solo in aumento rispetto al valore di stima (al fine – ad esempio – di evitare o dirimere eventuali controversie con il debitore o i titolari di diritti sull’immobile). Non sembra possibile, invece, una determinazione convenzionale per un valore inferiore a quello di stima, in considerazione della funzione di garanzia della stessa contro il pericolo di depauperamento del debitore e di violazione della *par condicio*, che appunto s’intendono escludere con il patto marciano (Antonino Barletta).

il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare (23).

Quesiti: una volta esercitato il diritto di avvalersi del patto, il creditore può contestare il valore di stima? Con quali effetti? Come deve essere letto il riferimento al “titolare del diritto reale immobiliare”? La sussistenza di una “differenza da versare” accertata successivamente all’esercizio del diritto di avvalersi del patto esclude il perfezionamento del trasferimento? Entro quale termine deve essere versata la differenza? Che effetti ha il mancato versamento?

Risposte.

(23.1) La norma, pur ricorrendo la contestazione della stima, non impedisce comunque alla banca creditrice di proseguire nel percorso verso la definitiva acquisizione del bene (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(23.2) Il legislatore tace in riferimento alla possibilità che la contestazione della stima sia prodotta da parte del finanziatore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, tale possibilità non può essere esclusa. In questo caso è necessario instaurare un processo di cognizione volto ad accertare il valore dell’immobile da parte del giudice, il quale si potrà avvalere di un consulente tecnico d’ufficio (Antonino Barletta).

(23.3) La sussistenza di una “differenza da versare”, accertata successivamente all’esercizio del diritto di avvalersi del patto, non dovrebbe escludere il perfezionamento del trasferimento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(23.4) Il mancato versamento esclude l’avveramento della condizione. Il termine finale potrà essere stabilito nel patto (e varrà come termine di avveramento della condizione sospensiva), in mancanza potrà essere fissato dal giudice (arg. dall’art. 1183 c.c.) (Antonino Barletta).

8. La condizione sospensiva di inadempimento, verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui

al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento (24).

Quesiti: è possibile regolare diversamente la condizione? Se successivamente all'annotazione dell'avveramento della condizione viene accertato che il valore di stima è inferiore a quello corretto si deve procedere alla cancellazione dell'annotazione? Gli altri creditori possono chiedere preventivamente in sede cautelare il sequestro della differenza che dovrà essere corrisposta sulla base di questa previsione?

Risposte.

(24.1) La disciplina prevista dal comma 8 non sembra lasciare margini all'autonomia negoziale ai fini di una differente regolamentazione della condizione (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(24.2) Verificatosi l'inadempimento del debitore e realizzatosi il definitivo trasferimento della proprietà in capo alla banca creditrice, a quest'ultima resterà l'onere di annotare a margine del trasferimento l'atto notarile dell'avveramento della condizione. Laddove sia accertato che il valore di stima è inferiore a quello corretto, si potrebbe procedere alla cancellazione dell'annotazione, per quanto tale procedura possa determinare un considerevole allungamento dei tempi di risoluzione del rapporto di finanziamento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, in considerazione di quanto previsto dal comma 7, in caso di contestazione del debitore circa la determinazione del valore dell'immobile in sede di stima (*"il creditore ha comunque diritto di avvalersi del patto"*), si ritiene che, ove pure si accerti in sede contenziosa una differenza con il valore determinato in sede di stima a favore del debitore, ciò non determina alcuna conseguenza sull'avveramento della condizione. Cosicché, anche in caso di contestazione, si deve considerare avverata in conseguenza della comunicazione del creditore o del versamento della differenza in base al valore di stima stabilito dal perito di nomina giudiziale (Antonino Barletta).

(24.3) Dato il carattere stragiudiziale del procedimento, che inizia con l'esercizio del diritto potestativo e si conclude con la comunicazione del valore di stima o il versamento della differenza, i creditori estranei al patto non avranno alcuna possibilità d'intervento, neppure nel procedimento di nomina del perito giudiziale, in considerazione della sua natura di volontaria giurisdizione. I creditori potranno però esercitare i rimedi ordinari: ossia, come abbiamo visto, l'azione surrogatoria, l'intervento adesivo di cui all'art. 105, comma 2, c.p.c. nei procedimenti giurisdizionali instaurati dal debitore o dal finanziatore, nonché l'azione revocatoria e l'azione cautelare di sequestro conservativo, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 671 c.p.c. (Antonino Barletta).

Il contratto di finanziamento o la sua modificazione a norma del comma 4 contiene l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito (25).

Quesiti: che cosa succede nell'ipotesi in cui manchi l'indicazione del conto corrente bancario? È possibile, in alternativa, utilizzare le forme del deposito liberatorio?

Risposte.

(25.1) In mancanza dell'indicazione del conto corrente, parrebbe possibile utilizzare l'istituto del deposito. Si potrebbe pensare all'ipotesi di deposito liberatorio ed altresì a quella di deposito fiduciario. In questo modo, il ricorso al deposito si può rivelare utile per realizzare, accanto alla funzione conservativa caratteristica del tipo descritto dal legislatore, anche quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

9. *Ai fini pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva ai sensi dell'art. 2668, terzo comma del codice civile, il creditore, anche unilateralmente, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione, a norma dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 del codice civile (26).*

Quesiti: non è necessario allegare la relazione giurata del perito? È sufficiente in questo caso l'autocertificazione del creditore? Che rimedi è possibile proporre nel caso in cui l'autocertificazione non sia veritiera? Si può richiedere la cancellazione dell'annotazione? In quali forme? Si può procedere in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.? A cosa devono far riferimento le scritture contabili? Alle sole partite contabili relative all'esecuzione del contratto di finanziamento, ovvero anche al versamento dell'eventuale differenza tra il dovuto e il valore di stima?

Risposte.

(26.1) Tale norma introduce una deroga all'art. 2655 comma 4 c.c., il quale dispone che l'annotazione di avveramento della condizione, può eseguirsi in virtù della *"dichiarazione unilaterale del contraente in danno del quale la condizione si è verificata"*, mentre la dichiarazione del citato comma 9 è resa dal soggetto a favore del quale la condizione si è verificata (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Anche l'art. 2668, comma 3, c.c. stabilisce che la cancellazione dell'indicazione della condizione debba avvenire *"quando l'avveramento ... della condizione ... risulta da sentenza o da dichiarazione, anche unilaterale, della parte, in danno della quale la condizione sospensiva si è realizzata"*. Quindi, nel caso di specie la dichiarazione unilaterale sarebbe dovuta provenire dal debitore. In alternativa, il finanziatore avrebbe dovuto agire in sede contenziosa per ottenere una sentenza di accertamento dell'avveramento della condizione e della sussistenza delle condizioni per procedere alla cancellazione. In tal caso, peraltro, la cancellazione sarebbe stata possibile solo una volta ottenuta dal finanziatore una sentenza passata in giudicato contenente un ordine giudiziale in tal senso. La disposizione in commento, invece, consente al finanziatore di cancellare l'indicazione della condizione, anche a prescindere dal suddetto giudicato, pur in

caso di mancata cooperazione del debitore. Tale disciplina riduce grandemente la difesa del debitore a fronte di eventuali iniziative abusive del finanziatore, in considerazione del fatto che le conseguenze della cancellazione della condizione sospensiva sono irreversibili. L'unica tutela possibile per il debitore è di tipo preventivo-inibitorio, anche in sede cautelare *ex art.* 700 c.p.c. (da esperire preferibilmente subito dopo la notificazione dell'esercizio del diritto potestativo), ovvero di tipo risarcitorio dopo la cancellazione dell'annotazione. Per altro verso, in caso di dichiarazione non veritiera da parte della banca, le conseguenze potrebbero rilevare anche sul piano penale (arg. dall'art. 48 d.p.r. n. 445 / 2000) (Antonino Barletta).

(26.2) Rimane oscura la ragione dell'esibizione al notaio da parte della banca delle proprie scritture contabili, dovendosi escludere infatti un potere del pubblico ufficiale di accertamento ai fini probatori (cfr. artt. 2709 c.c. e 634 c.p.c.) – come quello che invece il comma 10 affida al giudice delle esecuzioni nella procedura giudiziale – della regolare tenuta e rilevanza delle scritture contabili tra banca creditrice e imprenditore debitore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(26.3) Riterrei che l'elenco dei documenti contenuto nel comma 9 non sia tassativo. Oltre alle scritture contabili si deve tener conto della dichiarazione notificata contenente l'esercizio del diritto potestativo, nonché dei documenti attestanti l'avveramento della condizione di cui al comma 8. Essi possono essere presentati in originale alla conservatoria dei registri immobiliari, in uno con l'autocertificazione di avveramento della condizione autenticata dal notaio o resa nella forma dell'atto pubblico. In alternativa, i dati rilevanti contenuti nei suddetti documenti dovranno essere riportati in una certificazione notarile sostitutiva. L'annotazione disciplinata dal comma 9 dovrà, poi, contenere la menzione della data di notifica della dichiarazione di cui al comma 6 (Antonino Barletta).

10. Può farsi luogo al trasferimento a norma del presente articolo anche quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto di cui al comma 1 sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione. In tal caso l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su istanza del creditore, dal giudice dell'esecuzione (27)

Quesito: che natura ha l'accertamento dell'inadempimento del giudice dell'esecuzione?

Risposte.

(27.1) L'esercizio del diritto potestativo nell'ambito di un processo di esecuzione dà luogo al compimento di una vera e propria attività giurisdizionale esecutiva. Il legislatore consente l'esercizio del diritto potestativo in sede esecutiva solo dopo l'inizio dell'esecuzione, coincidente con la trascrizione del pignoramento immobiliare. Tale previsione è volta a consentire l'esecuzione del patto marciano, anche a fronte dell'inizio dell'esecuzione da parte dei creditori estranei al patto. Tuttavia, ciò non toglie che **lo stesso finanziatore potrebbe preferire dare avvio all'esecuzione sul bene concesso in garanzia, per poi successivamente esercitare il diritto potestativo in sede esecutiva**, al fine di evitare le incertezze che potrebbero conseguire all'esercizio stragiudiziale del medesimo diritto potestativo (Antonino Barletta).

e il valore di stima è determinato dall'esperto nominato dallo stesso giudice (28).

Quesiti: sulla base di tale previsione si deve mettere in dubbio la natura volontaria del trasferimento in base al patto? Può ritenersi che il trasferimento – pur adottato normalmente in sede stragiudiziale – debba essere equiparato a quelli effettuati nell'ambito delle procedure espropriative? Sono quindi applicabili al trasferimento effettuato sulla base del patto le disposizioni sugli effetti della vendita forzata (artt. 2919 ss. c.c.)? Se si ritiene diversamente, come si concilia la natura volontaria del trasferimento attuato sulla base del patto (quindi assoggettabile alla garanzia per evizione e per i vizi) con il fatto che la stima dell'esperto giudiziale nell'espropriazione sia senz'altro applicabile agli effetti dello stesso patto, per quanto essa tenga conto dell'assenza della garanzia per i vizi sancita dalla disciplina della vendita forzata?

Risposte.

(28.1) È previsto che su istanza della banca il giudice dell'esecuzione accerti con ordinanza l'inadempimento del debitore e nomini l'esperto stimatore. Deve segnalarsi in questo caso la singolarità della previsione che affida al giudice dell'esecuzione un compito di accertamento, quando invece è noto che lo stesso è istituzionalmente preposto a dare attuazione all'obbligo contenuto nel titolo esecutivo, e non svolge alcuna attività di accertamento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(28.2) L'acquisto dei diritti sul bene immobile da parte del finanziatore, che si realizza a seguito dell'esercizio del diritto potestativo in sede esecutiva, ha natura parimenti esecutiva ed è soggetto alle norme previste per la vendita e l'assegnazione forzata (artt. 2919 ss. c.c.). Pertanto, in questo caso rimane esclusa la garanzia per i vizi. Per tale ragione il valore di stima è esattamente quello determinato nell'ambito dell'attività preparatoria delle operazioni di vendita, che tiene conto appunto dell'assenza della garanzia per i vizi ai sensi dell'art. 2922 c.c. (Antonino Barletta).

Il giudice dell'esecuzione provvede all'accertamento dell'inadempimento con ordinanza (29),

Quesiti: quali devono essere le forme del procedimento preordinato all'accertamento dell'inadempimento? In ogni caso, è necessario osservare il principio del contraddittorio? In pendenza di espropriazione è espressamente richiesto l'accertamento dell'inadempimento del contratto di finanziamento nella prospettiva dell'esercizio dei diritti del creditore: che effetti ha tale accertamento? In particolare, si tratta di un'efficacia solo interna al procedimento? L'accertamento è idoneo ad acquisire efficacia d'incontrovertibilità ai sensi dell'art. 2909 c.c.? Il debitore e gli altri creditori (pignoranti o intervenuti) possono contestare la sussistenza dell'inadempimento? Con il rimedio *ex art. 617 c.p.c.*? Possono impugnare l'ordinanza di accertamento? L'ordinanza pronunciata nel procedimento di opposizione è poi impugnabile in Cassazione? La sussistenza dell'inadempimento può essere oggetto di contestazione

nell'ambito di un processo di cognizione, anche dopo l'emanazione dell'ordinanza e del successivo decreto che *"dà atto dell'avveramento della condizione"*?

Risposte.

(29.1) In questa procedura il legislatore delinea una corsia preferenziale che agevola la banca finanziatrice rispetto agli altri creditori, per quanto la posizione del debitore, rispetto alla procedura stragiudiziale, venga tutelata maggiormente per la presenza del giudice (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(29.2) Pur in assenza di un espresso richiamo, si deve ritenere che l'accertamento dell'inadempimento debba avvenire nel contraddittorio tra finanziatore, debitore e con la partecipazione inoltre del creditore procedente, nonché degli altri creditori estranei al patto, con modalità analoghe a quelle previste per l'ordinanza di autorizzazione alla vendita. L'accertamento giudiziale ha natura sommaria-esecutiva: in sé inidonea al giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., ma comunque preordinata a cristallizzarsi in effetti giuridici dotati di stabilità (analogamente a quanto si può affermare per la vendita e l'assegnazione forzata). Per contrastare l'azione del finanziatore, il debitore e gli creditori hanno a disposizione il rimedio dell'opposizione agli atti *ex art. 617 c.p.c.*, con il quale è possibile contestare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto potestativo in sede esecutiva e, in particolare, la sussistenza dell'inadempimento, ovvero sollevare questioni concernenti gli altri profili rilevanti in ordine all'avveramento della condizione. La decisione sull'opposizione agli atti è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, almeno nei casi in cui sia relativa alla sussistenza dei presupposti di esercizio del diritto potestativo. Dopo il decorso dei termini per le opposizioni e l'emanazione del decreto che *"dà atto dell'avveramento della condizione"* non sembra più possibile procedere a ulteriori contestazioni (Antonino Barletta).

fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito (30).

Quesiti: è possibile contestare la determinazione della somma che il creditore è tenuto a versare? È possibile far valere l'antiorità della prelazione? Con quale rimedio? Con l'opposizione agli atti? In caso positivo, chi è legittimato a proporre l'opposizione? Che disposizioni si applicano in caso d'inadempimento da parte del creditore? Deve essere dichiarata la decadenza? Con quali effetti? Si procede con l'espropriazione forzata? Ove si proceda in tal senso è possibile far valere nuovamente il patto avente ad oggetto il trasferimento sino all'aggiudicazione provvisoria? Oppure i diritti del creditore munito del patto non possono più essere opposti al creditore procedente ed ai creditori intervenuti?

Risposte.

(30.1) La determinazione della somma che il creditore sia tenuto a versare pare suscettibile di contestazione, per quanto il comma in esame nulla disponga in merito (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(30.2) Anche in questo caso, in considerazione della natura esecutiva degli atti compiuti a seguito dell'esercizio del diritto potestativo, il rimedio proponibile è l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., su ricorso di chiunque abbia interesse (Antonino Barletta).

(30.3) In caso di mancato rispetto del termine, si applicano in via analogica le norme sull'inadempimento dell'aggiudicatario (art. 587 c.p.c.). Cosicché in tale ipotesi deve essere dichiarata la decadenza del finanziatore dall'esercizio del diritto potestativo fondato sul patto. Successivamente, si potrà dare corso alle operazioni di vendita e in caso di vendita o assegnazione forzata si determinerà l'effetto purgativo (anche) del patto e la definitiva perdita del diritto potestativo. Tuttavia, in caso di mancata prosecuzione del processo di espropriazione, per rinuncia agli atti o estinzione per inattività, il finanziatore potrà nuovamente esercitare il medesimo diritto potestativo (Antonino Barletta).

Avvenuto il versamento, il giudice dell'esecuzione, con decreto, dà atto dell'avveramento della condizione (31).

Quesiti: che natura ha il decreto che dà atto dell'avveramento della condizione? Il decreto deve contenere l'ordine di cancellazione delle ipoteche e delle trascrizioni secondo quanto previsto dall'art. 586 c.p.c.? Analogamente, ha efficacia di titolo esecutivo per il rilascio? *Quid iuris* in caso di nullità di atti anteriori al decreto? Si applica l'art. 2929 c.c.? Più in generale si applicano al trasferimento sulla base del patto – qualunque natura esso abbia – le norme in tema di stabilità della vendita forzata (ad es., art. 630 c.p.c., art. 187 *bis* disp. att. c.p.c.)?

Risposte.

(31.1) Può discutersi se in questa particolare ipotesi di svolgimento della procedura esecutiva, il cui epilogo è comunque rappresentato dall'accertamento della condizione sospensiva apposta al patto marciano, il creditore possa chiedere nello stesso decreto l'inserimento dell'ordine di cancellazione delle formalità anteriori, in analogia a quanto previsto dall'art. 586 c.p.c. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(31.2) Riterrei applicabile in via analogica la norma dell'art. 586 c.p.c. al decreto che "*dà atto dell'avveramento della condizione*", almeno nella parte relativa all'emissione dell'ordine di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie e all'efficacia del decreto, quale titolo esecutivo per il rilascio. Anche in questo caso, ciò si correla alla natura esecutiva degli atti che determinano l'acquisto da parte del finanziatore dei diritti sul bene concesso in garanzia. Si noti, peraltro, che **l'esercizio in sede esecutiva del diritto potestativo che si fonda sul patto è l'unica possibilità per ottenere tale effetto purgativo**: essenziale ove constino ipoteche e/o trascrizioni di pignoramenti in relazione al bene concesso in garanzia.

Per le stesse ragioni risultano poi applicabili al trasferimento in forza del patto, in via analogica, le altre disposizioni preordinate alla stabilità della vendita forzata (artt. 630 c.p.c., 187 *bis* disp. att. c.p.c., 2929 c.c.) (Antonino Barletta).

(31.2) La disciplina del comma 10, invece, non trova applicazione pur nel silenzio della disposizione, quando il pignoramento sia stato trascritto prima della trascrizione del patto marciano ovvero prima dell'iscrizione ipotecaria con efficacia prenotativa rispetto alla trascrizione del patto marciano, in applicazione del generale principio di cui all'art. 2913 c.c. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il decreto è annotato ai fini della cancellazione della condizione, a norma dell'art. 2668 del codice civile (32).

Quesiti: che effetti ha la cancellazione della condizione? L'effetto traslativo si verifica *ex tunc*? Oppure *ex nunc*? In caso di efficacia retroattiva del trasferimento alla trascrizione del patto: è giustificata una differenza così rilevante rispetto alla disciplina applicabile alla vendita e all'assegnazione forzata?

Risposte.

(32.1) In questo caso si può ritenere che l'effetto acquisitivo (di cui viene data pubblicità con la cancellazione dell'indicazione della condizione) retroagisca alla trascrizione del pignoramento, sul presupposto che l'esercizio del diritto potestativo si ricollegi al precedente esercizio dell'azione esecutiva. Si ha così un risultato analogo a quello che si realizza con la vendita e l'assegnazione forzata ai sensi degli artt. 2919 e 2913 c.c. (Antonino Barletta).

Alla distribuzione della somma ricavata si provvede in conformità alle disposizioni di cui al libro terzo, titolo II, capo IV del codice di procedura civile (33).

Quesiti: la distribuzione della somma versata dal creditore dà luogo ad un'attività esecutiva? Si applicano le norme di cui agli artt. 509-512 c.p.c., pur non direttamente richiamate? Si applicano le norme degli artt. 2920 ss. c.c. in tema di effetti della distribuzione del ricavato della vendita forzata?

Risposte.

(33.1) Il riferimento alla prosecuzione del processo di espropriazione, secondo le norme della fase distributiva, conferma che l'esercizio del diritto potestativo s'inserisce senza soluzione di continuità nel tessuto dell'esecuzione forzata. A tale fase si applicano anche le disposizioni degli artt. 509-512 c.p.c. e le norme del codice civile sugli effetti della distribuzione, pur non direttamente richiamate (Antonino Barletta).

11. Il comma 10 si applica, in quanto compatibile, anche quando il diritto reale immobiliare è sottoposto ad esecuzione a norma delle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (34).

Commento.

(34.1) La possibilità di esercitare il diritto potestativo che si fonda sul patto marciano permane anche nel caso in cui il bene concesso in garanzia sia sottoposto all'esecuzione forzata speciale prevista dal d.P.R. n. 602/1973. L'amministrazione finanziaria, comunque, si soddisferà in ragione di quanto il finanziatore dovrà versare per ottenere il decreto di avveramento della condizione di cui al comma 10 (Antonino Barletta).

12. Quando, dopo la trascrizione del patto di cui al comma 1, sopravviene il fallimento del titolare del diritto reale immobiliare (35),

Quesiti: dovendo il patto essere equiparato all'ipoteca ai fini del concorso tra creditori, esso risulta assoggettato alla revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 3 l. fall., salva l'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) - e) l. fall.? La sussistenza di una ipoteca anteriore al periodo sospetto esclude la revocabilità? Il precedente esercizio dei diritti fondati sul patto, con annotazione dell'avveramento della condizione anteriore alla dichiarazione di fallimento, rende i diritti del creditore in ogni caso opponibili al fallimento?

Risposte.

(35.1) La disposizione conferma la natura costitutiva della trascrizione verso i creditori, anche nella disciplina delle procedure concorsuali. La trascrizione del patto successiva alla conclusione del finanziamento può essere equiparata all'iscrizione d'ipoteca ed è quindi soggetta a revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 3 l. fall. Tuttavia, in considerazione di quanto previsto dal comma 4 sulla continuità, ai fini del concorso, tra trascrizione del patto e precedente iscrizione ipotecaria, la sussistenza di un'ipoteca anteriore al periodo sospetto in relazione al contratto di finanziamento esclude la revoca del patto (Antonino Barletta).

(35.2) L'irreversibilità degli effetti dell'annotazione di cancellazione non esclude i presupposti dell'azione revocatoria, che si ricollegano al momento in cui si è proceduto alla trascrizione del patto, ovvero alla pur precedente iscrizione ipotecaria (Antonino Barletta).

il creditore, se è stato ammesso al passivo, può fare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile (36).

Quesiti: il patto deve essere accertato in sede di ammissione al passivo? Tale accertamento

avviene ai soli effetti del concorso, ovvero rileva anche in relazione alla proposizione dell'istanza fondata sul patto? Che verifiche / misure devono essere adottate da parte del giudice delegato?

Risposte.

(36.1) Il credito del finanziatore deve essere accertato in sede di formazione dello stato passivo. Contestualmente, deve essere accertata anche la sussistenza del patto marciano. Solo dopo la formazione dello stato passivo (e una volta effettuati tali accertamenti) può essere esercitato il diritto potestativo che si fonda sullo stesso patto in sede fallimentare (Antonino Barletta).

(36.2) Il giudice delegato dovrà procedere agli accertamenti previsti dal comma 10, nell'ambito di un procedimento in cui solo il curatore e il comitato dei creditori sembrano legittimati a sollevare rilievi. L'efficacia di tali accertamenti è solo endofallimentare, benché una volta pronunciato il decreto di avveramento della condizione l'acquisto del finanziatore sembri dotato di piena stabilità (Antonino Barletta).

(36.3) I provvedimenti del giudice delegato di cui ai commi 12 e 10 possono essere impugnati con reclamo *ex art. 26 l. fall.* (Antonino Barletta).

13. Entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita il creditore provvede, mediante atto notarile, a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva (37).

Quesiti: con che modalità deve essere effettuata la pubblicità? Che conseguenze ha il decorso del termine a cui non faccia seguito la pubblicità del mancato avveramento della condizione? Che rimedi ha a disposizione il debitore? È necessario un accertamento giudiziale? Si può procedere in via d'urgenza?

Risposte.

(37.1) In caso di adempimento, si dovrà procedere alla cancellazione della trascrizione del patto (arg. da Cass., 17.05.1974, n. 1468), a fronte della dichiarazione del creditore di mancato avveramento della condizione, ovvero in alternativa all'iscrizione della dichiarazione di mancato avveramento della condizione o di rinuncia al diritto potestativo fondato sul patto (arg. da Trib. Bologna, 2.11.2000, in *Soc.* 2001, 997). Il comma 13 precisa che tali atti debbano rivestire la "*forma notarile*", la quale dovrebbe corrispondere alla scrittura privata autenticata o all'atto pubblico, come richiesto in generale nella disciplina della pubblicità immobiliare (Antonino Barletta).

(37.2) In mancanza della dichiarazione del creditore, una volta decorso il termine di trenta giorni, il debitore dovrà agire in sede contenziosa per ottenere una sentenza di accertamento dell'estinzione del diritto di credito del finanziatore (e di mancato avveramento della condizione) e l'ordine giudiziale di cancellazione del patto, ovvero di iscrizione di

un'annotazione del mancato avveramento. In questo caso, per procedere alla cancellazione o all'annotazione sarà necessaria una sentenza passata in giudicato, anche in considerazione dell'irreversibilità degli effetti di tali atti. Conseguentemente, non sembra possibile prospettare una tutela provvisoria e urgente *ex art. 700 c.p.c.*, bensì solo una tutela risarcitoria (Antonino Barletta).

13 bis. Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca (38).

Quesito: entro che limiti si applica l'equiparazione del patto all'ipoteca?

Risposte.

(38.1) Il comma 13 *bis* assimila il patto marciano alla garanzia ipotecaria sul piano della prelazione, giustifica l'espressa previsione del comma 1 dell'art. 48 *bis*, secondo cui nella nota di trascrizione (nel quadro D) occorre riportare la somma per cui il debito è garantito attraverso il patto marciano, gli interessi e le annualità che il credito produce nonché il tempo dell'esigibilità. La trascrizione del patto produce gli effetti dell'art. 2855 c.c. assimilando la notificazione di volersi avvalere del patto al pignoramento, nel senso che la trascrizione fa collocare nello stesso grado il capitale, le spese e gli interessi ai sensi dell'art. 2855 c.c. con la precisazione che la collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e quella in corso al giorno della notificazione della dichiarazione del credito suindicata (v. anche 2.1 ss.) (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Articolo 120 *quinqüesdecies* T.U.B. (*Inadempimento del consumatore*)

1. *Fermo restando quanto previsto ai sensi dell'articolo 40, comma 2 (1),*

Quesiti: le “*procedure*” disciplinate dall’art. 120 *quinqüesdecies*, comma 1, T.U.B. non escludono mai la possibilità di ottenere risoluzione del contratto di finanziamento ai sensi dell’art. 40, comma 2, T.U.B.? Ciò vale anche nel caso in cui sia prevista la “*clausola espressa*” di cui al comma 3? Nei casi in cui sia possibile (e il finanziatore ritenga opportuno) proporre la domanda di risoluzione, le “*procedure*” continuano ad essere applicabili? La risoluzione del contratto (ove applicabile) è compatibile con l’applicazione dei rimedi stragiudiziali diretti a tutelare il credito del finanziatore? Tali rimedi devono essere considerati come un’alternativa privata all’esecuzione coattiva del credito riferibile al contratto di finanziamento nei confronti del debitore inadempiente, ovvero una modalità alternativa di adempimento del contratto di finanziamento? Dalla soluzione di tali interrogativi principali dipende la definizione delle seguenti ulteriori questioni: a) la proposizione della domanda di risoluzione esclude il ricorso ai suddetti rimedi e alle “*procedure*” relative ai consumatori in difficoltà?; b) dato corso all’esecuzione dei rimedi privati è possibile richiedere la risoluzione del contratto e all’esecuzione coattiva della condanna alla restituzione di quanto dovuto?; c) in caso di risposta positiva al quesito precedente, fino a quale momento è possibile esercitare tale alternativa?

Risposte.

(1.1) L’art. 120 *quinqüesdecies*, comma 1 del T.U.B. astrattamente non pare escludere l’applicazione dell’art. 40 comma 2 relativo alla possibilità di ottenere la risoluzione del contratto, l’*incipit* dell’art.120 *quinqüesdecies*, infatti, fa propriamente salve le disposizioni di cui al suddetto art. 40 comma 2 del T.U.B. Nel caso di inadempimento del consumatore che abbia sottoscritto un contratto di mutuo fondiario che contenga la clausola sopra richiamata, il finanziatore potrà optare tra la risoluzione del mutuo ai sensi dell’art. 40, comma 2, T.U.B. seguita da espropriazione forzata secondo le norme ordinarie, e l’escussione “privatistica” di cui all’art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., dovendo attendere, in questo caso, che l’importo complessivo del credito scaduto e non onorato sia pari a diciotto rate mensili (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Le “*procedure*” dell’art. 120 *quinqüesdecies*, comma 1, T.U.B. sono volte a rendere prevedibili i comportamenti del finanziatore nella “fase patologica” del rapporto. Esse dovranno stabilire tempi e modalità di esercizio dei diritti previsti dalla legge e dal contratto, cercando di temperare l’interesse del creditore con quello del debitore (Antonino Barletta).

(1.2) La “*clausola espressa*” di cui al comma 3 dell’art. 120 *quinqüesdecies* rileva per i casi di **inadempimento** del consumatore; la risoluzione *ex art.* 40 comma 2, ha piena efficacia per il caso di **ritardato pagamento** (art. 120 *quinqüesdecies*, comma 4, lett. c), T.U.B.: “*costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 40, comma 2*”) (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

In caso di adozione della “*clausola espressa*” di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B. la definizione d’inadempimento ivi prevista prevale su quella disciplinata in generale all’art. 40, comma 2, T.U.B. Se essa è prevista nel contratto di finanziamento **solo nell’interesse del creditore** non esclude la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto e di proporre le conseguenti azioni restitutorie di condanna in vista di una esecuzione coattiva tramite espropriazione forzata. Se invece è prevista **anche nell’interesse del debitore** essa esclude il ricorso ai rimedi generali previsti a tutela del creditore, in modo da garantire al debitore la possibilità di ottenere l’estinzione di ogni debito nascente dal contratto di finanziamento attraverso l’esecuzione di quanto previsto nella “*clausola espressa*” (Antonino Barletta).

(1.3) Si potrebbe sostenere che il verificarsi di un evento individuato come idoneo a determinare l’efficacia di una clausola risolutiva come quella *ex* art. 40, comma 2, T.U.B., dando avvio alla procedura esecutiva, precluda la possibilità di applicare ulteriori procedure nel contratto di finanziamento già in essere (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(1.4) Nell’ipotesi di risoluzione non sussiste più un contratto che le parti possano rinegoziare. Tuttavia pare opportuno interrogarsi sulla possibilità, per il creditore, di soddisfarsi in via stragiudiziale sul bene immobile. Optare per l’appropriazione stragiudiziale della garanzia avrebbe rilevanza nel caso in cui la procedura esecutiva sia nelle prime fasi, poiché in uno stadio avanzato il creditore ha il potere di chiedere l’assegnazione del bene, *ex* art. 505 c.p.c., sino a concorrenza del debito (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(1.5) Ogni eventuale accordo che permetta al creditore di acquisire il bene potrebbe essere qualificato come *datio in solutum* (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Condivido tale osservazione nell’ipotesi in cui la “*clausola espressa*” dell’art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B. sia prevista (anche) nell’interesse del debitore (Antonino Barletta).

(1.6) La proposizione della domanda di risoluzione, dando avvio alla fase esecutiva, astrattamente parrebbe escludere il ricorso alle “*procedure*” (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Nel caso in cui sia possibile configurare il concorso tra risoluzione ed esecuzione delle obbligazioni previste nella “*clausola espressa*” di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B., l’esercizio dell’azione di risoluzione esclude l’adempimento delle obbligazioni *in facultate solutionis* previste in tale “*clausola espressa*” (Antonino Barletta).

(1.7) L’art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. fa salva l’applicabilità della disciplina di cui all’art. 40, comma 2, T.U.B. quandanche il finanziatore decida di adottare le “*procedure*” per la gestione dei rapporti con i consumatori in difficoltà (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

il finanziatore adotta procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti (2).

Quesiti: al di là di quanto previsto dal comma 3, le “*procedure*” devono essere sottoposte al consumatore per la sua approvazione? Nel caso in cui siano adottate dal finanziatore al di fuori

della disciplina del rapporto contrattuale, che rilievo hanno tali “*procedure*” sotto il profilo contrattuale? Possono essere modificate unilateralmente dal finanziatore? E con che effetti nei confronti del consumatore, in mancanza di sua espressa accettazione?

Risposte.

(2.1) I contratti stipulati dalle banche e dagli intermediari finanziari con la propria clientela possono essere modificati, nel corso della loro durata, su iniziativa unilaterale degli operatori bancari e finanziari, nel rispetto di precise condizioni di legge. Nell’esercizio dei propri poteri di vigilanza, la Banca d’Italia verifica le modalità con cui banche e gli intermediari finanziari adottano ed eseguono le modifiche unilaterali. Le norme vigenti prevedono che le banche e gli intermediari finanziari debbano inviare alla propria clientela una **comunicazione preventiva** che illustri il contenuto della modifica unilaterale proposta, le **motivazioni** che ne sono alla base e la **data di entrata in vigore**. Le modifiche peggiorative adottate senza rispettare le condizioni previste dalla legge **sono inefficaci** (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La Banca d’Italia adotta disposizioni di attuazione del presente comma, con particolare riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore (3).

Quesiti: quali rapporti vi sono tra la nozione di “*stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore*” e quella di “*morosità incolpevole*” ai sensi del d.m. 14 maggio 2014? Quale rapporto con la nozione di “*sovraindebitamento*” in relazione alle procedure di gestione della relativa crisi? Gli obblighi di informazione e correttezza del finanziatore trovano applicazione a prescindere da una valutazione di responsabilità/meritevolezza nei confronti del debitore, o no? Tale situazione rileva solo nella fase genetica del rapporto contrattuale, ovvero anche in un momento successivo? A quali fini?

Risposte.

(3.1) “*Lo stato di bisogno*” può essere rintracciato nella mancanza o insufficienza dei mezzi necessari per soddisfare il credito; la “*debolezza del consumatore*” riguarda la posizione del consumatore che è ragionevolmente molto meno attrezzato a gestire tutte le fasi del contratto, da quella delle trattative a un eventuale contenzioso. Il rapporto tra i suesposti principi e la “*morosità incolpevole*” potrebbe individuarsi nella situazione di sopravvenuta impossibilità a provvedere al pagamento in ragione della perdita o consistente riduzione della capacità reddituale (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(3.2) La procedura di gestione della crisi da sovraindebitamento, come disciplinata dalla l. n. 3/2012, risulta essere alternativa a quella *de qua* (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(3.3.) Parrebbe opportuno che gli obblighi di informazione e correttezza siano applicati in qualsiasi circostanza (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(3.4) Tale situazione rileverà in ogni fase del rapporto contrattuale (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

2. *Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall' inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso* (4).

Quesiti: in che rapporti si pone tale disposizione con quelle che riguardano la misura degli interessi di mora? È compatibile con la previsione di una penale? In caso positivo il consumatore può/deve rivolgersi al giudice per la riduzione in base alla disposizione sulla penale?

Risposte.

(4.1) La disposizione pare conforme alla generale disciplina della misura degli interessi di mora (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(4.2) Con riferimento all'impossibilità di imporre oneri derivanti dall'inadempimento superiori a quelli necessari a compensare i costi, si può presumere che laddove ammessa, la penale non può che essere determinata entro i suddetti limiti quantitativi (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

3. *Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile* (5),

Quesiti: tale disposizione è intesa riferirsi al solo patto marciano. Si possono ipotizzare altre pattuizioni alternative?

Risposte.

(5.1) La previsione dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B. fa riferimento al divieto posto in generale alle pattuizioni che determinano l'automatico trasferimento del bene dato in garanzia ai sensi dell'art. 2744 c.c. In particolare, lo schema generale della "*clausola espressa*" disciplinato dalla disposizione in commento non esclude l'illiceità delle previsioni che rendono eccessivamente gravosa la posizione del debitore inadempiente, in confronto a quanto consegue all'esecuzione coattiva nel processo di espropriazione forzata. Tale schema appare ispirato al patto marciano e non sembra possibile ipotizzare altre modalità consentite dalla legge per pattuire obbligazioni *in facultate solutionis*, in caso di inadempimento del consumatore alle obbligazioni principali del contratto di finanziamento. Tuttavia, non si può escludere la possibilità di pattuire una diversa modalità di *datio in solutum*, una volta verificatosi l'inadempimento, con un effetto esdebitorio analogo a quello previsto dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B. (Antonino Barletta).

le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore (6)

Quesiti: si riferisce solo alla previsione di una condizione sospensiva? Si può ipotizzare un trasferimento sottoposto a condizione risolutiva? La condizione deve/può essere apposta in relazione ad un atto suscettibile di autonoma trascrizione in modo da consentirne una annotazione? In alternativa, la clausola può essere annotata in relazione all'iscrizione ipotecaria? Con quali effetti verso i terzi? Sono ipotizzabili altre pattuizioni? Che regime di pubblicità è applicabile a tale riguardo in relazione alla "*clausola espressa*"? Con quali modalità deve procedere il finanziatore nel caso in cui la pattuizione non sia suscettibile di una specifica pubblicità? Ha effetti solo obbligatori? Il trasferimento rende necessario la stipulazione di un atto traslativo? È solo quest'ultimo atto a risultare opponibile verso i terzi successivamente alla sua trascrizione?

Risposte.

(6.1) Lo stesso evento può essere dedotto nella clausola condizionale sia al fine di scandire il momento a partire dal quale eventualmente si produrranno gli effetti dell'atto, sia per specificare i presupposti in forza dei quali l'atto perderà retroattivamente gli effetti che nel frattempo è idoneo a produrre. Tuttavia nella fattispecie *de qua* la condizione sospensiva pare più efficace (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(6.2) È sempre preferibile che la condizione sia apposta ad un atto suscettibile di trascrizione, ai fini dell'annotazione (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'art. 48 *bis* T.U.B. non è stabilito né un regime di pubblicità legale delle pattuizioni riguardanti l'autotutela esecutiva del finanziatore, né un coordinamento con i rimedi proponibili da parte degli altri creditori ed, inoltre, la "*clausola espressa*" è sempre accessoria ad una garanzia ipotecaria. Nel quadro di quanto previsto in generale dall'art. 2744 c.c. è perciò fortemente dubbio se la "*clausola espressa*" possa dar luogo immediatamente ad effetti reali opponibili ai creditori e agli aventi causa. In particolare, il trasferimento del bene concesso in garanzia sembra possibile nel quadro di una pattuizione posta nell'interesse tanto del finanziatore, quanto del consumatore, e sembra presupporre sempre l'esecuzione spontanea da parte di quest'ultimo, al fine di raggiungere l'effetto esdebitatorio: solo tale atto potrà essere trascritto. In alternativa, sembra possibile prevedere un obbligo a contrarre del consumatore suscettibile di tutela ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di mancata cooperazione spontanea del consumatore. In tale ipotesi, la stima dovrà essere effettuata in sede giudiziale al fine di determinare le condizioni del trasferimento; e il finanziatore, al momento della proposizione della domanda, dovrà dichiararsi disponibile a corrispondere al consumatore l'eventuale differenza tra il valore di stima e il dovuto, secondo quanto previsto dalla disposizione in commento (Antonino Barletta).

la restituzione (7)

Quesiti: si riferisce a un contratto di *leasing* immobiliare disciplinato dalla legge di stabilità 2016? Sono ipotizzabili altre strutture contrattuali in proposito? La “restituzione” costituisce una modalità alternativa di adempimento del contratto di finanziamento? Diversamente, può essere disposta anche nel corso del giudizio di risoluzione e/o dopo la risoluzione del contratto di finanziamento? Il finanziatore può chiedere un equo compenso per il godimento dell’immobile? In caso positivo, in relazione all’equo compenso trova applicazione l’effetto esdebitatorio?

Risposte.

(7.1) L’art. 1, comma 78, l. n. 208/2015 prevede che *“in caso di risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell’utilizzatore, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all’utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato, dedotta la somma dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l’esercizio dell’opzione finale”*. Il meccanismo previsto dalla legge in generale per il *leasing* immobiliare è per certi versi analogo a quello dell’art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., ma se ne differenzia perché presuppone la risoluzione del contratto e non prevede un effetto esdebitatorio a favore del consumatore (Antonino Barletta).

La disciplina in esame parrebbe costituire una modalità alternativa di adempimento del contratto di finanziamento; il finanziatore, laddove convenuto dai contraenti, potrebbe chiedere un equo compenso, per il godimento dell’immobile (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Condivido, anche se la possibilità di chiedere un equo compenso mi sembra esclusa, al di là che operi o meno l’effetto esdebitatorio previsto dall’art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. (Antonino Barletta).

o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale (8)

Quesiti: il legislatore si riferisce ad un patto marciano analogo a quello disciplinato dall’art 48 *bis* T.U.B.? Il “*trasferimento*” è riferibile (direttamente o in via analogica) alla disposizione della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.)? Può essere attuato su iniziativa del debitore? Tale facoltà a favore del consumatore deve essere espressamente contemplata o deve ritenersi di regola prevista solo nell’interesse del finanziatore? Nel caso sia effettuato su iniziativa del consumatore il trasferimento costituisce una modalità alternativa di adempimento? È comunque richiesto il consenso del finanziatore? Può essere strutturato come un obbligo a contrarre ai sensi dell’art. 2932 c.c.? Ove la clausola venga strutturata diversamente può essere resa opponibile ai creditori o aventi causa autonomamente dal diritto di garanzia riferito all’ipoteca? Che succede in caso di trasferimento in relazione alle ipoteche iscritte e alle trascrizioni dei pignoramenti successive all’iscrizione della ipoteca e/o (ove possibile) della trascrizione della pattuizione in forza della quale l’effetto traslativo si è prodotto? Si può procedere alla cancellazione di tali iscrizioni e trascrizioni? Ciò deve avvenire con il consenso dei creditori interessati? In caso di contestazione, in base a quale disposizione occorre procedere? Nel caso in cui non si ritenga possibile procedere alla cancellazione il finanziatore

dopo il trasferimento come può far valere il proprio diritto prioritario sui creditori titolari di iscrizioni ipotecarie successive e/o ai creditori che abbiano successivamente trascritto un pignoramento immobiliare? In altri termini, che diritti può far valere il finanziatore verso i terzi dopo il maturare dell'effetto esdebitatorio e il venir meno del diritto del credito e del diritto di garanzia relativo al credito così estinto? Ove invece sia ipotizzabile la cancellazione dei diritti di garanzia e o dei pignoramenti immobiliari nei confronti del finanziatore acquirente e dei successivi aventi causa, come potrebbero tutelarsi gli altri creditori in relazione all'esecuzione della clausola di trasferimento (ad es., ove si ritengano insussistenti i diritti fondati sul patto o di contestare la determinazione del valore dell'immobile)? Con quali effetti? La disposizione non si occupa degli altri aspetti dei rapporti con gli altri creditori: sono applicabili analogicamente le norme dell'art. 48 *bis* T.U.B.? Con quali modalità si può ottenere la liberazione dell'immobile?

Risposte.

(8.1) La norma pare riferirsi al patto marciano così come disciplinato dall'art.48 *bis* del T.U.B. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Su questo punto ho un'opinione diversa, in quanto ritengo che il trasferimento in garanzia previsto dall'art. 48 *bis* T.U.B. abbia peculiarità diverse e non riferibili alla disciplina regolata dall'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. (v. anche al punto 6.2) (Antonino Barletta).

(8.2) Il riferimento alla prestazione in luogo di adempimento parrebbe rilevare in via analogica (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

A meno che il trasferimento non sia previsto anche nell'interesse del consumatore, nel qual caso la disposizione dell'art. 1197 c.c. si applica direttamente e il trasferimento può esser attuato anche su iniziativa del consumatore. In quest'ultima ipotesi, poi, non sembra richiesto il consenso del finanziatore (Antonino Barletta).

(8.3) Se è vero quanto sopra sostenuto, che la norma si riferisce al patto marciano come disciplinato dall'art. 48 *bis* T.U.B., non pare configurabile che l'attuazione del trasferimento avvenga su iniziativa del debitore (vedi anche ai punti 6.1 e 6.2) (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(8.4) Nel caso in esame, il trasferimento costituisce una modalità alternativa all'adempimento, anche in considerazione del fatto che l'effetto è l'estinzione dell'intero debito (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(8.5) Più che essere strutturato come un obbligo a contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., è quest'ultima disposizione a poter essere verosimilmente applicata anche alla fattispecie di cui all'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. (vedi anche al punto 6.2) (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(8.6) In mancanza di norme specifiche sul trasferimento del bene immobile a favore del finanziatore, questo dovrebbe essere soggetto alla disciplina generale. Pertanto, ove risulti iscritta un'ipoteca di grado inferiore e/o trascritto un pignoramento anteriormente alla trascrizione dell'atto di acquisto da parte del finanziatore, l'ipoteca e il pignoramento sono opponibili al finanziatore che abbia ottenuto il trasferimento dei diritti sull'immobile, alla

stregua di qualunque altro avente causa del consumatore. Ed anzi, a causa dell'effetto esdebitatorio il finanziatore perderebbe il proprio diritto di priorità nella fase di riparto dell'espropriazione forzata. Cosicché l'iscrizione d'ipoteca o la trascrizione del pignoramento costituiscono un ostacolo all'esecuzione in autotutela prevista dalla "*clausola espressa*", anche nell'ipotesi in cui essa sia prevista nell'interesse del consumatore (Antonino Barletta).

o dei proventi della vendita del medesimo bene (9)

Quesiti: si fa riferimento a un mandato a vedere e a incassare il relativo corrispettivo nell'interesse del finanziatore in caso d'inadempimento del consumatore? In alternativa, si può configurare una cessione del corrispettivo della vendita stipulata direttamente dal debitore e su iniziativa di quest'ultimo? In quest'ultimo caso, la vendita deve essere subordinata al consenso del finanziatore? Il consenso è limitato alla cancellazione dell'ipoteca costituita da parte del finanziatore? In caso di mancato consenso del finanziatore (se richiesto) il consumatore potrebbe chiedere l'applicazione della clausola, dando dimostrazione che la vendita è avvenuta al "*giusto prezzo*", determinato *ex post* ai sensi del 4 comma, lett. d)? Nel caso in cui sia consentito il trasferimento o la cessione del corrispettivo su iniziativa del debitore, il finanziatore potrebbe opporre il deprezzamento dell'immobile conseguente ad interventi successivi alla stipulazione del contratto di finanziamento?

Risposte.

(9.1) La norma ha evidentemente presupposti differenti dal mandato a vendere, forse più simili a quelli che si rintracciano nella fattispecie dell'alienazione a scopo di garanzia; tuttavia, gli effetti parrebbero integrare la disciplina del mandato a vendere nell'interesse del finanziatore, per il caso di inadempimento del consumatore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Il riferimento ai "*proventi della vendita*" può sottintendere sia un mandato a vendere nell'interesse del finanziatore, sia una pattuizione che consenta al consumatore d'individuare un offerente per l'acquisto del bene concesso in garanzia al prezzo determinato dalla stima. In quest'ultimo caso, tale pattuizione sarebbe necessariamente (anche) nell'interesse del consumatore; cosicché non sembra richiesto il consenso del finanziatore (Antonino Barletta).

(9.2) Pare difficile, per come è strutturata la norma, che l'iniziativa a vendere sia assunta dal debitore, soprattutto se si ritiene che il modello di riferimento sia rintracciabile nella disciplina dell'art. 48 *bis* T.U.B. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Se invece si ritiene che la disposizione dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. sia autonoma da quella prevista dall'art. 48 *bis* T.U.B., rimane aperta la possibilità di stipulare una pattuizione che consenta (o addirittura riservi) al consumatore l'individuazione dell'acquirente (v. anche il punto che precede) (Antonino Barletta).

(9.3) Per il caso in cui sia consentito il trasferimento o la cessione del corrispettivo su iniziativa del debitore, il finanziatore può senza dubbio eccepire il deprezzamento dell'immobile, in

particolar modo se conseguente ad interventi successivi alla stipulazione del contratto di finanziamento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo (10).

Quesiti: l'effetto esdebitatorio può ritenersi disciplinato dall'art. 1197 c.c.? A cosa si riferisce l'espressione "*intero debito*"? A quanto è dovuto in relazione al contratto di finanziamento? Ovvero anche a quanto eventualmente dovuto in relazione all'esecuzione della clausola? In tal caso, ove il consumatore abbia provveduto al trasferimento o alla vendita del bene oggetto della garanzia su propria iniziativa ha diritto di ripetere dal finanziatore o di trattenere da quanto ottenuto dalla vendita gli importi corrispondenti alle eventuali spese affrontate per la cessione? Gli atti compiuti in esecuzione della clausola in discorso e i relativi effetti traslativi ed esdebitatori sono soggetti alle disposizioni ordinarie in tema di revocatoria? In quali casi? In particolare, quando e verso quali creditori si può verificare un pregiudizio? È rilevante il momento in cui è stato stipulato il contratto di finanziamento? In altri termini, l'antiorità del diritto di garanzia è opponibile ai creditori privilegiati il cui credito sia sorto successivamente? In questo caso, oltre alla data certa è necessario procedere ad una particolare forma di pubblicità in relazione alla "*clausola espressa*" di cui al comma 1? Diversamente, è necessario il compimento di un atto esecutivo/traslativo sulla base della clausola e la sua trascrizione?

Risposte.

(10.1) In via prudenziale si può affermare che la disciplina dell'art. 1197 c.c. abbia efficacia estintiva dell'obbligazione e dunque esdebitatoria nell'ipotesi in cui convergano requisiti oggettivi e soggettivi (vedi anche punto 8.2) (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(10.2) Per "*intero debito*" si intende innanzitutto il *quantum* dovuto in relazione all'accordo di finanziamento, con riferimento anche ai valori relativi all'esecuzione della clausola (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(10.3) Laddove si ritenga ammissibile che il consumatore abbia provveduto al trasferimento o alla vendita del bene oggetto della garanzia, non appare astrattamente possibile che il consumatore trattenga dal valore ottenuto gli importi delle spese; a meno che i contraenti non abbiano convenuto diversamente (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Se riteniamo che l'effetto esdebitatorio sia riferibile anche alle spese di esecuzione della "*clausola espressa*" si dovrebbe concludere che il debitore abbia il diritto di ripetere tali spese o di trattenere il prezzo ricavato dalla vendita in misura corrispondente, anche quando siano state affrontate nel proprio interesse, a meno che i contraenti non abbiano stabilito diversamente (Antonino Barletta).

(10.4) La fattispecie *de qua* non pare essere esclusa dall'applicabilità della disciplina dell'azione revocatoria, qualora rilevino i presupposti statuiti dal legislatore:

- *consilium fraudis*: vi deve essere stata frode del debitore; questa frode consiste nella conoscenza del pregiudizio che l'atto di disposizione può arrecare alle ragioni del creditore. Se l'atto è stato compiuto prima che sorgesse il diritto di credito, è necessario che l'atto di disposizione fosse dolosamente preordinato al fine di danneggiare il futuro creditore;

- *eventus damni*: l'atto di disposizione posto in essere dal debitore deve essere di natura tale da poter danneggiare gli interessi del creditore. Di conseguenza se il patrimonio del debitore è composto di molti cespiti di rilevante valore, la vendita di alcuni di essi non potrà danneggiare gli interessi del creditore poiché quest'ultimo, in caso di inadempimento, potrà sempre rivalersi sugli altri beni del patrimonio del debitore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(10.5) Va precisato (ad avviso di chi scrive) che il momento rilevante in relazione al quale determinare la sussistenza dei suddetti presupposti è quello in cui sono posti in essere gli atti di disposizione in esecuzione della "*clausola espressa*" e non quello in cui viene concluso il contratto di finanziamento contenente tale clausola (Antonino Barletta).

Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza (11).

Quesiti: il pagamento dell'eccedenza di regola condiziona il trasferimento? In alternativa, quali effetti ha il mancato versamento dell'eccedenza? Il consumatore può essere a sua volta tenuto ad agire nei confronti del finanziatore?

Risposte.

(11.1) Il mancato pagamento dell'eccedenza, a meno che non risulti da un'espressa rinuncia del consumatore, o comunque da uno specifico accordo delle parti, determina la violazione di un diritto del consumatore, per far valere il quale quest'ultimo potrà agire nei confronti del finanziatore (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

In mancanza di una disposizione espressa in materia, le parti possono subordinare o meno l'effetto traslativo al pagamento dell'eccedenza. Ove ciò non sia previsto, il consumatore potrebbe comunque agire anche per la risoluzione del contratto con il quale sia stato disposto il trasferimento a favore del finanziatore (Antonino Barletta).

In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo (12).

Quesiti: *quid iuris* se l'importo ottenuto in sede di cessione da parte del finanziatore (o da altro intermediario incaricato) in forza di mandato a vendere è inferiore al valore dell'immobile determinato ai sensi del comma 4, lett. d)? In questo caso il finanziatore può opporre di essersi adoperato "*con ogni diligenza*"? In che cosa consistono tali obblighi?

Risposte.

(12.1) L'importo della cessione da parte del finanziatore può verosimilmente essere inferiore al prezzo determinato dal perito; in questo caso, tuttavia, il finanziatore/venditore dovrà dimostrare che in un ragionevole lasso di tempo stabilito dalle parti, non sia pervenuta alcuna offerta di vendita pari o superiore al valore determinato dal perito (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120 quater (13)

Quesito: il divieto si applica anche in caso di contratto di finanziamento stipulato in sostituzione di precedente finanziamento?

Risposta.

(13.1) Ritengo che si debba dare un'applicazione estensiva al divieto, per cui esso dovrebbe riguardare anche le pattuizioni inserite in contratti stipulati in sostituzione di precedente finanziamento (Antonino Barletta).

4. Agli effetti del comma 3: a) il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola (14);

Quesiti: si rende sempre necessario prospettare al consumatore la possibilità di concludere il contratto di finanziamento senza la pattuizione di cui al comma 3? Premesso che le condizioni economiche delle proposte di finanziamento potrebbero senz'altro essere diverse, a seconda dei diritti riconosciuti rispettivamente al finanziatore e/o al consumatore – alla luce della diversa “convenienza” di cui alla lett. b) – tali differenze potrebbero essere valutate dal giudice come limite sostanziale alla libertà di contrarre del consumatore? Quando? Quali sono le conseguenze di tale limitazione? Nullità assoluta o relativa della pattuizione a favore del finanziatore? Si possono ipotizzare conseguenze solo risarcitorie a favore del consumatore nei confronti del finanziatore?

Risposte.

(14.1) La norma intende tutelare il consumatore, tradizionalmente inteso come contraente debole, offrendogli la facoltà di convenire col finanziatore l'introduzione della clausola nel contratto, senza subirla arbitrariamente (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La previsione non contrasta con la possibilità che la clausola possa essere introdotta (anche) nell'interesse del debitore; tuttavia, in questo caso è presumibile che le condizioni economiche del finanziamento siano meno vantaggiose. Cosicché anche in questo caso il legislatore vuole

riservare al consumatore il bilanciamento delle conseguenze favorevoli e contrarie che si ricollegano all'inserimento della clausola (Antonino Barletta).

(14.2) Si potrebbe sostenere che le richiamate differenze andrebbero valutate dal giudice come limite sostanziale alla libertà di contrarre del consumatore, ma sarebbe determinante l'analisi dei rispettivi effetti e della portata delle stesse (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(14.3) Pare difficile definire con certezza le conseguenze di una tale limitazione e le responsabilità del finanziatore, ad oggi, in assenza di specifica giurisprudenza in materia (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

b) se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza (15);

Quesiti: l'assistenza a titolo gratuito a spese di chi deve essere fornita? Del finanziatore? Di un soggetto istituzionale? Il consulente che requisiti deve avere? La consulenza a titolo gratuito deve essere limitata alla fase precontrattuale, al solo fine di valutare la convenienza economica in concreto delle proposte di finanziamento? Oppure l'obbligo di consulenza gratuita si estende alla fase esecutiva? Chi deve/può procedere alla nomina del consulente? Il consulente deve essere nominato di comune accordo? Può essere nominato dal finanziatore? Può trattarsi di un dipendente del finanziatore? Deve possedere requisiti d'indipendenza? È tenuto a rispettare l'obbligo della riservatezza in relazione alla consulenza prestata nei confronti del finanziatore? Che effetti ha la mancata consulenza gratuita sulla clausola eventualmente sottoscritta e/o sugli atti "esecutivi" compiuti in base ad essa?

Risposte.

(15.1) La circostanza che la consulenza gratuita possa essere fornita e retribuita dal finanziatore, pone diversi dubbi in merito alla configurabilità di un conflitto di interessi (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(15.2) Sarebbe opportuno che il consulente sia un professionista esperto, con requisiti di assoluta indipendenza, e che intervenga nella fase precontrattuale, al fine di assistere il consumatore nel valutare la propria convenienza alla stipula della clausola *de qua*. Questi potrebbe essere: un avvocato, un commercialista o un notaio (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

La consulenza prestata da un professionista indipendente offre maggiori garanzie di riservatezza (Antonino Barletta).

(15.3.) Le conseguenze della mancata assistenza gratuita sono particolarmente incerte (Antonino Barletta).

c) costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2; (16)

Quesiti: la definizione autonoma d'inadempimento esclude la risoluzione ai sensi dell'art. 40, comma 2, T.U.B.? Come deve essere interpretato il riferimento al "*mancato pagamento*"? Il ritardato pagamento esclude sempre l'inadempimento? Nel caso in cui si ritenga rilevante il ritardato pagamento si può applicare analogicamente la disposizione di cui all'art. 40, comma 2? Cioè, costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata? In caso contrario, a quale criterio di deve fare riferimento? Può ritenersi derogata dalle parti la definizione dell'inadempimento?

Risposte.

(16.1) L'introduzione della lett. c), al comma 4 dell'art. 120 *quinqüesdecies*, parrebbe riflettere l'intenzione del legislatore di differenziare piuttosto nettamente l'ipotesi di inadempimento da quella del ritardato pagamento (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, non sembra esclusa in assoluto la possibilità di chiedere la risoluzione in caso d'inadempimento (v. anche punto 1.2). Per altro verso, sembra applicabile analogicamente l'equiparazione tra mancato pagamento e ritardato pagamento, come definito dall'art. 40, comma 2, T.U.B. La definizione dell'inadempimento non sembra derogabile dalle parti (Antonino Barletta).

d) il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 696 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento (17).

Quesiti: che requisiti deve possedere il perito? Può essere ruscato in base alle norme del codice di procedura civile (art. 51, richiamato dall'art. 63, comma 2, c.p.c.)? La ruscazione si applica solo ai periti di nomina giudiziale? E se la causa d'incompatibilità viene conosciuta successivamente alla nomina di comune accordo? Che effetti ha la valutazione del perito? Sono applicabili le norme sull'arbitraggio? Tale aspetti possono essere regolati in sede negoziale? La valutazione effettuata da parte di un perito nominato da un giudice incompetente è nulla? Il Presidente del Tribunale deve procedere ad un accertamento sulla sussistenza dell'inadempimento ai fini della nomina del perito, posto che la perizia deve essere successiva? Quali sono gli effetti di tale accertamento?

Risposte.

(17.1) Si può presumere che il perito sia un professionista iscritto in uno specifico albo, esperto ed indipendente (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

(17.2) Parrebbe opportuno che le clausole di ricsuzione del perito siano quelle previste ai sensi degli artt. 63 e 51 c.p.c. (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Anche i periti nominati dalle parti dovrebbero essere ricsuabili; tuttavia, in questo caso sarebbe preferibile applicare analogicamente la disposizione di cui all'art. 815 c.p.c. (Antonino Barletta).

(17.3) L'arbitraggio costituisce lo strumento, vincolante per le parti che lo hanno attivato, di determinazione di un elemento mancante del contratto. Esso presuppone, quindi, un rapporto contrattuale incompleto, perché mancante di un elemento essenziale. Per come il legislatore ha definito la norma in esame, parrebbe applicabile la disciplina dell'arbitraggio (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

In assenza di un'espressa previsione di legge le parti possono stabilire i poteri del terzo indipendente ai sensi dell'art. 1349 c.c., in quanto compatibile (Antonino Barletta).

(17.4) Il Presidente del Tribunale competente in relazione al contratto di finanziamento deve procedere alla nomina, in caso di mancato accordo. A tale nomina si applicano le norme di cui artt. 696, comma 3, 694 e 695 c.p.c. (queste ultime disposizioni richiamate dalla prima), ma tale procedimento ha natura di volontaria giurisdizione. Il presupposto della nomina del perito è per legge l'inadempimento del contratto di finanziamento; per tale ragione in caso di contestazioni il giudice dovrebbe verificarne la sussistenza sulla base delle risultanze documentali, nonché "*assunte, quando occorre, sommarie informazioni*" (art. 695 c.p.c.), pronunciandosi con ordinanza. La nomina di un perito da parte di un giudice incompetente deve ritenersi viziata e per tale ragione il relativo provvedimento è impugnabile con reclamo in base alle norme sul procedimento in camera di consiglio. In conseguenza all'accoglimento della suddetta impugnazione la valutazione effettuata da parte del perito verrebbe caducata, a meno di ratifica delle parti. In ragione della natura camerale il provvedimento di nomina è, inoltre, inidoneo al giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. (Antonino Barletta).

Si applica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120 duodecies. (18)

Quesiti: i periti nominati di comune accordo o dal Presidente del Tribunale sono soggetti al controllo degli organi aziendali del finanziatore, nell'ambito delle politiche e dei processi per lo svolgimento dell'attività di valutazione degli immobili, stabiliti in attuazione dell'art. 120 *duodecies* T.U.B.? I periti nominati dal Presidente del Tribunale competente devono soddisfare inderogabilmente i requisiti di professionalità e di indipendenza dei periti secondo le indicazioni della Banca d'Italia?

Risposte.

(18.1) Il riferimento del legislatore all'art. 120 *duodecies* T.U.B. lascia presumere che i periti producano una valutazione professionale, imparziale e documentata (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

5. Con decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Banca d'Italia, detta disposizioni di attuazione dei commi 3 e 4.

6. Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare e, a seguito dell'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva (19).

Quesiti: i "casi diversi" sono riferibili all'ipotesi in cui non sia stata stipulata la "clausola espressa" di cui al comma 3? Oppure si applica anche all'ipotesi del mancato esercizio dei diritti che si fondano su di essa? Ovvero ancora, ha un'applicazione generale, riferibile a tutti i contratti di finanziamento con consumatori garantiti da ipoteca? In quest'ultimo caso tale disposizione deve essere interpretata nel senso che il finanziatore deve procedere sempre alla preventiva escussione sul bene in relazione al quale è stata concessa l'ipoteca? Il termine di sei mesi per il pagamento del debito residuo dà luogo ad una improcedibilità temporanea in relazione all'esercizio dell'azione esecutiva? Oppure il termine dà luogo ad una dilazione di pagamento *ex lege*? In questo periodo continuano a decorrere gli interessi di mora?

Risposte.

(19.1) Il legislatore sembra far riferimento alle ipotesi di finanziamento in cui non sia stata stipulata la "clausola espressa" di cui al comma 3 (Dino Crivellari; Arturo di Lorenzo).

Tuttavia, nei casi in cui il finanziatore proceda alla risoluzione del contratto, ottenendo una condanna alla restituzione del dovuto in base alle regole generali, la disposizione in commento diverrebbe applicabile. Quest'ultima stabilisce implicitamente un obbligo di preventiva escussione sul bene concesso in garanzia. La conclusione dell'esecuzione, da intendersi riferita anche alla definizione della fase di distribuzione del ricavato, determina il decorso di un termine dilatorio per il nuovo esercizio dell'azione esecutiva sui beni del debitore e non una dilazione di pagamento, peraltro non più riferibile ad un rapporto contrattuale *inter partes* (Antonino Barletta).

[6] UNA SIMULAZIONE DELLE POSSIBILI CONSEGUENZE PER I CREDITORI NELL'ATTIVAZIONE DEL NUOVO STRUMENTO LEGISLATIVO [CON IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE]

A cura di Tiziana Allievi (Partner La Scala Studio Legale), Simone Luchini (Coordinatore del tavolo di studio), Laura Pelucchi (Senior Associate La Scala Studio Legale). Il "punto di vista del consumatore" a cura di Stefano Santin (Responsabile politiche finanziarie La Casa del Consumatore)

Dopo aver illustrato il quadro giurisprudenziale e dottrinale nell'ambito del quale sono intervenute le recenti modifiche normative ed aver ripreso, nello specifico, le finalità della disciplina introdotta dal D.Lgs. n.72/2016 per i consumatori e dalla L.119/2016 per le imprese, si cercherà, ora, di passare in rassegna alcune questioni e criticità che possono rendere questo strumento non solo rischioso e costoso, ma anche di scarso interesse commerciale proprio agli occhi dei suoi destinatari naturali, ovvero gli istituti di credito. Per semplicità, suddivideremo il nostro esame, analizzando separatamente le due tipologie di norma, viste soprattutto le differenze negli effetti che l'applicazione del patto marciano crea a livello di obbligazioni tra debitore e creditore, e le cautele necessarie quando il primo riveste la qualifica di "consumatore".

IMPRESE

Partendo dalla disciplina relativa alle imprese, introdotta con la L.119/2016 di conversione del D.L. n.59/2016, si è già visto come la normativa in questione abbia introdotto un nuovo articolo, il 48 bis, al Testo Unico Bancario (D.Lgs. n.385/1993) intitolato *"Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato"*.

1) Ambito di applicabilità e requisiti

La prima questione di carattere interpretativo a venire in rilievo riguarda sicuramente l'effettivo **ambito di applicazione della normativa**.

Sotto tale profilo, il nuovo articolo, già con la previsione del comma 1, evidenzia una prima lacuna; la norma, infatti, identifica la **tipologia di creditore** che può usufruire di tale strumento: *"[...] una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106"*.

Sul punto ci si chiede, però, come declinare la previsione legislativa **nell'ipotesi di cessione del credito**, in altre parole: qualora il credito "garantito" da questo nuovo meccanismo fosse "ceduto" a soggetto privo dei suddetti requisiti (ipotesi tutt'altro che remota), questo

diritto di garanzia si trasferirebbe al cessionario? La questione non è di poco conto in quanto questa possibilità potrebbe influenzare molto il valore da attribuire al credito in caso di vendita.

Inoltre è possibile anche ipotizzare, per quanto forse in via molto teorica, che se la risposta al quesito di cui sopra fosse positiva, un finanziatore potrebbe ricorrere alla stipula di tale accordo anche su finanziamenti in atto non garantiti (da immobili e/o garanzie personali), trasformandoli in *“secured”* e quindi aumentandone il valore sul mercato (questo grazie alla previsione del comma 4 *“[...] anche per i contratti in corso”*).

Sempre in merito al perimetro di applicabilità della clausola, volendo interpretare alla lettera il disposto del comma 4 notiamo che, **qualora i contratti di finanziamento siano stati risolti** (come avviene con la maggior parte dei crediti in sofferenza, quando il finanziamento è stato risolto ed è stato richiesto il rimborso dell'intera somma prestata oltre le spese legali e gli interessi di mora) non sarebbe possibile stipulare tale accordo, posto che non si tratterebbe più di *“contratti in corso [...] in sede di successiva modificazioni delle condizioni contrattuali”*.

La questione evidenzia a nostro avviso rilevanti implicazioni operative e interpretative a seconda che il creditore abbia quindi invocato la **risoluzione del contratto** ovvero abbia richiesto l'**adempimento del negozio**.

Infine, ed ancora in merito all'ambito di applicabilità ed all'effettiva opportunità di adottare la disciplina in esame, relativamente alla categoria del **“piccolo imprenditore”**, riteniamo che questo, in presenza di determinati requisiti, abbia maggiore convenienza a ricorrere alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento (ex L. n.3/2012), per il vantaggio di ottenere (anche in caso di bene immobile non capiente) un totale esdebitamento, non previsto invece in caso di *“trasferimento a seguito di inadempimento”*.

Ma anche l'imprenditore che non può ricorrere a tale procedura sembrerebbe non avere particolari vantaggi ad accettare la clausola marciana: grazie a questa infatti verrebbe privato dell'immobile in tempi rapidissimi (verosimilmente inferiori ad un anno) rispetto ad una classica esecuzione immobiliare (i cui tempi medi sono stati recentemente stimati da Banca D'Italia in 4 anni e 5 mesi), a parità di mancanza di esdebitazione quando il prezzo di vendita fosse inferiore al credito vantato.

Andando poi ad approfondire nel concreto il **requisito dell'inadempimento**, come disciplinato dal comma 5, si apre lo scenario a tutta una serie di questioni ulteriori che potrebbe comportare per la banca un rischio di contenzioso nonché una situazione di *“impasse”* operativo.

Nello specifico: cosa succede se, prima dello scadere del nono mese, il debitore decide di effettuare un pagamento parziale, pari per esempio all'importo di una rata, che verrebbe imputato alla prima rata scaduta? In linea teorica si dovrebbe posticipare di un mese il momento in cui si considera perfezionato l'inadempimento, con la conseguenza che questo potrebbe protrarsi a lungo visto che ogni mese il debitore potrebbe provvedere a rimborsare solo la rata più lontana nel tempo, senza mai far *“maturare”* i nove mesi di scaduto; l'unica soluzione sarebbe quella di attivare (con ritardo) la classica procedura esecutiva immobiliare (se il finanziamento fosse già stato garantito da ipoteca su immobile).

La problematica, in realtà, si pone solo se si segue quella corrente di pensiero minoritaria per la quale la banca, con la stipula della clausola “marciana”, si obbliga a percorrere questa strada, senza poter discrezionalmente decidere di attivare in alternativa la procedura esecutiva immobiliare.

Ulteriore incertezza riguarda la **limitazione** prevista al comma 3 (*“Il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado”*): può la banca rischiare che il debitore trasferisca, **successivamente alla conclusione della clausola marciana**, la residenza (sua o di un parente) nell’immobile oggetto di garanzia, con ciò **rendendo forse inutilizzabile la clausola stessa**?

2) Procedura di attivazione della clausola

Proseguiremo l’analisi, seguendo l’iter della norma dal punto di vista dell’opportunità per la banca di inserire la clausola “marciana”, il tutto prendendo le mosse dal caso più classico (ed anche più semplice): un finanziamento già garantito da ipoteca di primo grado su di un bene immobile su cui, **successivamente in sede di rinegoziazione**, finanziatore (soggetto regolato ex art. 106 TUB) e finanziato (impresa) concordano di aggiungere come ulteriore garanzia la **clausola di trasferimento condizionata all’inadempimento**. Ammettiamo anche che tale clausola, dovendo sulla carta rappresentare un beneficio per il finanziatore, costituendo una ulteriore modalità di escussione “stragiudiziale” della garanzia, costi alla banca qualche **piccola concessione a favore dell’imprenditore**, in termini di condizioni contrattuali.

Verificatosi l’inadempimento (art. 1819 - “mancato pagamento” anche solo di una rata oppure art. 40 TUB “ritardato pagamento” di almeno 7 rate per oltre 6 mesi), la banca decide (o è obbligata a farlo?) di **attendere l’attivazione della clausola di trasferimento per inadempimento** che avviene dopo 9 rate. Alla scadenza delle 9 rate non pagate il finanziatore decide di **attivarsi secondo le modalità previste**, cioè notificando la sua volontà alla controparte (comma 5).

Prima di procedere con l’analisi si rileva già in questa prima fase un possibile rischio di contestazioni; infatti, nel momento in cui la banca, verificatosi l’inadempimento, decide di attivare la clausola, deve anche procedere alla quantificazione del proprio credito, quantificazione che sarà poi determinante in relazione al valore del bene.

Non è quindi escluso che tale precisazione, disposta unilateralmente dal creditore ed in assenza di contraddittorio, possa essere oggetto di una contestazione da parte del debitore che potrebbe tra l’altro sfociare in un vero e proprio contenzioso.

Sotto il profilo della quantificazione del credito si evidenzia poi che la norma non prevede i criteri per la collocazione del capitale e degli interessi.

Sul punto però si rileva come tra i primi commentatori ci sia già stato chi ha evidenziato come la trascrizione del patto marciano produca gli effetti dell’art. 2855 cc assimilando la notificazione di avvalersi del patto marciano alla notifica dell’atto di pignoramento, nel senso

quindi che la trascrizione fa collocare nello stesso grado il capitale, le spese e gli interessi, con la precisazione che la collocazione di questi ultimi è limitata alle due annate anteriori a quella in corso al giorno della notificazione della dichiarazione del creditore.

Successivamente alla dichiarazione di avvalersi della clausola, si presenta poi una delle principali criticità dal punto di vista commerciale, relativa a quanto introdotto dal comma 2 (*"purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento"*).

In base alle risultanze della futura perizia "indipendente" **ed al rapporto tra valore periziato e importo totale del credito** (comprensivo appunto di interessi, spese legali e costi di trasferimento – torneremo poi su quest'ultima voce), **la banca si troverà davanti a differenti scenari**, tutti caratterizzati da una situazione di rischio, che potrebbero determinare in maniera differente l'atteggiamento della banca.

Se il valore stimato del bene risultasse inferiore al credito vantato, la banca potrebbe, infatti, divenire proprietaria di un bene senza ulteriori esborsi, anzi, continuerebbe a poter esigere il credito residuo (non c'è esdebitazione in questo caso), ma l'immobile avrebbe sulla carta un valore insufficiente a coprire l'esposizione in default (con relative ed immediate perdite a bilancio). Qualora poi l'immobile, per mutate condizioni sul mercato immobiliare o per erronea valutazione, fosse rivenduto successivamente a maggior prezzo dalla banca, questa dovrebbe anche pagare le imposte sulla **plusvalenza generata** (nonché rischiare una eventuale azione risarcitoria nei confronti del debitore).

Se, diversamente, il presunto valore di mercato del bene periziato fosse superiore alla creditoria pretesa dalla banca, questa ultima avrebbe sì un immobile "capiente", ma solo sulla carta, trovandosi di fatto a dover esborsare subito la differenza tra valore del bene e credito, con l'incertezza di riuscire poi a collocare quel bene sul mercato al valore periziato, pena ulteriori perdite in bilancio, e con il rischio anzi di non riuscire a collocarlo per nulla in tempi ragionevoli.

Pertanto la banca, per valutare l'attivazione o meno del patto marciano, dovrebbe quanto meno **sostenere l'ulteriore costo di una propria perizia di parte** (nell'incertezza comunque che **tale spesa non sia poi recuperabile** in quanto verosimilmente non prevista tra le spese di trasferimento) prima della notifica al debitore. Anche in tale prospettiva peraltro resterebbe comunque l'eventualità che la perizia della banca e quella successiva del perito nominato dal tribunale, producano due valori molto distanti, senza contare il fatto che anche il secondo perito, quello incaricato dal tribunale, avrà un costo (sicuramente in linea con i compensi calcolati per gli esperti stimatori ex D.P.R. n.115 del 30 maggio 2002 e D.M. 30 maggio 2002 che non è chiaro a carico di chi sia e, se a carico del creditore, se sia una spesa che si possa includere tra le "spese di trasferimento" come indicato nel comma 2.

Quindi, già da queste prime considerazioni emerge una significativa criticità in merito all'opportunità per la banca di sottoscrivere la clausola: possiamo sicuramente affermare che **la banca non avrebbe alcun vantaggio economico ad acquisire la proprietà di un immobile che sia valutato più del proprio credito**, perché dovrebbe pagare subito la differenza (ed esdebitare il finanziato) senza la certezza della rivendita del bene allo stesso valore, oltre a tutta una serie di **rischi** che vedremo meglio in seguito.

Una valida alternativa per la banca potrebbe essere quella di facilitare la vendita dell'immobile del debitore sul libero mercato (c.d. "vendita assistita", con o senza mandato, non prevista da alcuna normativa), e decidere se concedere o meno l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca in base alla congruità di ogni offerta di acquisto ricevuta; oppure quella di non avvalersi del trasferimento dell'immobile previsto dalla clausola di inadempimento ma di procedere con l'esecuzione forzata, spostando nel tempo la vendita (e quindi l'eventuale perdita) ma soprattutto delegando a soggetto terzo ed indipendente (l'autorità giudiziaria) ogni decisione in merito al giusto prezzo di vendita.

In questa prospettiva, peraltro, la banca creditrice, anche grazie alle più recenti modifiche normative, potrebbe poi comunque evitare di dover attendere l'esito della procedura esecutiva e chiedere l'assegnazione del bene per sé o a favore di un soggetto terzo da nominare, portando in compensazione il proprio credito e con il solo esborso delle spese di procedura, così come, facendo proseguire l'esecuzione, potrebbe far intervenire direttamente in sede d'asta, una società terza con richiesta di assunzione del debito.

Ammettendo però che comunque il creditore decida di far eseguire la propria perizia di parte e, sul presupposto che il valore dell'immobile sia all'incirca pari al credito residuo, decida di attivare la procedura **notificando l'inadempimento**, trascorsi 60 giorni dovrà chiedere al Tribunale competente la nomina di un perito (la norma non prevede però alcun termine a carico del Tribunale) per la determinazione del valore dell'immobile a garanzia (neppure a carico del perito è imposto alcun termine per la redazione ed il deposito dell'elaborato).

A questo punto si potrebbe presentare l'ennesima criticità: ovvero che **la nuova perizia (caso non così improbabile) indichi una discreta sproporzione** tra il valore del bene e quello del credito e, nello specifico, che il primo superi ampiamente il secondo.

Cosa può fare la banca? Può semplicemente **revocare l'attivazione della clausola marciaria**, adducendo la **non convenienza** dell'operazione, oppure è obbligata a procedere, pur con tutti gli svantaggi che abbiamo elencato sopra? Se questa alea non fosse chiarita, si potrebbe ragionevolmente pensare che **le banche non avrebbero così tanti incentivi a ricorrere al trasferimento "automatico" ed irrevocabile** una volta avviata la procedura di trasferimento per inadempimento. Purtroppo non contribuisce a far chiarezza il comma 8, che ricorda che la clausola sospensiva **si considera "avverata" nel momento in cui il perito comunica il valore stimato, "ovvero" quando il creditore versa la differenza al debitore**. Ma cosa potrebbe succedere se il finanziatore, visti i valori certificati, **decidesse di non versare alcuna differenza**? Potrebbe considerarsi che la condizione ancora non si sia avverata, con ciò liberando il finanziatore dall'obbligo di trasferirsi l'immobile a quel valore?

Inoltre, ragionando sulle possibili conseguenze che una errata valutazione del bene potrebbe comportare, si può immaginare quanto possa essere **rischioso per una banca**, per quanto già titolare di diritto di ipoteca di primo grado sull'immobile, **trasferirsi l'immobile ad un valore superiore al proprio credito** e versando direttamente al debitore la differenza: se infatti da un lato il finanziatore dovrebbe rinunciare ad ogni futura pretesa in quanto l'importo è tale da esdebitare l'obbligato, dall'altro **potrebbero sorgere alcune contestazioni da parte di altri creditori**, soprattutto eventuali ipotecari di gradi successivi, perché vedrebbero svanire la loro garanzia che verosimilmente sarebbe cancellata dal trasferimento a favore del finanziatore che

ha attivato la clausola marciana (anche se questa facoltà “purgativa” sulle altre iscrizioni e trascrizioni non è chiara nella norma).

Ovvio che tale clausola, obbligando la banca a versare la differenza ottenuta non a seguito di una eventuale rivendita successiva (e quindi certa nell'importo e nel tempo), ma solo basata su di un valore teorico che potrebbe anche essere irrealizzabile (parzialmente o anche integralmente), potrebbe essere strumentalizzata dal debitore che avrebbe tutto l'interesse ad avere le stime di valore quanto più alte possibile.

Proseguendo la nostra analisi ed ipotizzando invece **che i valori siano in linea con le aspettative della banca**, e che il trasferimento di proprietà sia quindi conveniente per chiudere la posizione debitoria senza perdite, rispetto per esempio ad una “vendita assistita” (la prima, come si è visto, a differenza della seconda, che si concretizza in una classica operazione di “saldo e stralcio”, non ha carattere esdebitatorio).

Con il passaggio della titolarità dell'immobile, però, vengono in considerazione tutta una serie di **ulteriori costi** in merito ai quali non è dato sapere chi è il soggetto obbligato a corrisponderli, nonché **eventuali rischi** (reputazionali, legali, economici) connessi allo stato di fatto e di diritto in cui si trova l'immobile.

Pe quanto concerne i costi (che andranno quindi ad aggiungersi a quello della perizia di parte ed a quello del perito nominato dal Tribunale), in teoria relativi al trasferimento e quindi “dedotti” dal valore di perizia), viene innanzitutto in rilievo l'**imposizione fiscale** nonché il costo del notaio (presumibilmente dedotto dal valore). Potrebbero poi esserci anche pendenze nei confronti del condominio e quindi arretrati di spese condominiali da saldare (quanto meno nei limiti della responsabilità solidale dell'acquirente nel biennio antecedente alla vendita – art. 63 disp. att. c.p.c.) A ciò si aggiunga che potrebbero esserci anche eventuali **costi per delle regolarizzazioni catastali** o urbanistiche, necessarie ai fini della futura rogitalità del bene in merito ai quali non è assolutamente chiarito a carico di chi spetterebbero.

Al fine di comprendere la portata della questione è possibile formulare un'ipotesi di questo tipo: a fronte di un **credito di 100.000 euro**, l'immobile viene **valutato 150.000 euro**.

Però per il trasferimento la banca ha sostenuto i seguenti costi: **2.500 euro per perizia del tribunale**, **13.500 euro per imposta di registro**, **2.500 euro per compenso notaio**, e **3.000 da pagare al condominio**.

Sicuramente il notaio e la perizia (tot. 5.000 euro) possono essere aggiunti al valore periziato per **“abbassare” il conguaglio** che la banca dovrà restituire al debitore, cioè 150.000 euro meno 105.000 euro, **45.000 euro**. Ma sui costi delle imposte e del condominio (che rappresentano comunque cifre non trascurabili), ci sono seri dubbi che queste possano essere imputate al debitore scontandole dal conguaglio. Una **soluzione** potrebbe essere quella di, una volta emersi e quantificati tali costi dal perito, **dedurli ufficialmente dal valore finale della perizia** (in maniera del tutto analoga a quello che avviene nell'ambito della procedura di esecuzione forzata), con il conseguente proporzionale abbattimento di valore.

Passando all'analisi di tutti i **potenziali rischi** a cui la banca andrebbe incontro intestandosi la proprietà dell'immobile si evidenzia:

- Innanzi tutto, la **presenza di abusi edilizi e/o urbanistici**, con ripercussioni anche penali, oppure carenze minori quali assenza di **certificato di agibilità/abitabilità**, **certificazione di conformità degli impianti** alla normativa, etc.
- Poi la possibilità che il debitore non abbia pagato determinati tributi relativi all'immobile (dall'IVA o imposta di registro a ICI, IMU, TASI; perdita benefici prima casa, etc.) per cui **l'erario vanta un privilegio speciale sul bene** che potrebbe inficiare la futura rivendibilità dell'immobile una volta trasferito alla banca.
- Infine, tutte le **responsabilità civili** derivanti dalla mera proprietà e detenzione del bene, per mancata **messa in sicurezza, cattiva manutenzione**, eventi fortuiti, etc.
- Ma anche eventuali problematiche connesse alla continuità delle trascrizioni nel ventennio (certificata in sede esecutiva dalla documentazione ipocatastale e non prevista dalla normativa in esame) che potrebbero portare a future contestazioni in merito alla effettiva titolarità del bene in capo al soggetto finanziato e quindi la regolarità del passaggio di proprietà stesso

Il punto cruciale da tenere in considerazione è che, per come la norma ha previsto il trasferimento, si ha una **condizione sospensiva che viene trascritta dal notaio alla sottoscrizione della clausola marciana**, e poi successivamente, anche a distanza di anni, **l'avveramento della condizione**. Quando si verifica l'avveramento della condizione, **la proprietà del bene oggetto di clausola di trasferimento viene retroattivamente intestata alla banca**, senza tener conto di tutte le vicende che hanno interessato nelle more l'immobile. Pertanto, **abusi non presenti alla stipula dell'atto, o tributi non pagati, o contenziosi in corso relativi alla proprietà dell'immobile**, nonché **tematiche condominiali o consortili**, ricadrebbero inevitabilmente sulla banca acquirente. Per valutare se procedere o meno con il trasferimento, la banca dovrà pertanto tenere ben presenti tutti questi aspetti, che possono avere **impatto non solo economico ma anche legale, operativo e reputazionale**.

Infine viene in rilievo il rapporto tra l'attivazione della clausola e la procedura esecutiva eventualmente già in corso. Al comma 10, si prevede la possibilità di dar luogo al trasferimento dell'immobile anche in pendenza di una procedura di esecuzione avviata: ma siamo sicuri che un creditore voglia ricorrere all'attivazione del patto per intestarsi l'immobile (a **valori di perizia iniziale**) quando potrebbe, in teoria, **farsi assegnare l'immobile in asta**, approfittando della ribassata base d'asta a cui l'immobile verrebbe assegnato?

Riteniamo pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, che **il trasferimento al creditore del bene in garanzia non sia un incentivo per gli istituti di credito né forse nemmeno per le imprese debitrici**, come invece potrebbe esserlo il mandato a vendere l'immobile (c.d. vendita assistita) che sposterebbe al **momento del perfezionamento della compravendita** i calcoli sul valore (che diventa prezzo), sui conguagli, sulle spese, sulla tassazione, etc., **limitando di molto i rischi** che abbiamo visto essere in capo al creditore che accetti il semplice trasferimento della proprietà.

PRIVATI (CONSUMATORI)

Passando ora alla clausola marciana introdotta dal D.Lgs. n.72/2016 e rivolta a **soggetti privati che rivestono la qualifica di consumatore**, analizzeremo le problematiche connesse a questo analogo istituto.

IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE

Prima di analizzare nel dettaglio le criticità della clausola sul patto marciano introdotta con il D. Lgs. n.72/2016 (e quindi relativa ai contratti di finanziamento ai consumatori) bisognerebbe fare una riflessione di ordine pratico: le banche adotteranno la clausola relativa al patto marciano? Potrà essere realmente considerata una rivoluzione copernicana nella gestione del contenzioso nel settore immobiliare oppure si è fatto solo un gran dibattito iniziale e nulla più?

1) Operatività della clausola

Innanzitutto e, per quanto concerne la valutazione di convenienza della banca a ricorrere all'istituto del "patto marciano", valgono tutte le considerazioni svolte per la disciplina dettata dall'art. 48 bis TUB, anche se con alcuni doverosi distinguo derivati dalle due diverse normative di riferimento; nello specifico, le principali differenze riguardano:

- l'impossibilità di stipulare tale clausola ai contratti già in essere ed alle surroghe, **limitandola pertanto ai soli nuovi finanziamenti**
- inadempimento "certificato" dopo **almeno 18 mensilità non pagate**
- l'**esdebitazione** accordata al solo debitore consumatore
- le **diverse modalità di attuazione** del patto marciano previste per i consumatori, rispetto al solo "trasferimento della proprietà" indicato nella L. n.119/2016 per le imprese.

La perplessità evidenziata con riferimento alla clausola prevista dall'art. 48 bis in merito alla **possibilità o all'obbligo per la banca di procedere con l'escussione stragiudiziale** (patto marciano), non essendo possibile capire l'effettiva libertà di scelta **del finanziatore**, valgono a maggior ragione quando si tratta di contratti con il consumatore.

Infatti se alla banca fosse lasciato il **diritto di scegliere a quale procedura affidarsi** per recuperare il credito (espropriazione tradizionale in tribunale o escussione stragiudiziale), in base alla propria convenienza, ma un pari diritto di scelta non fosse riservato anche al debitore, si potrebbe eccepire uno **squilibrio a sfavore della parte debole**; in ogni caso, qualora il debitore fosse ben consapevole di questa discrezionalità della banca, potrebbe richiedere ulteriori vantaggi prima di accettare di firmare la clausola marciana.

IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE

Il **diritto di scelta** non dev'essere un'esclusiva prerogativa della Banca ma dev'essere il risultato di una libera contrattazione tra consumatore ed istituto di credito. La normativa a tal proposito prevede che l'erogazione del credito non può essere vincolata all'accettazione, da parte del consumatore, della clausola inerente il patto marciano. In realtà non si è mai visto un consumatore in grado di cambiare una clausola prevista nella bozza del contratto di mutuo. Se non si è concordi nell'applicazione della clausola relativamente al patto marciano si consiglia di premunirsi prima di un'accettazione della domanda di

mutuo e successivamente presentare reclamo, in caso di obbligo imposto dalla Banca, all'istituto stesso e successivamente ricorso all'ABF.

Il nuovo art. 120-quinquiesdecies del TUB prevede che, in caso di inadempimento, e se convenuto alla stipula del contratto di finanziamento, *“la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito”*.

Escludendo la “restituzione”, **fattispecie tipica dei contratti di locazione finanziaria**, in cui il finanziatore mantiene la proprietà del bene per tutta la durata del contratto, e ne cede il possesso e la detenzione all'utilizzatore, che può poi, a fine contratto, “restituirlo”, notiamo una modalità aggiuntiva al trasferimento, decisamente incentivante nei confronti delle banche: la **possibilità di vendere l'immobile e rivalersi sui proventi della vendita**.

L'importanza di questa modalità è facilmente spiegabile: in caso di finanziamento al consumatore, con la clausola espressa di inadempimento, **è prevista l'esdebitazione** (anche quando il ricavato della vendita sia inferiore al debito residuo). La banca **non avrà pertanto mai alcuna convenienza a ricorrere al trasferimento diretto del bene**, sia che il valore periziato sia **superiore al credito vantato** (perché dovrebbe esborsare subito la differenza, ed intestarsi un immobile che poi potrebbe avere difficoltà a rivendere), sia che il valore del bene sia **inferiore al credito**, che verrebbe stralciato liberando il debitore da ogni ulteriore obbligazione.

L'unica fattispecie che la banca potrà considerare, quanto tratta con un consumatore, è la **possibilità di mettere in vendita l'immobile, rivalendosi poi sul ricavato**. I vantaggi sono che la banca non deve prendere decisioni dall'impatto economico immediato e certo, basate solo sulla stima di un presunto valore di mercato, ma **può attendere di verificare la risposta del mercato, valutando eventuali offerte** (vincolanti ed irrevocabili) di acquisto del bene (ricordiamo che, in presenza di garanzia ipotecaria a favore della banca, il debitore potrà vendere l'immobile libero da vincoli solo con l'assenso scritto della banca alla cancellazione dell'ipoteca).

IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE

Possibilità di rivalersi sui proventi della vendita. In questo caso sono importanti le modalità di scelta del soggetto indipendente che dovrà periziare l'immobile oggetto di contenzioso. La normativa sul patto marciano è applicabile solo ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della normativa ed escludendo la surroga. Oggigiorno le banche concedono mutui solo sotto un determinato LTV¹; pertanto se l'inadempimento del consumatore si verifica a metà mutuo l'imparzialità del perito è importante per evitare che la parte debole veda compromesso l'obbligo del creditore a corrispondere il maggior valore al debitore.

Piuttosto, a fronte di questi vantaggi, si intravedono delle **criticità relative alla concreta gestione della fase di commercializzazione e soprattutto di liquidazione del bene**. Se infatti non è previsto un mandato irrevocabile alla vendita, a favore della banca o di società da questa controllata, si può avere il **rischio di un debitore** che, con comportamenti omissivi, reticenti, o

¹ Loan To Value, indica il rapporto tra il valore del finanziamento erogato (Loan) ed il valore del bene (Value) posto a garanzia di tale finanziamento. Per rientrare nei limiti della fondiarietà prevista dal Testo Unico Bancario (D. Lgs. n.385/1993) tale rapporto non può superare l'80%.

volutamente disturbatori, **ritardi o addirittura impedisca la promozione, la commercializzazione e la definitiva vendita** del bene, per il cui perfezionamento è comunque necessaria la **volontà del proprietario**. Non solo, ma tra la stipula del mutuo con patto marciano e l'inadempimento il mutuatario-debitore potrebbe anche rendersi **irreperibile**, di fatto vanificando ogni tentativo di vendita dell'immobile in via stragiudiziale.

IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE

La **vendita dell'immobile al prezzo periziato** non è facile come si può pensare, anche perché il reale prezzo di alienazione è sempre l'incontro tra la domanda e l'offerta del mercato. Il rischio di speculazioni da parte del mercato potrebbero essere difficilmente arginabili: la promozione di una vendita effettuata da parte di un istituto di credito potrebbe essere interpretata, dai possibili acquirenti, come la vendita di un immobile appartenente ad un soggetto non più in grado di onorare i propri impegni finanziari e quindi indurre a formulare offerte al ribasso rispetto alla stima. Se invece la vendita fosse effettuata direttamente dal debitore ci sarebbe il rischio di attività dilatorie volte a procrastinare all'infinito la vendita del bene.

Qualora invece il debitore non frapponesse alcun ostacolo alla vendita, e addirittura si decidesse di comune accordo di incaricare una o più agenzie immobiliari per la commercializzazione, si porrebbe il problema di **chi sosterebbe il costo del mediatore immobiliare**, e se questo potesse poi essere incluso tra le **spese di trasferimento** (peraltro non citate espressamente come invece nella normativa per le imprese).

Sempre in tema di costi, andrebbe chiarito anche **a carico di chi dovrebbe essere il compenso per il consulente indipendente** previsto al comma 4b e per il **perito indipendente** previsto dal comma 4d. Se tali spese fossero poi "detratte" dal credito totale, sarebbe come se fossero di fatto a carico del consumatore.

IL PUNTO DI VISTA DEL CONSUMATORE

Costi del perito: devono essere sopportati da entrambi i contraenti la clausola sul patto marciano. La clausola viene posta nell'interesse sia del creditore che del debitore. Infatti il primo ottiene il vantaggio di non anticipare i costi dell'esecuzione immobiliare mentre il debitore ottiene il vantaggio di esdebitarsi delle proprie obbligazioni finanziarie.

Costi del consulente indipendente: il pagamento del consulente indipendente che assista il consumatore nella scelta del finanziamento e nella sottoscrizione di una clausola inerente il patto marciano è a carico del consumatore. L'art.128-sexies comma 2-bis del T.U.B.² prevede che una norma secondaria di prossima emanazione stabilisca le caratteristiche di coloro i quali saranno iscritti in una sezione speciale dell'elenco dei mediatori creditizi. La norma ha stabilito che il relativo onere sia carico del consumatore.

Sotto altro profilo ed in particolare dal punto di vista dell'opponibilità ai terzi, si rileva che il legislatore non ha previsto una particolare forma di pubblicità della clausola.

2) Procedura di attivazione della clausola

² Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.), D. Lgs. n.385 del 1 settembre 1993

Proviamo ora a **simulare l'operatività di una banca** alle prese con un mutuo dove sia stata sottoscritta la clausola che stiamo analizzando.

Nella nostra simulazione la banca, pur potendo risolvere il contratto richiedendo il rimborso dell'intera somma mutuata e non ancora rimborsata, **decide di procedere con l'attivazione del patto marciano**.

E già questo si traduce in un allungamento dei tempi di azione; infatti la banca deve attendere **18 mesi per verificare l'inadempimento qualificato** e poter **mettere in vendita il bene** rivalendosi sui relativi proventi (si esclude il trasferimento di proprietà perché come si è già detto non porta alcuna convenienza economica).

Successivamente deve quindi richiedere al tribunale la perizia, per determinare il **valore di mercato congruo e sufficiente** a ripagare il credito vantato, e procedere pertanto ad **incaricare un agente immobiliare** per la commercializzazione del bene.

A questo punto potrebbero sorgere una serie di circostanze tali da non consentire la vendita del bene: a mero titolo esemplificativo potrebbe accadere che il debitore non faciliti i sopralluoghi, o dichiari di non accettare più la vendita, oppure, a fronte di una proposta di acquisto irrevocabile e cauzionata, decida di non recarsi a firmare l'atto di compravendita, esponendosi addirittura a dover rimborsare il doppio della caparra confirmatoria depositata dal proponente acquirente... il quale potrebbe rivalersi a sua volta iscrivendo ipoteca giudiziale sul bene. Oppure più semplicemente non pervenga alcuna offerta di acquisto al prezzo concordato.

Cosa può fare la banca a questo punto? La norma non è chiara a riguardo. Due possibilità, non previste dal D.Lgs. n.72/2016, potrebbero essere le seguenti:

- la prima, che in caso di ostacolo alla vendita causato dal debitore, **la banca potrebbe ricorrere**, senza fornire alcun preavviso né motivazione, **all'espropriazione forzata del bene**, ma **avrà sostenuto dei costi che non recupererà** (non potrà certo richiederne la restituzione in prededuzione sul ricavato dell'asta) e soprattutto **avrà perso tempo**;
- la seconda possibilità, qualora la mancata vendita sia legata ad un problema di prezzo e di assorbimento del mercato, potrebbe prevedere dei **meccanismi automatici di abbattimento del prezzo** come per esempio previsto dalla norma sul prestito vitalizio ipotecario (L. n.248/2005 e successive modifiche).

Da capire infine se, a seguito di **inefficacia della vendita assistita**, il creditore possa richiedere come seconda chance il trasferimento diretto del bene, e qualora fosse possibile, capire **a quale prezzo avverrebbe** (al valore di stima oppure al prezzo ribassato per esempio a seguito degli abbattimenti mutuati dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario?).

La **congruità del valore di stima con quello che può essere il prezzo di commercializzazione** o di chiusura della trattativa infatti è un altro tema che potrebbe creare un "impasse" di difficile soluzione.

Si immagini una situazione dove, a fronte di un **debito di 150.000 euro**, si abbia un immobile **stimato 130.000 euro**. La banca, sapendo che con una normale procedura di espropriazione immobiliare spenderebbe **almeno 15.000 euro** (si veda, a cura dell'Associazione

T.S.E.I., lo “Studio dei Costi delle Procedure Esecutive” del giugno 2016) per vedere aggiudicato l’immobile **solo dopo 3 anni ed a meno di 100.000 euro**, decide di **tentare la vendita sul libero mercato** consentita dal patto marciano. Dopo 6 mesi di commercializzazione, **nessun acquirente si è manifestato**. Dopo altri 6 mesi, l’agente immobiliare, incaricato della vendita, ha raccolto **due sole offerte vincolanti ed irrevocabili la più alta delle quali è pari a 105.000 euro**. E’ molto verosimile che le parti possano accordarsi per chiudere la trattativa quanto prima, con reciproco vantaggio. La banca perché **ottiene entro un anno una cifra ben più alta** (considerando soprattutto i minori costi) rispetto alla vendita in asta, e **il debitore perché finalmente, con la vendita, si può esdebitare** nei confronti della banca. **L’offerta di acquisto per 105.000 euro viene accettata**. La domanda che ci poniamo è: possono farlo? La norma prevede unicamente l’ipotesi di vendita al prezzo di perizia senza disciplinare esplicitamente anche l’ipotesi di un deprezzamento; ammettere tale possibilità potrebbe comportare dei pregiudizi nei confronti di altri creditori da cui potrebbe quindi derivare un contenzioso.

Legato a questo tema ricordiamo inoltre anche la previsione del comma 3: *“In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo.”* Nell’esempio precedente (credito 150.000 euro, immobile 130.000 euro) il concetto di **“migliore” non coincide per entrambe le parti**, anche perché **“migliore” non vuol dire necessariamente “più alto”**. Infatti la banca potrebbe avere più vantaggio a **venderla in una settimana, anche se a 125.000 euro**, mentre il debitore, che vi abita, **preferirebbe venderla in realtà a 100.000 euro (tanto si esdebita comunque) in 3 anni**, almeno continua ad abitarci senza pagare mutuo né affitto. Anzi, qualora l’immobile si vendesse ad un prezzo più alto della valutazione, ma **sempre inferiore al credito dovuto** (es. 140.000 euro), **il debitore non vedrebbe un solo euro dell’extra cifra**, perché andrebbe tutta alla banca.

Infine, una situazione possibile ma ci auguriamo improbabile, cioè il debitore malintenzionato che, collaborando fattivamente al deprezzamento del bene sul mercato (cattiva manutenzione, intimidazioni agli acquirenti, abusi edilizi, etc.) lo facesse poi **ricomprare ad un parente per una cifra inferiore al valore periziato**. Il debitore sarebbe esdebitato, non rimarrebbe segnalato in Centrale Rischi per la differenza, non avrebbe pignoramenti trascritti sull’immobile, e sicuramente continuerebbe ad abitare la casa, mentre la banca avrebbe dovuto stralciare almeno 60.000 euro senza considerare gli ulteriori costi finanziari e legali sostenuti per addivenire alla vendita.

Questo semplice ragionamento ci conferma la **molteplicità di variabili che un creditore deve considerare prima di decidere a quale modalità di escussione ricorrere**, consapevole dei rischi, costi occulti, ritardi, intoppi, e quant’altro non chiarito dalla presente normativa.

Qualora comunque la vendita si perfezionasse senza le criticità di cui sopra, rimane sempre poco chiaro il **problema della liberazione del bene** (che impatta sulla commerciabilità dell’immobile sul mercato). Infatti, se nella vendita forzata si ha un **ordine di liberazione del bene emesso talvolta già con l’ordinanza di vendita**, oppure nella liquidazione dei beni prevista dalla legge sul sovraindebitamento si prevedono **meccanismi di garanzia a vantaggio dell’acquirente**, nel caso della vendita a seguito di patto marciano **nulla prevede la normativa circa le tutele sulla effettiva liberazione** (fisica e giuridica) del bene compravenduto.

Tra l’altro, non essendo certo che il ricorso a tale modalità di vendita venga trascritto in Conservatoria, manca anche il **deterrente del pignoramento** che invece, nelle esecuzioni

classiche, limita sicuramente il ricorso a tale estremo da parte di debitori normalmente dotati di senso di responsabilità e con prospettive future.

Un'ultima considerazione va fatta relativamente al confronto tra la procedura da sovraindebitamento e la vendita dell'immobile all'interno del patto marciano. Il privato debitore, qualora ricorrano i presupposti, ha forse un beneficio maggiore a ricorrere alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento (L. n.3/2012) in quanto l'esdebitazione che da questa ne deriva è nei confronti di tutti i creditori e non solo nei confronti di quello per cui si è attivato la clausola marciana. Un ulteriore elemento di discriminare, provando a ragionare dalla parte del debitore, si avrà quando sarà stato chiarito se e come le pubbliche banche dati (centrale rischi di Banca d'Italia e Conservatoria dei Registri Immobiliari) censiranno o no la clausola marciana e la sua attivazione; si dovrà inoltre chiarire quale sia la più adatta classificazione nel bilancio di una banca di tali operazioni, cioè definire se appartengano alla categoria degli *"unlikely to pay"* oppure delle *"sofferenze"*, ricordando che l'appostazione a sofferenza produce una immediata segnalazione in Centrale Rischi che danneggia sicuramente il debitore per almeno 3 anni.

Le criticità riscontrate, ed altre che potranno essere individuate solo successivamente al ricorso allo strumento, possono essere oggetto di semplici **correttivi legislativi** tesi a **limitare al massimo il contenzioso** che ne potrebbe derivare, correttivi che saremmo disposti ad individuare, analizzare, elaborare in qualunque sede condivisa e che potrebbero essere oggetto di adeguato tavolo di studio tra l'Associazione T.S.E.I. ed altri soggetti istituzionali che volessero confrontarsi sul tema.

[7] - IL DECRETO BANCHE AI SENSI DEL D.L. 59/2016 CONV. IN L. N.119/2916

A cura di Dino Crivellari, avvocato in Roma

La riforma normativa de qua nasce con il proposito di riorganizzare il sistema delle garanzie del credito e, almeno nelle intenzioni del governo, come emerge dalla relazione parlamentare, favorire la nascita di un efficiente mercato di Npl (Non performing loans). L'effetto immediato è stato la regolamentazione del Pegno non possessorio, del Patto marciano, del Registro informatico delle procedure di espropriazione forzata, oltre alle modifiche alla legge fallimentare.

E' appena il caso di osservare che il legislatore solo marginalmente ha messo ordine nel complesso sistema delle garanzie, e non pare aver incoraggiato lo sviluppo di un mercato di crediti deteriorati.

L'esigenza di introdurre correttivi alla disciplina dei finanziamenti ha origini risalenti. Tra la fine degli anni 90 e la metà del primo decennio di questo secolo, le banche hanno favorito il ricorso ai finanziamenti per l'acquisto degli immobili; ma se in epoca precedente il rapporto tra il prestito e il valore dell'immobile difficilmente superava il 50%, la crescita dei valori immobiliari successivi all'introduzione dell'euro, ha portato le banche a concedere finanziamenti con un Ltv (*Loan to Value*) molto alto, in alcuni casi prossimo se non superiore al 100%.

La crisi del 2008 prima e quella del 2011 poi, hanno sensibilmente diminuito il reddito delle famiglie che hanno smesso di pagare le rate dei mutui. Le banche si sono così trovate in grande difficoltà, per di più in considerazione del fatto che il mercato immobiliare era crollato e le relative garanzie rarefatte.

Una soluzione innovativa fu quella di ristrutturare il mutuo acquisendo pro quota, da parte delle banche, la nuda proprietà dell'immobile e lasciando il mutuatario a godere dell'abitazione, facendosi carico di una rata ridotta. Era il così detto *Repossess* Parziale. Questa soluzione era suggellata dall'impegno formale dell'istituto di credito a rivendere al mutuatario la propria quota di nuda proprietà, sperando che nel frattempo il suo reddito fosse tornato a crescere.

L'operazione, tuttavia, presentava alcune controindicazioni: poteva essere realizzata solo se il numero delle rate morose fosse stato basso, la liquidazione del diritto di nuda proprietà era difficoltosa, ed infine il costo fiscale delle compravendite che si susseguivano nell'iter era elevato.

Il *Repossess* Parziale naturalmente non avrebbe potuto risolvere tutti i problemi dei mutui morosi, ma presumibilmente avrebbe avuto natura di provvedimento congiunturale, con l'effetto di sanare una buona parte dei finanziamenti in difficoltà.

Si è giunti, quindi, al più recente intervento del legislatore che ha avuto come effetto l'introduzione nell'ordinamento degli istituti come sopra individuati.

Il Pegno mobiliare non possessorio

E' uno strumento certamente innovativo, in considerazione della previsione che il bene dato in garanzia resti in azienda e possa continuare a svolgere la sua funzione produttiva. Tale garanzia verosimilmente agevolerà i rapporti finanziari tra fornitori di beni e imprese, ma risulta difficile credere che possa favorire il merito creditizio bancario dell'impresa, anche per l'assenza dell'obbligo di copertura assicurativa in caso di perdita del bene.

Il rischio è che lo strumento possa favorire comportamenti fraudolenti volti a ledere la *par condicio creditorum*. Il creditore pignoratizio, tuttavia, può realizzare il suo diritto di credito servendosi di formule sinora estranee alla nostra tradizione giuridica, incentrata sull'intervento del Giudice nella procedura esecutiva, al fine di realizzare il valore monetario del bene pignorato a beneficio dei creditori.

La novità sostanziale è che il creditore pignoratizio può vendere direttamente il bene, procedere alla sua locazione o appropriarsi del bene oggetto del pegno.

La liquidazione della garanzia pignoratizia e quindi il recupero del credito da parte del creditore, che fino ad oggi non conosceva via alternativa alle procedure giudiziarie, potrebbe trovare realizzazione con un iter privatistico più efficiente.

La locazione e l'appropriazione del bene da parte del creditore pignoratizio, devono essere regolamentate da accordi preventivi in sede di costituzione del pegno.

Le modalità di valutazione del bene devono essere regolate in modo da scongiurare il rischio di qualsiasi illegittimo arricchimento da parte del creditore. E' evidente che la norma tende a favorire il creditore; solo in fase emendamentale sono state introdotte alcune norme a tutela del debitore, come la possibilità di proporre opposizione all'intimazione del creditore entro cinque giorni, determinando un rito sommario di cognizione, non propriamente tutelante per l'istante.

L'unico rimedio che ha il debitore è agire in sede di risarcimento del danno, eccependo e dimostrando che siano stati violati i criteri fissati per la determinazione del valore attribuito al bene, o, eventualmente, alla locazione. In ogni caso il bene cesserà di essere nella sua disponibilità. Appare evidente, dunque, che l'intento della norma sia realizzare in tempi rapidi il credito con l'utilizzo del bene; ed in tal senso essa pare destinata a produrre considerevoli vantaggi.

Il Patto Marciano

L'art. 2 del D.L. 3 maggio 2016 n. 59, convertito nella Legge n. 119 del 2016, introduce nel Testo Unico Bancario l'art. 48-bis, ed in particolare una nuova tipologia di contratto di finanziamento che per alcuni aspetti, si pone in deroga alla disciplina del codice civile. Tale contratto può essere stipulato solo tra imprenditori e banche o altro soggetto autorizzato a

concedere finanziamenti al pubblico, ed è disciplinato il trasferimento in garanzia al creditore della proprietà di un bene o di altro diritto immobiliare del debitore o di un terzo – purché non si tratti di immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado – sottoposto alla condizione sospensiva dell’inadempimento del debitore.

E’ opportuno sottolineare che non si tratta di una codificazione del patto commissorio: il divieto di cui all’art. 2744 c.c. rimane, dal momento che la norma non si limita a prevedere che il bene offerto in garanzia diventi di proprietà del creditore.

L’originario decreto governativo, anche in questo caso, è stato emendato; temperandone alcune “semplificazioni” per tutelare il debitore.

Tecnicamente non si tratta di una garanzia poiché il trasferimento del bene al creditore si perfeziona già nel momento in cui il contratto di finanziamento è sottoscritto, ancorché sospensivamente condizionato all’inadempimento del debitore.

La norma pare volta a statuire un istituto finalizzato ad evitare le lunghe, dispendiose e incerte procedure esecutive giudiziarie, consentendo al creditore di realizzare rapidamente il proprio credito. Come sopra detto per il pegno non possessorio, anche il patto marciano si ispira ad una più moderna visione del rapporto tra debitore e creditore, entrambi imprenditori, quindi proiettati all’assunzione di rischi nella logica del perseguimento del profitto.

Lo scopo del legislatore, neppure tanto celato, è altresì quello di evitare che gli errori imprenditoriali possano onerare la giustizia civile, condizionandone la capacità operativa e sfavorendo l’erogazione dello stesso pubblico servizio lì dove è ancora più essenziale, vale a dire quando la tutela dei diritti ed il rispetto degli obblighi attengono alla sfera dei cittadini e non di soggetti economici professionali.

Pare evidente che le descritte novità legislative rileveranno per lo più in funzione dei nuovi contratti, e non dei crediti deteriorati che rappresentano il vero grande ostacolo da superare per riportare le banche nella condizione di finanziare la ripresa.

Ad oggi lo *stock* dei crediti deteriorati continua ad essere una minaccia alla stabilità sistemica, a causa di un ammontare pari a 350 miliardi di euro sui complessivi 1.600 miliardi circa di prestiti bancari.

L’applicazione del Patto Marciano è prevista anche ai contratti in essere, nella circostanza in cui venga convenuto dalle parti; tuttavia appare piuttosto complesso introdurre le clausole dell’istituto de quo ai finanziamenti *in bonis* e già sottoscritti. Il Patto Marciano, dunque, potrà migliorare i contratti che verranno stipulati successivamente alla sua introduzione, mentre pare dubitabile che possa favorire il mercato dei Npls ormai in fase patologica, rappresentati da contratti risolti e difficilmente suscettibili di integrazione.

Una soluzione che avrebbe potuto avere un immediato impatto sulla fattispecie in esame sarebbe stata la facoltà, concessa al creditore e al debitore, di prevedere il trasferimento del bene in garanzia nel corso della fase transattiva, avvalendosi dell’istituto della *datio in solutum* con esclusione, disposta per legge, della *par condicio creditorum*.

Un'ulteriore soluzione avrebbe potuto essere individuata nell'ammissibilità della rinnovazione *in bonis*, con il ripristino di un contratto risolto integrato nel Patto Marciano. Percorrere questa strada avrebbe potuto favorire il mercato dei Npls, ma il limite dato dal fine liquidatorio rende ancora più arduo sottrarre la fattispecie al confronto fatale con il divieto di Patto Commissorio ex art. 2744 c.c. L'autentico e più grande limite di queste novità normative è rintracciabile proprio nella loro tenuta rispetto al divieto di Patto Commissorio.

Il nostro codice civile impedisce la configurabilità di qualsiasi accordo col quale il creditore potrà appropriarsi del bene oggetto della garanzia in caso di inadempimento del debitore; il divieto è severamente punito con la sanzione della nullità. Il legislatore del '42 ha dimostrato una tenace convinzione nella tutela del debitore dalla locupletatio del creditore, ritenuto il contraente forte del rapporto di credito, ribadendo il divieto all'art. 1963 c.c. in tema di anticresi, e sanzionando con la nullità il patto che consenta al creditore di appropriarsi del bene del debitore, con i frutti del quale il creditore anticretico può soddisfarsi.

La *ratio* della norma, come opportunamente sottolineato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, è rintracciabile nel superiore interesse di tutela del debitore, che ha posto il bene a garanzia nella fase genetica del finanziamento, al fine di ottenerlo, e con previsione di farvi fronte con la propria solvibilità, non attraverso l'azione definitiva di spoliazione del proprio patrimonio.

La spoliazione e la liquidazione del patrimonio del debitore sono consentite solo ed esclusivamente nell'ambito di una procedura esecutiva, diretta dal Giudice, nel presupposto che gli interessi da tutelare siano tali nel solo caso in cui un magistrato presieda e gestisca il procedimento.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia ammesso nel 2013 che il Patto Marciano non confligge con il divieto di Patto Commissorio, finché sia assicurato l'equo compenso, le procedure di soddisfazione del creditore ed il Patto Marciano stesso confliggono con la generale impostazione normativa.

L'equo compenso mal si ravvede delle regole del Pegno Non Possessorio e del Patto Marciano, ove i criteri di determinazione del valore della garanzia escussa e dell'immobile trasferito, sono correlati o ad accordi privatistici delle parti in sede di formulazione della clausola *ab origine*, o a procedure valutative affidate ad esperti, la cui infallibilità è esclusa.

Le controversie che dovessero rilevare in sede di interpretazione ed applicazione del Patto Marciano e del Pignoramento Non Possessorio, potrebbero favorire orientamenti giurisprudenziali che, facendo leva sul divieto di Patto Commissorio, mettano in grave difficoltà la diffusione di queste innovazioni normative.

Se così dovesse essere, neanche l'intento deflazionistico giudiziario e quello di dare certezze dei diritti, sebbene lodevoli nelle intenzioni, sarebbero colti; piuttosto, si corre il rischio che possa generarsi una conflittualità giudiziaria su interpretazione e certezza applicativa delle norme.

Ad un'attenta valutazione dell'istituto de quo, emerge la necessità di dotarlo di un effetto ulteriore: l'esdebitazione. Il vero nodo della fattispecie in esame, sta nel fatto che il legislatore non abbia stabilito nel Decreto Banche la previsione della esdebitazione definitiva del debitore escusso, sia per il Pegno non Possessorio che per il Patto Marciano.

La realizzazione o l'apprensione del bene in garanzia ad opera del creditore, e nel suo esclusivo interesse, se da un lato conferisce al debitore il diritto di acquisire la parte di valore eventualmente eccedente il credito, dall'altro non lo esdebita se il credito è superiore a quanto realizzato dal creditore con tali procedure.

La suddetta previsione, invece, è stata recepita nel D.Lgs. n. 72/2016 in merito ai finanziamenti al consumatore ed è sostanzialmente contenuta nella normativa sul Prestito Ipotecario Vitalizio L. n.44/2015. Il vantaggio dato al creditore di appropriarsi del bene in garanzia ovvero di curarne direttamente la realizzazione monetaria ai fini della liquidazione del credito, è opportunamente compensato dal rischio che si assume nel non poter pretendere dal debitore oltre il valore realizzato dalla garanzia. Rilevano, pertanto, rispetto alle norme descritte, un evidente equilibrio e l'equa proporzionalità nella tutela degli interessi di entrambe le parti del contratto.

Il debitore rinuncia alla tutela del divieto del Patto Commissorio nel momento in cui è contrattualmente più debole, quando chiede il finanziamento; consapevole che il bene offerto in garanzia verrà trasferito al creditore in caso di inadempimento, tuttavia, avrà il vantaggio dell'esdebitazione per il caso in cui la garanzia realizzata dal creditore non coprirà per intero il debito.

Dall'altro lato, il finanziatore presterà ancora più attenzione nel valutare il merito creditizio ed il valore prospettico di garanzia del bene in sede di concessione del finanziamento, con la consapevolezza che nel caso di errata valutazione dei conti, potrebbe trovarsi a non poter realizzare per intero il proprio credito, neppure acquisendo il bene, qualora di valore inferiore al credito stesso.

Il vantaggio per il creditore non è affatto irrisorio; poter realizzare direttamente la garanzia e quindi il proprio credito, consente di aggirare il lungo, costoso ed incerto percorso della procedura esecutiva ordinaria.

Nella circostanza in cui nel Patto Marciano e nel Pignoramento Non Possessorio si fosse previsto l'effetto dell'esdebitazione del debitore, sarebbe stata del tutto marginale la probabilità di eccezioni ai sensi dell'art. 2744 c.c., configurabili solo in eventuali casi di errori o esagerazioni nei criteri di determinazione dei valori delle garanzie escusse. Eccezioni, queste ultime, di sicuro più facili da superare, in sede giudiziale, rispetto al vizio di nullità del Patto.

Le ragioni che avrebbero giustificato la statuizione dell'esdebitazione nella disciplina de qua, non hanno solo natura giuridica. I rapporti tra creditore e debitore nell'economia moderna, e massimamente nel mondo degli affari, sono sempre più da ricondurre a logiche economiche più che di diritto/obbligo. Il sistema giuridico ideale favorisce gli accordi tra privati, esprime un'attitudine antiprocessuale, anziché una conflittualità legale, costosa e molto spesso inefficiente.

I soggetti coinvolti in questa forma di finanziamento sono imprenditori che intendono realizzare un progetto di legittimo arricchimento, e le banche private orientate per definizione al profitto; dunque tutti soggetti abituati al rischio.

Lo scopo e gli effetti della legge devono essere unitariamente tesi a favorire la loro crescita, ordinata e proficua per la società, ma è altrettanto importante che sia le banche che le imprese, non siano indotte a comportamenti inefficienti, utilizzando le debolezze del sistema normativo e giudiziario per scaricare sulla collettività il costo delle loro errate scelte imprenditoriali.

E' appena il caso di precisare, dunque, quanto indispensabile sia favorire la composizione privatistica delle controversie, piuttosto che vivere l'incertezza delle situazioni giuridiche che si protraggono per anni, e congestionano i tribunali producendo un costo altissimo per la collettività.

L'esdebitazione, tuttavia, non è l'unico aspetto necessario a perfezionare la disciplina, manca infatti una tutela del debitore al momento della concessione del finanziamento. Infatti non è precisato alcunché in merito al delicato problema della sproporzione tra il valore del finanziamento e quello del bene dato in garanzia; quest'ultimo ben potendo essere triplo o quadruplo rispetto al finanziamento concesso. Il legislatore non disciplinando l'equilibrio tra il valore della res offerta in garanzia ed il finanziamento concesso, trascurando il problema della sottesa proporzionalità, sposta al momento della successiva vendita del bene la tutela del debitore, il quale perderà l'immobile e dovrà accontentarsi della sola, eventuale eccedenza.

Il divieto del Patto Commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, ancorché di per sé lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato di assoggettare il debitore all'illecita coercizione da parte del creditore, rimettendosi alla volontà di quest'ultimo di conseguire il trasferimento della proprietà di un suo bene, quale conseguenza della mancata estinzione del debito.

Il fondamento della norma si ravvisa nella necessità di tutelare il debitore dalla coercizione morale che su di esso esercita il bisogno di denaro, così come nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio del creditore, nella tutela della *par condicio creditorum*, ma anche nella riserva allo Stato di ogni potere inerente la realizzazione coattiva delle pretese creditorie, ed infine nella esigenza di proteggere il debitore dal pericolo di lasciare nella disponibilità del creditore un bene di valore superiore all'entità del credito, configurando così l'ipotesi di sproporzionalità.

La norma del Patto Marciano, come precisato, statuisce che la valutazione peritale del bene in garanzia avvenga da parte di un esperto, certamente non infallibile, che è nominato dal giudice. Può accadere che la stima, quand'anche effettuata da un terzo, non possa supplire alla sproporzione detta; può verificarsi che il debitore contesti il valore di stima, sia esso superiore che inferiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese e i costi per il trasferimento, ma ciò non impedisce comunque al creditore di proseguire nel percorso verso la definitiva acquisizione del bene.

La sproporzionalità, dunque, oltre che tra il valore del finanziamento e quello del bene dato in garanzia, può ravvisarsi anche in termini di concreta ed effettiva tutela delle diverse posizioni giuridiche.

Laddove non sia disposto alcun controllo sulla proporzionalità del rapporto tra il valore del bene ed il finanziamento concesso, il debitore sarà sempre sacrificato; non rileverà perfetta parità ma potrebbero invece emergere i profili di usura reale, così come sanzionati dalla disciplina dell'art. 2744 c.c. e dell'art. 644 c.p.

Parrebbe prudente, dunque, che per il caso di contestazione della stima, che può sorgere per una sproporzione tra i valori della garanzia e del credito, il conseguimento dell'immobile a favore del creditore non sia automatico, ma successivo ad un accertamento giurisdizionale.

Quest'ulteriore intervento del giudice, avrebbe un'efficacia eteronoma rispetto all'istituto del Patto Marciano, ed interverrebbe nell'ambito dell'autonomia privata quando quest'ultima non sia sufficiente a scongiurare il pericolo di una sproporzione della forza contrattuale delle parti.

In ultima analisi si può sostenere che il Pignoramento non Possessorio ed il Patto Marciano costituiscano validi strumenti ai fini della regolamentazione dei contratti di finanziamento, a patto però che non siano portatori di nuove incertezze e di nuovi conflitti giudiziari in merito.

L'esdebitazione del debitore impresa, in caso di realizzazione del bene in garanzia, ancorché il creditore non sia totalmente soddisfatto del suo credito, andrebbe in questa direzione, con l'effetto di porre la disciplina al riparo da controversie ai sensi dell'art. 2744 c.c., garantendo una maggiore proporzionalità degli effetti e scongiurando ipotesi di usura reale.

TERZA PARTE – CONCLUSIONI [capp. 8 – 11]

[8] CONCLUSIONI

Con il presente studio, nel rispetto dello scopo iniziale dell'analisi, si è cercato di fornire un primo livello di approfondimento della materia analizzando le questioni e le criticità relative alla disciplina del patto marciano, secondo la prospettiva ed il punto di vista dei diversi professionisti coinvolti nella gestione e nel mercato del recupero dei crediti.

Gli strumenti introdotti dalle nuove normative con la finalità di ampliare il novero degli strumenti di garanzia sono stati pertanto analizzati con la prospettiva di verificarne il concreto effetto di tutela a favore dei soggetti che concedono finanziamenti alle imprese.

Ci si augura che gli spunti e le riflessioni a cui gli autori sono giunti possano porsi a beneficio di tutti gli operatori, ma in particolare nei confronti di quei destinatari naturali del cd "patto marciano" ovvero le imprese finanziatrici che saranno poi i soggetti che in definitiva dovranno valutare l'inserimento della clausola, determinando così l'effettiva portata innovativa dell'istituto.

Le questioni e le criticità rilevate possono infatti rendere questo strumento di scarso interesse commerciale vanificando così l'intento della riforma. L'esame vuole essere pertanto lo spunto per valutare l'impatto ed il concreto ambito di applicazione della clausola marciانا e valere come suggerimento per eventuali correttivi ed integrazioni a livello normativo.

Per quanto concerne l'applicazione pratica dell'istituto si ritiene che in assenza di ulteriori integrazioni nella disciplina lo stesso potrà essere preso in considerazione solo per determinate ipotesi di finanziamento e con riferimento a particolari tipologie di immobili.

Il legislatore per ovviare a molte delle questioni e rendere più appetibile lo strumento dovrà quindi certamente intervenire di nuovo sulla materia con una specifica di tutti quegli aspetti che oggi sono solo fonti di dubbi interpretativi e che rischiano di ridurre sensibilmente la portata della riforma. Qualora a tale pattuizione si facesse ampio ricorso, infatti, la riduzione dei tempi di recupero (entro l'anno) consentirebbe un rilevante incremento dei prezzi di mercato delle nuove sofferenze, sino a valori che potrebbero essere prossimi, per le sofferenze future, a quelli a bilancio.

Dopo esserci addentrati a fondo nella materia, pur con tutti i limiti espressi in premessa, si può infatti sostenere che se l'intento della decretazione governativa era quello di introdurre nuove forme di escussione dei beni, di accelerare i tempi della giustizia, ma anche aumentare il ricavato, o comunque evitare il deprezzamento, tipico delle vendite di immobili in asta giudiziaria, l'efficacia della norma così come oggi impostata, è tutta da dimostrare.

In definitiva pertanto il presente scritto ha l'ambizione di proporsi al legislatore suggerendo, se non già alcune risposte, almeno una serie di punti di attenzione che meriterebbero un doveroso approfondimento, così da rendere molto più semplice e sicuro il ricorso al trasferimento del bene immobile sospensivamente condizionato al successivo adempimento.

E proprio in tale prospettiva in questa sede si richiama il cd “DDL Rordorf” (disegno di legge “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi ei impresa e dell’insolvenza*” del 18 maggio 2016) che nell’ambito della riforma delle procedure concorsuali inserisce una complessiva riforma dell’istituto dei privilegi e potrebbe porsi anche come base per una più compiuta ed esaustiva normativa di tutto il sistema delle garanzie dando il giusto e necessario spazio anche ad una integrazione e razionalizzazione di tutte le ultime riforme che prevedono un ampliamento della tutela del finanziatore mediante nuove forme di escussione dei beni.

[9] PROPOSIZIONI

E' intendimento di questo gruppo di lavoro, sempre aperto ad ogni utile contributo professionale ed accademico, provare a monitorare gli effetti della normativa, soprattutto dopo l'atteso decreto attuativo (a cura dei Ministeri della giustizia e dell'economia e finanze, sentita la Banca d'Italia) che ci attendiamo a breve. Riteniamo che possa essere utile al settore del credito (e non solo) disporre quanto prima di statistiche dettagliate che possano eventualmente indicare quali categorie sono maggiormente ricorse allo strumento (imprese o consumatori), per quale tipologia di credito, per quale importo, in quale area geografica e con quale tipologia di beni immobili a garanzia. Pertanto invitiamo anche Agenzia delle Entrate (tramite i registri di conservatoria), e la Banca d'Italia tramite le proprie banche dati a riuscire ad elaborare quanto prima delle serie statistiche che possano fornire utili spunti per eventuali correzioni all'operatività dei finanziatori.

L'Associazione T.S.E.I. (Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane) si mette come sempre a disposizione con chiunque volesse decidere di riprendere questo studio per proseguirlo, approfondirlo, o utilizzarlo come punto di partenza per provare a dimostrare posizioni anche diverse e contrastanti.

La speranza è che si riesca a stimolare un utile dibattito e che, prima di ricorrere all'utilizzo di tale strumento si abbia contezza di tutti, o quasi, gli aspetti critici che potrebbero impattare sul risultato, affrontandoli per tempo e con le dovute precauzioni anche contrattuali.

[10] BIBLIOGRAFIA

Si riportano in questa sede solo i contributi specifici relativi all'istituto del "patto marciano" (articoli di giornale, saggi, scritti, commenti, etc.) che sono stati pubblicati dall'entrata in vigore della normativa, e che a nostro avviso hanno apportato qualche spunto interessante per le successive discussioni sul tema e per questo studio in particolare; si precisa però che questo elenco non vuole assolutamente essere esaustivo né definitivo e che rappresenta una selezione degli autori del presente scritto.

- *"Attuazione della direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali"* (Atto del Governo n. 256"), Senato della Repubblica, Dossier XVII legislatura, Febbraio 2016
- *"Così la banca può vendere l'immobile del debitore"*; Angelo Busani ed Emanuele Lucchini Guastalla, Il Sole 24 Ore, 18 maggio 2016
- *"Spazio al patto «marciano» anche per i vecchi mutui"*, Angelo Busani, Il Sole 24 Ore, 11 giugno 2016
- *"I condomini rischiano di restare ancor di più a mani vuote"*, Gianfranco Ursino, Il Sole 24 Ore Plus24, 18 giugno 2016
- *"La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D. Lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU"*, Andrea Bulgarelli, Diritto Bancario, giugno 2016
- *Decreto ceta "Patto Marciano": da banche sequestro beni debitori. E ora?*, Dino Crivellari, Wall Street Italia, 1 luglio 2016
- *"Decreto banche a doppia faccia"*, Dino Crivellari, Italia Oggi, 11 luglio 2016
- *"E' legge la norma che trasferisce alla banca l'immobile dopo 18 mensilità non pagate"*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato
- *"Immobili subito alla banca se il debitore non paga"*, Il Sole 24 Ore, 19 agosto 2016
- *"Nuove misure per velocizzare il recupero dei crediti: una prima analisi del D.L. 59/2016"*, E. Brodi, S. Giacomelli, I. Guida, M. Marcucci, A. Pischetta, V. Profeta, G. Santini, Note di stabilità finanziaria e vigilanza, Banca d'Italia, n. 4 agosto 2016
- *"Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca"*, Elisa Brodi, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), Banca d'Italia, n. 356 settembre 2016
- *"La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano"*, Stefano Ambrosini, Crisi d'impresa e fallimento, 25 agosto 2016
- *"Il patto marciano e la vendita a scopo di garanzia nel prestito vitalizio ipotecario e nei finanziamenti alle imprese ed ai consumatori"*, Antonio Diener, Atti del convegno presso l'Università di Reggio Emilia, 23 settembre 2016
- *"Immobile subito alla banca in caso di inadempimento"*, Angelo Busani e Alberto Fornari, Il Sole 24 Ore, 28 settembre 2016
- *"Quando non si può più pagare"*, Antonio Criscione, Il Sole 24 Ore Plus 24, 5 novembre 2016
- *"Interferenze fra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia nella disciplina dell'art.48 bis t.u.b."*, Massimo Saraceno, Notaractime 1-2016

- *“Il patto marciano, i rapporti controversi con il divieto del patto commissorio e le figure negoziali potenzialmente a rischio, tra diritto “tradizionale” e novità legislative (vendita con riserva della proprietà, sale and lease back, fino al rent to buy)”, Valentina Pappa Monteforte, Iurisprudenzia.it*
- *“Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?”, Anna Scotti, Il Corriere Giuridico, 12/2016*
- *“Brevi note sull’utilizzabilità dell’art. 48-bis T.U.B. per la gestione delle sofferenze bancarie”, Elisa Brodi, Crisi d’impresa e fallimento, 28 gennaio 2017*

[11] DISCLAIMER

Il presente studio contiene informazioni e considerazioni generali sull'istituto del c.d. "patto marciano" ovvero il trasferimento del bene immobile a garanzia di un finanziamento condizionato a clausola sospensiva di inadempimento.

Il contenuto del lavoro incluso ogni testo, articolo o commento, sono forniti unicamente per scopi informativi generali e non sono in nessun caso destinati ad affrontare esigenze particolari od a costituire o sostituire alcuna forma di consulenza, parere o analisi giuridica. I lettori sono quindi invitati a non fondare decisioni aziendali o personali semplicemente sulla base delle informazioni qui riportate e senza un preventivo consulto con un legale.

Lo studio è orientativo essendo il frutto di esperienze professionali di coloro che hanno partecipato alla stesura del lavoro nonché dell'analisi di documenti, testi di legge, approfondimenti, studi precedenti, discussioni o tesi esposte a convegni e conferenze. Non si prefigge di esaurire la vasta materia trattata ma solo di rappresentare un punto di partenza per ulteriori discussioni.

I contenuti del lavoro sono destinati a fini di studio e di informazione giuridica, e non commerciale. E' possibile copiare, riprodurre, scaricare o stampare il presente materiale per uso personale, istituzionale, culturale, senza finalità di lucro, potendo includere estratti, contenuti e dati sui propri documenti, presentazioni, blogs, siti web, materiali formativi, a condizione che sia sempre correttamente ed integralmente riportata la fonte "Associazione T6" come proprietaria del documento.

Associazione T.S.E.I. "Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane" [T6]

Via Melchiorre Gioia, 82 – 20125 Milano | C.F. 97855340580
e-mail: info@osservatoriot6.it | web: www.osservatoriot6.it | PEC: istituzionale@pec.osservatoriot6.com

Per contattare gli autori:

Simone Luchini, info@subhasta.it
Tiziana Allievi, t.allievi@lascalaw.com
Antonino Barletta, antonino.barletta@panzariniesoci.com
Dino Crivellari, d.crivellari2015@libero.it
Antonio Diener, adiener@notariato.it
Arturo di Lorenzo, arturodilorenzo@libero.it
Laura Pelucchi, l.pelucchi@lascalaw.com
Stefano Santin, santin@casadelconsumatore-piemonte.it