

Alla mia famiglia.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO



CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
A.A. 2023/2024

TESI DI LAUREA IN
DIRITTO BANCARIO

IL PATTO MARCIANO BANCARIO

RELATORE: CHIAR.MO PROF. MATTEO DE POLI

LAUREANDO: MATTEO CARUSO
MATRICOLA N. 1143751

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I.....	5
IL PATTO MARCIANO: INTRODUZIONE ALL'ISTITUTO.....	5
1. <i>Una breve digressione storica</i>	5
2. <i>Il rapporto con il pegno e le sue sfaccettature</i>	10
2.1. <i>L'ipoteca sui beni immobili: un confronto con il patto marciano bancario</i>	27
3. <i>Il prestito vitalizio ipotecario</i>	33
CAPITOLO II.....	43
IL TRASFERIMENTO SOSPENSIVAMENTE CONDIZIONATO E CONTRASTO CON IL PATTO COMMISSORIO.....	43
1. <i>Introduzione all'istituto</i>	43
2. <i>I requisiti soggettivi e oggettivi</i>	49
3. <i>L'inadempimento e la contestazione della dichiarazione</i>	63
4. <i>La procedura di stima: nomina del perito e valore dell'immobile</i> ..	70
5. <i>L'avveramento della condizione sospensiva di inadempimento e il trasferimento del bene immobile</i>	79
6. <i>La trascrizione del patto marciano</i>	87
7. <i>Il concorso con gli altri creditori</i>	90
8. <i>Note conclusive sulla distinzione con il divieto del patto commissorio</i>	93
CAPITOLO III.....	101
IL PATTO MARCIANO BANCARIO CON IL CONSUMATORE.....	101
1. <i>Introduzione all'istituto</i>	101

<i>2. Gli elementi qualificanti del patto marciano per i consumatori</i>	108
<i>3. L'effetto esdebitativo nel finanziamento ai consumatori</i>	131
<i>4. Conclusioni</i>	134
CONCLUSIONI	137
NORMATIVA DI RIFERIMENTO	139
GIURISPRUDENZA	141
BIBLIOGRAFIA.....	143
PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ	149

INTRODUZIONE

Il patto marciano bancario rappresenta un istituto giuridico di particolare importanza nel panorama dei rapporti di garanzia tra gli intermediari creditizi e i rispettivi clienti in quanto, nella risoluzione delle controversie, è noto come l'Italia sia ampiamente in difficoltà in relazione alla lunga durata dei processi. A fondamento di ciò, vi sono il rapporto della World Bank “*Doing Business 2020*” e il documento dell’Unione Europea “*UE Justice Scoreboard 2022*” in cui confrontano i vari Stati in merito al costo e alla durata del contenzioso, classificando l'Italia alla 122° posizione su 190 Paesi esaminati mostrando come servano in media 1120 giorni per arrivare alla conclusione del processo, evidenziando come, oltre alla già citata lunghezza dei processi, ciò porta anche a un elevato costo per le spese di giudizio a carico delle parti.

Dinanzi a tale difficoltà, evidenti già prima dell’emanazione di questi documenti che ne hanno solamente evidenziato i principali problemi, il legislatore italiano è voluto intervenire in materia offrendo ai creditori maggiori tutele nel recupero dei finanziamenti concessi tramite un procedimento che non richiede necessariamente la presenza del giudice.

Nello specifico, è intervenuto con il contratto di finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di immobile sospensivamente condizionato, che fu introdotto dal Decreto Banche nel 2016, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in l. 30 giugno 2016, n.119 e confluito nel Testo Unico Bancario, all’articolo 48 *bis*.

Questa fattispecie rappresenta il vantaggio per il creditore di appropriarsi del bene dato in garanzia senza l’obbligo di attivare procedimenti dinanzi al giudice. Nonostante ciò, per l’attivazione della

clausola, sono richiesti tutta una serie di presupposti ritenuti necessari come, ad esempio, l'avviarsi di un procedimento di stima effettuato da un perito che dovrà essere necessariamente un soggetto terzo.

Un elemento caratterizzante dell'istituto, che lo differenzia dal divieto del patto commissorio sancito dall'articolo 2744 Codice civile, è la previsione dell'obbligo per il creditore di procedere a versare la somma eccedente nell'ipotesi in cui il valore del bene sia superiore rispetto al debito rimasto inadempito. Questa caratteristica sarà ciò che permetterà al patto marciano bancario di distinguersi e di affermarsi nell'ordinamento.

La piena validità dell'istituto verrà riconosciuta solamente tramite una sentenza della Corte di Cassazione – sentenza 28 gennaio 2015, n. 1625 – in cui verranno definiti anche i requisiti necessari per l'attivazione degli effetti del patto marciano bancario, offrendo una chiara distinzione con il patto commissorio che, diversamente, porterà alla nullità della garanzia.

L'obiettivo di questa tesi è quello di analizzare approfonditamente il patto marciano bancario partendo da un confronto con gli istituti civilistici - come il pegno, l'ipoteca e il prestito vitalizio ipotecario - per evidenziare come si inserisce nell'ambito dei rapporti patrimoniali.

Successivamente, verranno trattati nello specifico i singoli requisiti richiesti dalla legge affinché si possano produrre gli effetti, nonché la distinzione che intercorre con il patto commissorio e le diverse pronunce che invece ne affermano la validità.

Inoltre, verrà trattato anche il patto marciano bancario concluso con il consumatore, introdotto dal d. lgs. 21 aprile 2016, n.

72 (conosciuto come Decreto Mutui), in attuazione della Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (Mortgage Credit Directive).

L'istituto in esame presenta una grande differenza rispetto al patto marciano concluso con l'imprenditore ed è da ravvisarsi nell'effetto esdebitativo. La caratteristica di tale effetto è quella di permettere l'estinzione del debito anche nel caso in cui il valore del bene immobile dato in garanzia non sia sufficiente a coprire il debito rimasto inadempito. Uno dei motivi per cui si è deciso di prevedere tale vantaggio per il consumatore è stato proprio perché si considera quest'ultimo come parte debole del contratto e, quindi, per evitare che si trovi costretto ad accettare situazioni per necessità che, in situazioni differenti, non avrebbe mai accettato.

In questo contesto, inoltre, vi è l'obiettivo di delineare un bilanciamento tra le esigenze di recupero del credito da parte degli intermediari finanziari e la necessaria tutela del consumatore.

CAPITOLO I

IL PATTO MARCIANO: INTRODUZIONE

ALL'ISTITUTO

1. Una breve digressione storica

Per comprendere al meglio il funzionamento del patto marciano¹, bisogna partire dalla sua evoluzione storica e di come è stato introdotto nel nostro ordinamento.

Innanzitutto, il patto marciano è un accordo in cui si conviene che *«in caso di inadempimento, il creditore acquisti la proprietà di un bene del creditore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo rispetto all'importo del debito inadempito»*².

Il primo passo da svolgere è ricorrere al giureconsulto romano di Elio Marciano³ emanato durante l'Età dei Severi nel III secolo d.C. da cui si prende il nome della clausola. Secondo la sua teoria, partendo dal presupposto dell'inadempimento del debitore di un contratto avente ad oggetto una garanzia di un bene immobile, il creditore ha il diritto di soddisfarsi su di esso previa stima del bene da parte di un perito, il c.d. *“giusto prezzo”*⁴.

¹ Per un primo approfondimento, M. Confortini, *Clausole negoziali*, Volume II, Milano, 2019, p. 1063 ss.

² M. Ebner, *Patto marciano*, in Enc. Giur., XXV, Roma, 2007.

³ D. 20, 1, 16, 9, Marcianus, Libro singolari ad formulam hypothecariam.

⁴ D. 20,1,16,9, Marcianus, libro singolari ad formulam hypothecariam. *“«Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat*

Il patto marciano è stato previsto e tutelato per porre rimedio al divieto del “*patto commissorio*”, previsto oggi dall’articolo 2744 del Codice civile⁵. Storicamente, viene disciplinato per la prima volta sotto l’impero di Costantino nell’anno 324 d.C. quando venne emanata la c.d. “*lex commissoria*”, la quale vietava per l’appunto la clausola “*commissoria*”.

Inizialmente fu inserita e prevista solamente avendo a riguardo i contratti di compravendita e si prevedeva che, qualora l’acquirente non avesse provveduto al pagamento del prezzo pattuito con l’alienante, quest’ultimo avrebbe potuto considerare il contratto come mai esistito e, di conseguenza, come mai stipulato. Fu un istituto utilizzato molto frequentemente in cui, in seguito alla sua previsione nella Costituzione di Costantino, se ne vietava la previsione nei soli negozi di compravendita sia per gli accordi futuri, sia per quelli già in corso di svolgimento. Fu solo successivamente che si cambiò idea e si decise di estendere tale divieto verso tutti i negozi a prestazioni corrispettive.

Si legge, infatti: «*Poichè tra i vari patti capziosi emerge principalmente l’asprezza del patto commissorio, piace sanzionarne la nullità e abolirne ogni memoria in futuro. Pertanto, se qualcuno è oppresso da tale patto, respiri grazie a questa sanzione, che con i patti passati colpisce anche i presenti e li proibisce*

rem, iusto praetio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescriperunt.»

⁵ Articolo 2744 Codice civile «*é nullo il patto col 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. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno*».

per il futuro. I creditori, perduta la cosa, comandiamo che ricevano in restituzione ciò che dettero»⁶.

Questo orientamento non fu abbandonato ma venne ripreso dall'ordinamento francese che, nell'anno 1804, con la codificazione di Napoleone Bonaparte, riprese l'istituto e inserì nell'articolo 2078 secondo comma *code civil* la regola per cui «È nullo qualunque patto, il quale autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno, o a disporne senza le formalità superiormente prescritte»⁸.

Il divieto riguardava il patto in riferimento ai soli pegno o anticresi, tramite il quale il creditore diviene il proprietario del bene nel caso in cui il debitore non avesse adempiuto alla propria prestazione. Invece, per quanto riguarda il divieto del patto commissorio avente a riguardo un bene oggetto di ipoteca, si desumeva tramite l'articolo 742 *cod. proc. civ* francese⁹.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, invece, questo istituto venne ripreso nella codificazione del 1865 in cui si decise di seguire, in maniera non dissimile, la normativa francese avente a riguardo il bene dato

⁶ IMP. CONSTANT., *Codex Iustinianus* 8.34.3., 324. «*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*».

⁷ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciali*, p. 105.

⁸ Code civil, Article 2078. «*Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle*».

⁹ Articolo 742 code de procédure civile «*Le juge ne peut pas refuser d'exécuter une commission rogatoire au seul motif que la loi française revendique une compétence exclusive, ou qu'elle ne connaît pas de voie de droit répondant à l'objet de la demande portée devant la juridiction commettante, ou qu'elle n'admet pas le résultat auquel tend la commission rogatoire*».

in pegno ma, tuttavia, con la sola differenza che non si è deciso di considerare all'interno della disciplina il bene oggetto di ipoteca. Infatti, secondo l'articolo 1884, co. 2, del Codice civile del 1865: «È nullo qualunque patto, il quale autorizza il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra stabilite¹⁰».

Di uguale impostazione è l'attuale codice civile, come precedentemente visto, in cui si mantiene ferma l'idea della illiceità del patto commissorio, definendolo come «un'alienazione di un diritto di proprietà subordinata alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore e collegata ad un contratto costitutivo di una garanzia reale»¹¹.

Tale orientamento venne confermato anche da una sentenza della Corte di Cassazione¹² in cui si è esteso il divieto del patto commissorio a tutti i negozi tramite il quale le parti vogliono eludere il divieto imposto dalla legge.

Furono molti gli interventi in materia, sia in ambito bancario sia in ambito civilistico, per offrire al creditore una maggiore tutela del credito, mediante l'apposizione di una garanzia su un bene immobile di proprietà del debitore nel caso in cui quest'ultimo risulti inadempiente. La recente produzione legislativa ha previsto un

¹⁰ Codice civile 1865, articolo 1884. «Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto.

È nullo qualunque patto, il quale autorizza il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra stabilite.»

¹¹ M. Di Paolo, *Patto commissorio*, in *Digesto it.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione, p. 311.

¹² Cass., 3 aprile 1989, n. 1611.

notevole innesto di strumenti in materie di garanzie. Così è avvenuto, ad esempio, per alcune garanzie mobiliari in cui, oltre al già citato patto marciano, sono stati previsti istituti come il pegno regolare, il pegno irregolare, il pegno non possessorio, le ipoteche e il prestito vitalizio ipotecario. Se, tuttavia, si può pacificamente affermare la possibilità di istituire sul medesimo bene sia l'alienazione sospensivamente condizionata sia il pegno regolare, non possiamo dire lo stesso quando invece si prevedono e si inseriscano differenti garanzie reali che gravano sullo stesso bene. In questo caso, quindi, sorge il problema di un coordinamento tra i diversi istituti ma la giurisprudenza non ha preso alcuna posizione a riguardo in quanto «*si limita a confermare in termini generalissimi la validità della garanzia marciانا*»¹³.

Nonostante ciò, non vi è una disciplina che ne definisca i requisiti e le caratteristiche tipiche del patto marciano, anzi, ne verrà riconosciuta la legittimità solamente nel 2015 quando la Corte di Cassazione¹⁴ ne riconosce la piena validità evidenziando le differenze rispetto al già citato patto commissorio.

Ulteriore analisi va effettuata in merito allo spazio di manovra lasciato alle parti riguardo la regolamentazione e l'apposizione di queste clausole. A norma dell'articolo 1341, comma secondo, del Codice civile si ritiene che non hanno effetto le condizioni contrattuali che stabiliscono, a sfavore del debitore, una serie di clausole vessatorie se queste non erano

¹³ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciاني*, p. 194.

¹⁴ Cass., 28 Gennaio 2015, n. 1625 «*Il patto marciano che preveda, al momento dell'inadempimento, un procedimento tale da assicurare la stima imparziale del bene entro tempi certi esclude la violazione del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto di sale and lease back, al quale sia apposto*».

state specificamente approvate per iscritto¹⁵. Ad esempio, non è possibile stabilire un numero di rate impagate per produrre l'effetto di "inadempimento qualificato" affinché si possa procedere a escussione del bene oggetto di garanzia. Risulta invece pacifico ammettere una modifica in meius delle condizioni contrattuali a favore del debitore.

L'autonomia contrattuale delle parti prevede, dunque, la possibilità di modellare la garanzia marciaria, con le indicazioni viste precedentemente, senza però prescindere dei requisiti fissati dalla legge, sia nella fase iniziale della contrattazione, sia durante l'esistenza della garanzia, prevedendo che se viene a mancare una delle condizioni necessarie viene meno anche la garanzia.

Nel seguente paragrafo, vedremo come questi diversi istituti sono stati regolati e come opera il loro rapporto con il patto marciario.

2. Il rapporto con il pegno e le sue sfaccettature.

Il pegno viene disciplinato dall'articolo 2784 del Codice civile in cui si prevede «*il pegno è costituito a garanzia dell'obbligazione dal debitore o da un terzo per il debitore*»¹⁶. Sulla connotazione di garanzia reale non

¹⁵ Articolo 33, comma primo, Codice del consumo «*Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*».

¹⁶ Articolo 2784 codice civile «*Il pegno è costituito a garanzia dell'obbligazione dal debitore o da un terzo per il debitore.*

vi sono molti dubbi in quanto si fonda sull'esistenza del presupposto dell'inerenza¹⁷ intesa come incorporazione del diritto soggettivo alla cosa. L'inerenza alla res produce un risultato in merito alle materie di procedure concorsuali per cui, coloro che vantano diritti reali su beni detenuti dal debitore insolvente, possono procedere a rivendicarne il possesso sottraendosi dall'azione giudiziaria¹⁸.

Inizialmente, il pegno venne qualificato come contratto reale, in quanto, senza la consegna del bene oggetto di garanzia, si credeva non potesse sorgere alcun vincolo fra le parti. Quanto detto fu successivamente riformato dalla giurisprudenza, intendendo come la materiale consegna del bene sia necessaria soltanto dinanzi a terzi dato che, per quanto riguarda il rapporto tra creditore e debitore, si ritiene il solo accordo fonte di obbligazione vincolando quest'ultimo a consegnare il bene nei modi stabiliti in sede di contrattazione.

Infatti, almeno per quanto riguarda il pegno su cose mobili, *“la consegna non sembra rappresentare un elemento essenziale e costitutivo della fattispecie, ma soltanto l'atto materiale prodromico ad una successiva fase della vicenda negoziale, rivestita di un significato più incisivo nell'iter procedimentale che conduce ad attuare in concreto la garanzia del creditore: lo spossessamento del debitore”*¹⁹. Si ritiene che sia sufficiente il solo spossessamento, in quanto l'appropriarsi del bene da parte del creditore non è ritenuto carattere fondamentale della fattispecie.

Possono essere dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili.»

¹⁷ M. Comporti, *Diritti reali in generale*, II edizione, Milano, p. 254.

¹⁸ M. L. Chiarella, *Digesto*, 2022, p.

¹⁹ E. Gabrielli, *Pegno*, in *Digesto it.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione, p. 332.

Il pegno, oltre alle caratteristiche appena esaminate, è indivisibile²⁰ in quanto inerisce al bene seguendolo nelle sue vicende, un elemento caratteristico delle garanzie reali.

Se il bene oggetto di pegno si deteriora e perde il proprio valore, provocando al creditore il timore di non vedere soddisfatto il proprio credito, quest'ultimo potrà chiedere al giudice l'autorizzazione di procedere alla vendita del bene o, in alternativa, il debitore potrà chiedere la restituzione della cosa offrendo altra garanzia ritenuta idonea dal giudice²¹.

In seguito alla vendita, il finanziatore procederà a trattenere le somme necessarie a soddisfacimento della propria pretesa, dovendo poi provvedere alla restituzione dell'eccedenza per non incorrere nel divieto del patto commissorio.

Oltre alla fattispecie di autotutela appena esaminata, è prevista la possibilità dell'estinzione diretta del debito tramite l'assegnazione giudiziale esaminata nell'articolo 2798 del Codice civile in cui è il creditore che domanderà al giudice il “*pagamento fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato*”²².

Il bene soggetto a pegno è di regola infungibile in quanto non è permesso al creditore di poterne disporre come se ne fosse il

²⁰ Articolo 2799 Codice civile: «*Il pegno è indivisibile e garantisce il credito finché questo non è integralmente soddisfatto, anche se il debito o la cosa data in pegno è divisibile*».

²¹ Articolo 2795 Codice Civile.

²² Cass., 4 settembre 1998, n. 87788: «*Allorché il creditore si soddisfi sul pegno, si determina il pagamento del debito e non la compensazione, in quanto il creditore preleva direttamente la somma che il debitore dovrebbe pagargli [...]*».

proprietario, salvo che ciò non sia necessario per la conservazione della cosa o che sia stato dato il consenso dal costituente.

Il pegno “irregolare”²³ viene disciplinato per la prima volta nel Codice civile 1865²⁴ sotto il nome di «*pegno della moneta*» avente ad oggetto denaro o altre cose fungibili.

Nel vigente codice civile, il pegno irregolare viene disciplinato dall’articolo 1851 Codice civile in materia di anticipazione bancaria²⁵, da leggere in combinato disposto con l’articolo 1846 Codice civile²⁶, per cui la denominazione “*irregolare*” si riferisce alla possibilità di costituire pegno anche sopra cose fungibili che non siano stati individuate preliminarmente.

Con la precisazione “*che non siano stati individuate*” si intende alludere ai casi in cui la banca, nella fattispecie in esame di anticipazione bancaria, non provveda a rilasciare un documento che ne identifichi il contenuto o, nella diversa ipotesi in cui i beni vengano individuati, il proprietario abbia conferito alla banca il potere di disporne con un patto da provare per iscritto.

²³ Riv. Dir. Comm., 1960, I, p. 98; Riv. Dir. Comm., 2000, I, p. 112.

²⁴ Articolo 1881 Codice civile 1865: «*Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne è fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno*».

²⁵ Articolo 1851 Codice civile: «*Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti*».

²⁶ Articolo 1846 Codice civile: «*Nell'anticipazione bancaria su pegno di titoli o di merci, la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno, se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesse sono individuate. Il patto contrario deve essere provato per iscritto*».

In questo caso, la proprietà del bene si trasferisce e l'obbligo di restituzione, in caso di adempimento della prestazione, grava sul “*tantundem eiusdem generis et qualitatis*”²⁷. Più precisamente, la banca dovrà restituire solo la somma, o la parte delle merci o dei titoli gravati da pegno, che eccede l'ammontare del credito garantito, in relazione al loro valore, al momento della scadenza del credito garantito²⁸.

L'elenco dei beni su cui costituire pegno irregolare - *titoli, merci, deposito di denari* -, come sancito dall'articolo 1851 Codice Civile, è di carattere tassativo, innanzitutto perché tale previsione viene prevista per garantire alle parti di non incorrere nel divieto del patto commissorio ma, soprattutto, per permettere alle stesse di effettuare un calcolo del valore del bene su cui effettuare la compensazione nei modi stabiliti dalla legge.

Di recente, l'orientamento prevalente in dottrina, tramite diverse sentenze della Corte di Cassazione²⁹, ha affermato il principio per cui, affinché si possa parlare di pegno irregolare, «*vi è la necessità della ricorrenza delle due condizioni*» citate dall'articolo 1851 Codice civile, ossia, più precisamente, “*la mancata individuazione del denaro o dei titoli depositati*” e “*il mancato conferimento alla banca della facoltà di disporre*”. Così facendo, si evidenzia la principale distinzione con il pegno regolare, in cui invece la banca, trattandosi di beni infungibili, non può validamente disporre e dovrà restituire lo stesso bene³⁰.

²⁷ Trad: “*La stessa quantità dello stesso genere e qualità*”.

²⁸ Cass., 24 maggio 2004, n. 10000.

²⁹ Cass., 12 settembre 2011, n. 18597; Cass. 24 maggio 2004, n. 10000

³⁰ Cass., 7 marzo 2018, n. 5481 «*Nel caso in cui il cliente della banca, a garanzia del proprio adempimento, vincoli un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati, anche al portatore, e non conferisca alla banca il potere di disporre del relativo*

I beni costituiti in pegno irregolare divengono di proprietà della banca la quale, alla scadenza, dovrà provvedere alla restituzione non delle stesse cose, essendo beni fungibili e quindi impossibilitata data la loro caratteristica di essere utilizzati e quindi consumati, ma con beni della stessa specie o della stessa quantità o qualità³¹. Per questo si tratta di un'obbligazione di genere, e non di specie, con effetti sia reali sia obbligatori, in cui per effetti obbligatori si allude all'obbligo di restituzione, mentre per effetti reali si vuole fare riferimento a una situazione in cui scaturisce il trasferimento della proprietà, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale. Di conseguenza la banca, al momento della consegna del bene, diviene titolare della proprietà del bene e può validamente disporne³².

Nel caso diverso, invece, in cui il debitore rimanga inadempiente, la soddisfazione del credito si avrà con la compensazione. Nello specifico, nel caso in cui il pegno abbia ad oggetto del denaro, potrà trattenere quanto basta per il soddisfacimento della propria pretesa e dovrà provvedere a restituire il valore eccedente³³. La norma precisa che

diritto, si esula dall'ipotesi del pegno irregolare e si rientra nella disciplina del pegno regolare, in base alla quale la banca non acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, con l'obbligo di riversare il relativo ammontare, ma è tenuta a restituire il titolo e il documento: in tal caso, il creditore assistito da pegno regolare è tenuto a insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 L. Fall., per il soddisfacimento del proprio credito, dovendosi escludere la compensazione, che opera invece nel pegno irregolare come modalità tipica di esercizio della prelazione».

³¹ Cass., 13 aprile 1977, n. 1380; Cass., 24 gennaio 1997, n. 745.

³² Cass., Sez. I, Ord., 31 marzo 2021, n. 8923.

³³ Trib. Sondrio, 4 giugno 2021, n. 197: «*In presenza di contratto di garanzia finanziaria costituita da pegno irregolare assistito da prova certa della costituzione e della data, il creditore ente creditizio, in caso di inadempimento dell'obbligazione principale o di fallimento del debitore che non sia*

l'eccedenza è commisurata al valore del bene o dei titoli oggetto di garanzia al momento della scadenza del credito.

Successivamente, in seguito al d.lgs. n. 170 del 2004, in attuazione della direttiva 2002/47/CE, il pegno irregolare viene qualificato come “*contratto di garanzia finanziaria*”³⁴ in cui si procede in maniera consapevole verso una regolamentazione del trasferimento della proprietà di beni mobili a scopo di garanzia.

Questa è la principale distinzione col divieto del patto commissorio e ragion per cui non trova applicazione l'articolo 2744 Codice civile. Questo divieto opera invece quando si stabilisce «*l'esclusione pattizia della restituzione dell'eccedenza, oppure dalla restituzione in base a una predeterminazione*

persona fisica, osservando le formalità previste nel contratto di garanzia può liberamente procedere alla vendita dei titoli oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito [...] e ritrasferendo solo l'eccedenza rispetto all'ammontare dei crediti garantiti [...]»; Cass., 7 aprile 2016, n. 6760.

³⁴ Articolo 4, Decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170: «*Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:*

a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita;

b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza.».

*del valore»*³⁵. Una predeterminazione del valore, o l'esclusione della clausola di restituire l'eccedenza, sono elementi tipici di un contratto che eluda il divieto di patto commissorio, come già evidenziato dalla Corte di Cassazione nel 2015 con la sentenza n. 1625 riportata precedentemente.

Il creditore del pegno irregolare si trova in una posizione differente in quanto non deve osservare le disposizioni in tema di concorso con altri creditori³⁶.

La disposizione in esame viene inserita correttamente nella sezione IV del capo XVII dedicato ai contratti bancari, dove trova grande applicazione nel pegno di saldo di conto corrente. In questa fattispecie, il debitore vincola le somme a disposizione nel conto corrente bancario che resteranno indisponibili fino all'estinzione del debito. La banca potrà disporre liberamente delle somme depositate essendo divenuta proprietaria, con l'obbligo di restituirne altrettante della stessa quantità.

Definito l'ambito di operatività bancaria, la giurisprudenza ha deciso di estendere la disciplina anche in altri settori civilistici³⁷. Questo è stato reso possibile grazie alla facoltà, e qui vige la differenza con il pegno regolare, per il creditore di disporre del relativo diritto di credito. Più precisamente, è di particolare importanza una sentenza della Cassazione dove si afferma che *«il pegno irregolare si differenzia da quello regolare in quanto le somme di danaro o i titoli depositati presso il creditore diventano di proprietà del medesimo, sicché in caso di inadempimento del debitore, il creditore è tenuto soltanto a*

³⁵ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marziali*, p. 105.

³⁶ Articoli 2796, 2797, 2798 Codice civile.

³⁷ Cass., 16 giugno 2005, n. 12964.

restituire l'eventuale eccedenza dei titoli rispetto alle somme garantite, mentre nel pegno regolare egli ha diritto a soddisfarsi disponendo dei titoli ricevuti in pegno³⁸».

Successivamente, in seguito al d.lgs. n. 170 del 2004, in attuazione della direttiva 2002/47/CE, il pegno irregolare viene qualificato come “*contratto di garanzia finanziaria*”³⁹ in cui si procede in maniera consapevole verso una regolamentazione del trasferimento della proprietà di beni mobili a scopo di garanzia.

La figura appena esaminate propone ampi spunti di riflessione e, soprattutto, permette al creditore di procedere a una autosoddisfazione del proprio credito.

³⁸ Cass., 03 ottobre 2018, n. 24137.

³⁹ Articolo 4, Decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170: «*Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:*

a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita;

b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza».

Particolare rilevanza assume il pegno dei crediti⁴⁰ inteso come patto che viene stipulato con un soggetto terzo, avente ad oggetto beni fungibili, in cui si autorizza il creditore a trattenere il denaro ricevuto in seguito alla riscossione necessaria per soddisfare il suo credito, con l'obbligo del creditore di restituire l'eccedenza al datore del pegno.

A differenza che nel codice del 1865, dove trovava una semplice e rapida definizione nell'articolo 1881⁴¹, nell'attuale codice invece vi si trova una esaustiva definizione. A riguardo, tuttavia, non vi fu una unità di veduta riguardo la sua natura giuridica.

Mentre nella fattispecie del pegno irregolare il creditore pignoratizio diventa proprietario del bene costituito in pegno, con il solito obbligo di restituire l'eccedenza rispetto al suo credito, nella fattispecie in esame «*il creditore pignoratizio non diventa proprietario del credito, ma può soltanto riscuoterlo e versare al debitore l'eventuale eccedenza*»⁴² con la conseguenza che il pagamento effettuato dal terzo ha natura solutoria ed è soggetto all'azione revocatoria fallimentare⁴³.

⁴⁰ Articolo 2803 Codice civile «*Il creditore pignoratizio è tenuto a riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno e, se questo ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore, effettuare il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria. Se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l'assegnazione secondo le norme degli articoli 2797 e 2798*».

⁴¹ Articolo 1881 Codice civile 1865 «*Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne è fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno*».

⁴² Tribunale Cassino, 04 luglio 2002.

⁴³ Articolo 67, comma 2, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 «*Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed*

Altra distinzione va fatta avendo a riguardo alla cessione del credito in garanzia⁴⁴, istituito simile ma che presenta alcune distinzioni fondamentali e la più evidente è che nel pegno dei crediti il creditore pignoratizio non diventa titolare del credito oggetto della garanzia. Inoltre, per la cessione in garanzia può applicarsi l'articolo 2803 Codice civile⁴⁵ riguardo la riscossione del credito, prevedendo il modo in cui il creditore pignoratizio debba procedere.

Tornando ad esaminare il pegno dei crediti, si è voluto stabilire che, qualora il credito garantito ecceda la somma di euro 2,58 si esige “*ad substantiam*” la forma scritta avente data certa da provare ai sensi dell'articolo 2704 Codice civile⁴⁶. Il requisito della forma scritta non

esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento».

⁴⁴ Articolo 1260, comma 1, Codice civile «*Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge*».

⁴⁵ Articolo 2803 Codice civile «*Il creditore pignoratizio è tenuto a riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno e se questo ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore, effettuare il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria. Se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l'assegnazione secondo le norme degli articoli 2797 e 2798*».

⁴⁶ Articolo 2704, comma 1, Codice civile «*La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento*».

è richiesto solo per la valida costituzione della garanzia ma viene richiesta anche «*per la sua efficacia verso terzi*»⁴⁷.

Una volta costituito il pegno, nel caso di inadempimento del debitore, la banca, la quale ha emesso un certificato di deposito, ha due possibilità: la prima è compensare il debito cartolare con il credito costituito in pegno; la seconda consiste nell'incassare il titolo oggetto di pegno in virtù del mandato a favore della banca previsto dalla natura della fattispecie. Inoltre, l'estinzione del credito per compensazione si ha “*ope legis*” con il verificarsi dei presupposti legali.

Nell'istituto in esame, il problema principale riguarda il fatto di considerare l'oggetto del pegno, il titolo di credito, come “*res*” ovvero il diritto in esso corporato. L'orientamento prevalente in dottrina «*è nel primo senso per i titoli di credito diversi dai titoli rappresentativi di merci e quindi riconduce la fattispecie al pegno di cosa mobile, sicché il vincolo reale, ex articolo 1997 Codice civile, non ha effetto se non si attua sul titolo, e se non vengono attuate le formalità richieste dalla natura del titolo e dalla sua legge di circolazione*»⁴⁸.

Tali regole sono state previste nel r.d. 29 marzo 1942, n. 239 all'articolo 3, primo comma, in cui si prevede che si deve procedere ad annotazione sul titolo per quanto riguarda i vincoli reali sopra i titoli azionari⁴⁹.

⁴⁷ E. Gabrielli, in *Pegno*, Digesto. It, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione, p. 337.

⁴⁸ E. Gabrielli, *Pegno*, in *Digesto it.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione, p. 336.

⁴⁹ R.D. 29 marzo 1942, n. 239, articolo 3, comma 1, «*i vincoli reali sui titoli azionari si costituiscono mediante annotazione, a cura della società emittente, sul titolo e nel libro dei soci*».

Altro istituto che merita attenzione è il pegno non possessorio che trova disciplina nell'articolo 1 d.l. 3 maggio 2016, n. 59 “*Decreto banche*” e nel successivo articolo 11 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 55⁵⁰. Nonostante ciò, la dottrina ha chiarito che le

⁵⁰ Articolo 11, legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 «1. *Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, per la disciplina del sistema delle garanzie reali mobiliari, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:*

a) regolamentare una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione;

b) regolamentare forme, contenuto, requisiti ed effetti dell'iscrizione nel registro informatizzato, direttamente accessibile per via telematica secondo modalità che salvaguardino la protezione dei dati, al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, nonché la regolazione del concorso conseguente all'eventualità di plurime annotazioni; subordinare le operazioni di consultazione, iscrizione, modifica, annotazione e rinnovo al pagamento di un importo in denaro, determinato anche in via regolamentare, in modo da assicurare la copertura delle spese di gestione del registro;

c) stabilire che, salvo diverso accordo delle parti, il soggetto costituente la garanzia abbia la facoltà di utilizzare, nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza e in ogni caso nel rispetto della destinazione economica, i beni oggetto di garanzia, anche nell'esercizio della propria attività economica, estendendo in tale caso la prelazione dai beni originari a quelli che risulteranno all'esito degli atti di disposizione, senza effetto novativo per la garanzia originariamente concessa, fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso del costituente;

d) consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera

disposizioni contenute sono «sciatte, incomprensibili, approssimative, elaborate in modo maldestro e goffo»⁵¹.

Detta fattispecie venne introdotta in seguito al rapporto della Banca Mondiale “*Doing business 2016*”⁵² in cui questa «collocava il nostro Paese al 97° posto tra le 189 economie considerate, segnando la debolezza del quadro normativo»⁵³. Questo rendeva la nostra economia agli occhi degli investitori non interessante e non competitiva, come un mercato su cui non investire e quindi si cercò con tale decreto di renderla più concorrenziale offrendo un quadro più ampio delle garanzie.

In una prima analisi dell'intervento in materia emerge come si potesse istituire tale pegno solamente sopra beni determinati nel genere, permettendo al creditore di vendere il bene gravato di garanzia con un trasferimento automatico del diritto di prelazione

oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito;

e) prevedere forme di pubblicità e di controllo giurisdizionale dell'esecuzione stragiudiziale di cui alla lettera d), regolare i rapporti tra la stessa e le procedure esecutive forzate e concorsuali, adottare misure di protezione del debitore consumatore, nonché forme di tutela dei terzi che abbiano contrattato con il debitore non spossessato ovvero abbiano acquistato in buona fede diritti sul bene mobile oggetto del pegno, curando in ogni caso il coordinamento della nuova disciplina con le disposizioni normative vigenti».

⁵¹ E. Gabrielli, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1715.

⁵² World Bank. 2016. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-0667-4. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.

⁵³ E. Brodi, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza*, in Banca d'Italia, n. 356, settembre 2016, p. 9.

sul corrispettivo. Successivamente, prevalse l'idea della possibilità di apporre la garanzia in essere anche su beni mobili determinati⁵⁴.

Il c.d. Decreto banche⁵⁵ istituì una forma di pegno non possessorio costituito mediante iscrizione in un registro nazionale che avesse ad oggetto i beni mobili e crediti aventi riguardo l'attività d'impresa. Risulta possibile costituire in garanzia non solo i beni del capitale fisso, inteso i capitali che vedranno un ricavo che vada oltre l'anno economico in essere, bensì *«anche le materie prime e le merci acquistate per il funzionamento del ciclo produttivo»*⁵⁶.

Come viene evidenziato già nel primo articolo della normativa in esame, possono accedere alla garanzia solo *«gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese»*. Se, dunque, per quanto riguarda il debitore esso debba necessariamente essere un soggetto qualificato, il legislatore ha ritenuto di non prevedere requisito specifico per il finanziatore.

Per quanto riguarda, invece, l'oggetto di garanzia deve trattarsi di *«un bene mobile, con esclusione dei mobili registrati, anche immateriale, destinato all'esercizio dell'impresa ovvero di un credito derivante da, o inerente a, tale esercizio. I beni possono essere presenti ovvero anche futuri, determinati o soltanto*

⁵⁴ A. Chianale, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, n.4, p. 951 ss.

⁵⁵ Articolo 1, comma 1, decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 *«Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti loro concessi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa»*.

⁵⁶ S. Ambrosini, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, p. 4.

determinabili anche mediante il riferimento a una categoria merceologica ovvero a un valore complessivo»⁵⁷.

Il contratto costitutivo del pegno non possessorio deve essere sottoscritto dalle parti a pena di nullità, con l'indicazione del creditore, debitore e di un eventuale terzo che concede il proprio bene in garanzia⁵⁸. Elemento in comune con le altre garanzie esaminate precedentemente è l'indicazione dell'importo massimo garantito con l'obbligo per il creditore di restituire il valore eccedente il soddisfacimento della propria pretesa per non incorrere nel divieto del patto commissorio.

La legge ha previsto diverse modalità di escussione in autotutela per il creditore: la prima opera quando il creditore segua la strada della vendita del bene oggetto di garanzia, vendita che non segue le ordinarie regole ma gode di una maggior flessibilità in quanto viene fatta direttamente dal creditore senza dover passare per una fase giudiziale. La vendita, tuttavia, deve essere preceduta da una stima del bene da parte di esperti⁵⁹. L'indicazione del perito può aversi nel contratto costitutivo del pegno o, solo in assenza di accordo tra le parti, viene designato dal giudice. A

⁵⁷ C. Abatangelo, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, I, gennaio 2017, p. 24.

⁵⁸ Articolo 1, comma 3, decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 «*Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito*».

⁵⁹ Articolo 1, comma 7, let. a, decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 «*alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza [..]*».

riguardo, l'articolo 1, comma 7, lett. a, del d.l. n. 59 del 2016⁶⁰ prevede le modalità di vendita del bene.

La seconda modalità riguarda, invece, l'apprensione fisica e materiale del bene oggetto di garanzia facendo affidamento all'ordinaria espropriazione mobiliare.

Si è descritto precedentemente come il pegno non possessorio possa essere costituito anche a garanzia di crediti inerenti l'esercizio dell'impresa, crediti che possono essere già sorti o futuri, purché siano determinati o determinabili dalle parti. In ragione di questo, viene riconosciuta come applicabile la clausola “*omnibus*” che trova fondamento in una sentenza della Cassazione riguardo alla possibilità di istituire garanzia riguardo a crediti futuri e imprevedibili⁶¹.

Il pegno non possessorio è di sua natura un pegno rotativo in quanto il debitore è autorizzato a *«trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno»*⁶².

⁶⁰ Art. 1, comma 7, lett. a, d.l. n. 59 2016 *«tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati [...] assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati»*.

⁶¹ Cass., 31 agosto 1984, n. 4738 *«La fideiussione, genericamente prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni del debitore principale, ivi comprese quelle future ed eventuali non ancora venute ad esistenza al momento del rilascio della garanzia, non può ritenersi affetta da nullità, per difetto del requisito della determinabilità del suo oggetto, tenuto conto che nel negozio fideiussorio, non presupponente l'attualità dei debiti garantiti, il suddetto requisito resta soddisfatto dalla predisposizione di criteri che rendano individuabili i debiti garantiti, come quello del riferimento agli obblighi derivanti da operazioni incluse nell'ambito della attività bancaria del creditore garantito»*.

⁶² M. Campobasso, in *Il pegno non possessorio*, «Pegno», *ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 1 maggio 2018, p. 714.

Tuttavia, è permesso alle parti di rinunciare alla rotatività tramite espressa previsione con l'apposizione di una clausola.

2.1. *L'ipoteca sui beni immobili: un confronto con il patto marciano bancario.*

Altro istituto civilistico che merita particolare attenzione e che presenta alcune caratteristiche in comune con il patto marciano è l'ipoteca⁶³. Si tratta di un istituto che permette al creditore di espropriare i beni oggetti della garanzia con il privilegio di essere soddisfatto con preferenza rispetto ad altri creditori e di ritenersi il ricavo come soddisfacimento della propria pretesa. Ad oggetto della garanzia possono essere posti i beni immobili, i beni mobili registrati, i diritti reali di godimenti e le rendite dello Stato.

Varie sono le fonti di ipoteca che il nostro ordinamento prevede e che ha regolamentato e, per la precisione, si tratta di ipoteca a fonte legale, giudiziale e volontaria.

Merita particolare attenzione confrontare l'istituto dell'ipoteca con il finanziamento sospensivamente condizionato, il c.d. patto marciano bancario, che viene disciplinato nel comma quarto dell'articolo 48 *bis* Testo unico bancario⁶⁴. Più precisamente, viene descritta la situazione in cui ad un finanziamento già garantito precedentemente con una ipoteca validamente trascritta, si aggiunga come successiva garanzia il

⁶³ Articolo 2810, comma 1, lett. a, Codice civile «*sono capaci d'ipoteca i beni immobili che sono in commercio con le loro pertinenze*».

⁶⁴ Articolo 48 bis, comma 4, Testo unico bancario «*[...]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[...]*».

trasferimento sospensivamente condizionato. Si prevede che questa seconda trascrizione, rispetto alla prima iscrizione ipotecaria, prevalga sulle iscrizioni e trascrizioni eseguite in un momento successivo come, ad esempio, il come pegno o la cessione del credito. Viene quindi riconosciuta una sorta di «*efficacia prenotativa*»⁶⁵ all'ipoteca che sia stata validamente trascritta, presupponendo una non contestualità tra l'iscrizione ipotecaria e la previsione del patto marciano.

Partendo dal presupposto che, da un punto di vista giuridico, la cumulabilità tra ipoteca e patto marciano sembra trovare fondamento, merita attenzione piuttosto la diversa scelta che spetta al creditore dinanzi a una concessione del prestito. Infatti, da un punto di vista di quest'ultimo, risulta più vantaggioso avere un contratto di finanziamento che sia garantito da entrambi gli istituti. Siffatta motivazione è da rinvenire nei diversi presupposti richiesti per l'escussione dell'ipoteca e per il patto marciano bancario: mentre per la prima l'avverarsi degli effetti è da ricollegare a un evento stabilito dalle parti di comune accordo – come, ad esempio, il mancato pagamento di una delle rate da parte del debitore, il recesso, la risoluzione –; affinché possano, invece, prodursi gli effetti del patto marciano bancario deve ricorrere necessariamente un'ipotesi di inadempimento “qualificato”⁶⁶. Il principale vantaggio a favore del creditore è la possibilità di soddisfarsi sul bene ipotecato in un momento anteriore rispetto alla data in cui, invece, il patto marciano bancario diverrebbe efficace.

⁶⁵ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 549.

⁶⁶ D. Mari, in *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis tub*, in *Rivista del Notariato*, Fascicolo VI, 2016, pp. 1111 ss.

Tuttavia, il nuovo articolo 48 *bis* T.U.B. disciplina un trasferimento vero e proprio rendendo così non necessario il ricorrere all'ipoteca, in quanto la funzione di pubblicità viene già ricoperta dalla trascrizione⁶⁷. Di quanto appena detto si trova conferma nel comma tredici *bis*, articolo 48 *bis* T.U.B., prevedendo che “*ai fini del concorso tra creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma primo, è equiparato all'ipoteca*”.

Ritornando all'ipoteca, una volta verificatosi l'evento che determina la causa di vendita del bene oggetto di garanzia, bisogna rispettare alcune regole e in particolare l'articolo 586 Codice di procedura civile prevede «[...] *il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto [...]*». Il riferimento al giusto prezzo è da considerarsi alla stregua della comparazione tra il dato costituente il prezzo concretamente realizzato con la vendita e quello che verrebbe conseguito nella procedura di vendita senza alcuna interferenza, non avendo alcun rilievo invece il prezzo di mercato⁶⁸.

L'ipoteca viene disciplinata anche nel Testo Unico Bancario nell'articolo 39⁶⁹ in cui si stabilisce il funzionamento della garanzia nei confronti dei contratti bancari ed eventuali deroghe rispetto alla disciplina codicistica, il quale però riguarda esclusivamente il credito fondiario e non ogni prestito garantito da ipoteca.

Il principale vantaggio concesso alle banche è previsto dalla possibilità di eleggere domicilio presso la propria sede in deroga alla disciplina prevista dall'articolo 2839 Codice civile in cui, invece, si prevede

⁶⁷ S. Campolattaro, in *Fenomenologia del patto mariano tra tipicità e atipicità*, in *Rivista del Notariato*, Fascicolo 3, 1 giugno 2017, pp. 591 ss.

⁶⁸ Cfr. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1612; Cass., 18 aprile 2003, n. 6269.

⁶⁹ L'articolo in questione si applica solamente verso le operazioni di credito fondiario gravate su ipoteca, non per ogni prestito bancario.

l'elezione di domicilio del creditore nella circoscrizione in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari. Altra deroga è invece prevista a vantaggio del soggetto finanziato⁷⁰ in quanto la norma prevede la possibilità di ottenere la riduzione dell'ipoteca iscritta in seguito al pagamento di un quinto del debito originario. Inoltre, si prevede la parziale liberazione di uno o più immobili quando ciò sia possibile, e quindi quando *«risulti che i restanti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi del precedente articolo 38»*⁷¹.

Riveste particolare importanza la possibilità della parziale liberazione di beni soggetti a ipoteca qualora vi siano restanti garanzie fornite da altri beni sottoposti alla medesima garanzia. Tale orientamento fu confermato anche dal Tribunale Ancona-Jesi⁷² nel 2011 in cui venne sollevata questione riguardo alla possibilità di ridurre parzialmente l'ipoteca posta a garanzia dell'adempimento del mutuo fondiario.

La norma del Testo unico bancario vale esclusivamente nei confronti dell'ipoteca volontaria, non potendo applicare tale disciplina anche nei confronti dei finanziamenti garantiti da ipoteche legali e giudiziali, per le quali invece continuano a valere le disposizioni dettate dal Codice civile.

⁷⁰ Articolo 39, comma 5, Testo unico bancario *«I debitori, ogni volta che abbiano estinto la quinta parte del debito originario, hanno diritto a una riduzione proporzionale della somma iscritta [...]»*.

⁷¹ F. Capriglione, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, IV edizione, p. 437.

⁷² Trib. Ancona-Jesi, 16 luglio 2011 *«[...] il debitore ha diritto alla riduzione dell'ipoteca in tutti quei casi in cui vi sia stata un'estinzione parziale del debitore e questo risulti sufficientemente garantito dai restanti beni che rimangono gravati dall'ipoteca [...]»*.

Ulteriore scostamento rispetto alla disciplina codicistica è da rilevare nella facoltà data di richiedere la riduzione dell'ipoteca. Nell'occasione, viene precisato come tale facoltà spetti esclusivamente al debitore, laddove il codice civile *«sembra estenderla anche al terzo acquirente e ai creditori posteriormente iscritti»*⁷³.

Merita una precisazione l'istituto dell'ipoteca gravante sui beni immobili in quanto sono suscettibili di incrementi di valore nel corso della durata della garanzia. Per questa ragione bisogna tenere conto di un elemento caratterizzante come il valore capitale, inteso quale *«prezzo che il mercato è disposto a pagare per il suo trasferimento, tenendo conto della durata del diritto acquistato, ed il valore d'uso, correlato alla diretta utilizzazione del bene ed alla sua capacità di produrre frutti naturali o civili»*⁷⁴. Peraltro, vi sono possono essere casi in cui venga concesso a garanzia un bene immobile ma non avendo a riguardo del suo valore di mercato, bensì sulla sola ed effettiva percezione dei frutti. Si tratta dell'istituto dell'anticresi e viene disciplinato dall'articolo 1960 Codice civile in cui si prevede che *«l'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché ne percepisca i frutti [...]»*. Un contratto consensuale che richiede la forma scritta e nel quale i frutti percepiti sono destinati ad estinguere il debito posto a garanzia. Istituto criticato dalla dottrina, e soprattutto dagli economisti, in quanto l'effettivo trasferimento dell'immobile non permette un suo effettivo miglioramento.

Il nostro ordinamento classifica l'ipoteca come causa legittima di prelazione raggruppandola insieme ad altre garanzie con contenuto diverso e qui vi sorge il problema di confrontare eventuali contrasti che

⁷³ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 438.

⁷⁴ A. Chianale, *I diritti reali: l'ipoteca*, II ed., p. 9.

potrebbero sorgere tra le varie iscrizioni apposite sul medesimo bene. Il conflitto presuppone «*sempre un concorso di più crediti ammessi a partecipare alla ripartizione del prezzo ricavato dalla cosa*»⁷⁵ con la conseguenza che possiamo considerare un vero e proprio conflitto solo quando un credito privilegiato concorra con altri crediti privilegiati o siano muniti di un altro diritto di prelazione come, ad esempio, il pegno.

Conclusa la trattazione del confronto con gli altri istituti civilistici e della trattazione di concorso con altri creditori, merita uno sguardo la correlazione con il divieto del patto commissorio.

Ormai possiamo definire acquisito nell'ordinamento il principio del divieto del patto commissorio sorto sia autonomamente sia come accessorio a pegno e ipoteca. Il dispositivo dell'articolo 1963 Codice civile, difatti, conviene la nullità di qualunque patto che prevede il trasferimento dell'immobile nel caso di inadempimento del debitore. Tuttavia, la giurisprudenza non ha sempre avuto questa linea di pensiero in quanto nel vecchio, e ormai non più in vigore, Codice civile del 1865 si riconosceva la legittimità del patto commissorio annesso alla garanzia ipotecaria⁷⁶ in quanto, in tema di mutuo ipotecario, il debitore perdeva il possesso materiale della cosa⁷⁷. La successiva dottrina, tuttavia, non seguì questo orientamento ma aveva sostenuto l'esatto contrario considerando come vincolante il divieto del patto commissorio anche in riferimento a questi diritti di garanzia. Nella vigente disciplina, difatti,

⁷⁵ Tratt. Dir. Civ., Vol. XIV, tomo 1°, in *I privilegi*, p. 163.

⁷⁶ Cass., 28 luglio 1923, n. 935.

⁷⁷ Disciplina che fu influenzata dalla dottrina francese.

è ormai acquisita la nozione per cui il divieto, e di conseguenza la nullità, è operante indipendentemente dalla garanzia a cui si fa riferimento ma anche dal momento scelto dalle parti in cui asserirlo, travolgendo anche figure tipiche e lecite ma che mirano ad aggirare tale divieto; orientamento rafforzato successivamente anche da sentenze della Corte di cassazione⁷⁸.

3. *Il prestito vitalizio ipotecario.*

Gli elementi in comune tra il prestito vitalizio ipotecario e il patto marciano bancario che meritano particolare attenzione si rinvengono nella parte in cui si prevede la possibilità di procedere alla vendita del bene oggetto di garanzia senza l'onere di ricorrere al giudice per farsi autorizzare apponendo, tuttavia, dei limiti che la banca dovrà rispettare per non creare troppi pregiudizi agli eredi, doveri che verranno esaminati nelle pagine successive.

La legge 2 aprile 2015, n. 44 ha introdotto nel decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 all'articolo 11 quaterdecies⁷⁹, una disciplina più dettagliata del prestito vitalizio ipotecario. Disciplina che venne precisata anche dal regolamento attuativo decr. MISE 22 dicembre 2015, n. 226.

⁷⁸ Cass., 1 febbraio 1974, n. 282.

⁷⁹ D. l. 30 settembre 2005, n. 203, articolo 11 quaterdecies, comma 12 «*il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari [...], di finanziamenti a medio e lungo termine, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore [...]*».

Come si evince, si tratta di un istituto che era già regolamentato nel 2005, con il decreto legge n. 203, in cui si prevedeva la concessione di finanziamenti a medio e a lungo termine che fossero garantiti da ipoteca su immobili adibiti a residenza e destinato a persone con età superiore ai sessantacinque anni.

Tuttavia, non trovava una specifica e chiara regolamentazione e fu per questo motivo che si decise di intervenire in materia per offrire una forma di finanziamento a soggetti che ricoprissero certi requisiti soggettivi. Un prestito che poteva essere chiesto, a titolo esemplificativo, per supportare i figli o per l'estinzione di debiti pregressi.

Nello specifico, si tratta di monetizzare *«parte del valore illiquido rappresentato da immobili di loro proprietà attraverso il ricorso al credito bancario e l'utilizzo della sola proprietà a scopo di garanzia»*⁸⁰. Il contratto in questione, quindi, possiamo riferirlo senz'altro in una *«strategia di smobilizzazione della ricchezza mobiliare»*⁸¹ in ragione della previsione di continuare a possedere l'immobile e di godere dei vantaggi del finanziamento ottenuto.

Questa nuova possibilità dovrebbe costituire anche una valida alternativa alla vendita della nuda proprietà immobiliare, evento che negli anni antecedenti alla riforma aveva avuto un grande impatto nel mercato italiano come rimedio alla crisi immobiliare. Tale dato è emerso anche dall'indagine condotta da Confabitare nel 2014 in cui *«si è registrato un aumento del 20% della vendita di immobili in nuda proprietà*

⁸⁰ Il Corriere giuridico, 8-9, 2018, p. 1118.

⁸¹ A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 4, p. 717 ss.

*rispetto all'anno precedente*⁸². Alla stregua delle motivazioni sottolineate, per offrire maggior tutela agli anziani si è deciso di intervenire in materia con questa nuova previsione di finanziamento.

In una prima analisi, la nuova figura contrattuale tratta una forma di erogazione di denaro diretta a persone ultrasessantenni, la c.d. “terza età”, che richiedono un finanziamento per un importo che viene commisurato alla propria età ed al valore dell'immobile residenziale oggetto di ipoteca in cui, per immobile residenziale, si fa riferimento a un immobile *«avente come destinazione d'uso la civile abitazione»*⁸³.

In relazione al valore dell'immobile occorre tenere presente l'articolo 38, comma secondo, Testo Unico Bancario che fa riferimento all'ammontare massimo dei finanziamenti *«individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da realizzare sugli stessi»*⁸⁴ in relazione al credito fondiario, credito che ha per oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine che siano garantiti da ipoteca su immobili di primo grado. A tal riguardo, la delibera del C.I.C.R. del 22 aprile 1995⁸⁵ ha fissato il limite massimo per un finanziamento pari all'80% del valore del bene oggetto di ipoteca. La normativa non pone un limite all'ammontare del finanziamento da concedere lasciando alle parti, e con particolare riguardo al finanziatore, la libertà contrattuale. Un rischio che l'erogatrice del prestito deve tenere conto è il “*cross-over*” ossia *«il rischio da*

⁸² E. Capobianco, *Contratti bancari*, p. 1590.

⁸³ G. Visconti, in *Immobili e proprietà*, 10/2020, p. 574.

⁸⁴ M. Robles, in *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 6, 2018, p. 1598.

⁸⁵ Com. Interm. Cred. Resp., 22 aprile 1995: *«L'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi [...]»*.

sovraesposizione debitoria che si verifica quando il debito accumulato abbia superato il valore del bene concesso in garanzia»⁸⁶.

In riferimento alla nozione di “*finanziatore*”, il legislatore ha voluto eliminare il riferimento alle “*aziende ed istituti di credito*” delimitando l’ambito di operatività alle sole banche e agli altri intermediari finanziari previsti dall’articolo 106 Testo Unico Bancario. Tali soggetti devono a loro volta essere iscritti in appositi albi e sottoposti a vigilanza a tutela della parte debole del contratto che potrà agire per ottenere tutela e la nullità delle clausole abusive⁸⁷.

Quanto invece al “*soggetto finanziato*” abbiamo visto come una delle principali novità è stata quella di abbassare l’età minima a sessanta anni. Non è invece stata prevista una età massima dato che la previsione della durata del contratto si base sulla vita della persona finanziata. È stata invece prevista e regolata la durata minima del contratto ed è ravvisabile, tramite rinvio agli articoli 15 ss. del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, nella durata minima di diciotto mesi.

L’ipoteca non è solo una tipica forma di garanzia, ma in questo caso rappresenta un requisito essenziale in quanto si richiede che debba essere di primo grado, che sia concessa contestualmente alla stipula del finanziamento e che non possa essere trascritta sopra più immobili di proprietà.

Di particolare rilevanza l’articolo 2, comma 7, del decreto attuativo⁸⁸ in cui si prevede l’onere di sottoscrizione anche del

⁸⁶ G. C. Platania, in *Immobili e proprietà*, n. 5, 1 maggio 2017, p. 306.

⁸⁷ Cfr. Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 1104.

⁸⁸ Reg. att. Decr. MISE 22 dicembre 2015, n. 226 art. 2, comma 7 «*Nel caso in cui il soggetto finanziato, al momento della stipula del finanziamento, risulta coniugato,*

coniuge ovvero convivente *more uxorio* da almeno un quinquennio che convive nell'immobile adibito a garanzia. Detto termine è da provare tramite un certificato di residenza storico, purché i requisiti anagrafici e la destinazione dell'immobile da ipotecare siano rispettati da entrambi. In questo caso di prestito concesso a più persone, il rimborso integrale verrà richiesto alla morte del più longevo dei soggetti garantiti.

Inoltre, importante novità introdotta fu quella di permettere al finanziato di non perdere la proprietà del bene ma di continuare ad utilizzarlo e, per gli eredi, una duplice possibilità di estinzione del debito. La prima pratica di estinzione è prevista nella possibilità di ricorrere alla vendita del bene per mezzo della banca o di procedere alla vendita del bene per mezzo degli eredi di comune accordo con il finanziatore. Ulteriore mezzo di restituzione è invece rappresentato dalla diversa opzione per gli eredi di restare proprietari del bene e di procedere a rimborsare l'intero debito al creditore.

Si tratta di una innovazione per cercare di importare in Italia il c.d. “*reverse mortgage*”, letteralmente “*mutuo al contrario*”, di origine anglosassone. Oggi il *mortgage* è una forma di garanzia senza spossessamento che si differenzia principalmente con l'ipoteca per la possibilità di evitare il ricorso alla fase esecutiva. Si caratterizza sostanzialmente per avere ad oggetto esclusivamente l'acquisto o la ristrutturazione di beni immobili⁸⁹. Istituto che, invece, negli Stati Uniti

ovvero convivente more uxorio da almeno un quinquennio documentato attraverso la presentazione di un certificato di residenza storico, e nell'immobile posto a garanzia risiedano entrambi i coniugi o conviventi more uxorio, il contratto deve essere sottoscritto da entrambi anche se l'immobile è di proprietà di uno solo di essi, purché i requisiti di età previsti dall'articolo 11-quaterdecies, comma 12, della legge siano posseduti da entrambi i sottoscrittori».

⁸⁹ G. O. Mannella, G. C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, p. 23.

consente a un individuo di «convertire in liquidità tutta o una parte della propria ricchezza finanziaria»⁹⁰ per soddisfare i propri bisogni.

Tornando al caso in esame, è inoltre disciplinata la previsione della clausola del rimborso unico ed intero alla morte del soggetto finanziato. Proprio questa esplicita previsione caratterizza l'istituto e lo differenzia dagli altri finanziamenti, portando alla conseguenza di considerarlo e inserirlo nella diversa categoria “*altri finanziamenti*” piuttosto che nella categoria dei “*mutui*”, in cui invece vi è prevista la restituzione rateale del rimborso.

Esso non è solamente contraddistinto dal vincolo di durata del finanziamento, ma soprattutto «*dall'affidamento sul pagamento da parte degli eredi o sul solo valore di realizzo dell'immobile*»⁹¹. Difatti, dal momento della morte del soggetto finanziato comincia a decorrere un termine di dodici mesi per gli eredi in cui devono provvedere alla restituzione integrale dell'importo dovuto, pena la perdita della proprietà dell'immobile posto a garanzia.

Tale termine di dodici mesi decorre anche nei casi di alienazione del bene o in presenza di eventi pregiudizievoli, come dolo o colpa grave, che portano a una consequenziale diminuzione del valore di mercato del bene. Queste ipotesi vengono disciplinate nell'articolo 3 del regolamento attuativo in cui vengono portate le diverse motivazioni⁹² e una di queste fa riferimento al connotato

⁹⁰ G. Settani, M. Ruggi, *Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il diritto dell'economia*, anno 66, n. 103, p. 464.

⁹¹ Trib. Roma, 13 luglio 2017.

⁹² Reg. att. Decr. MISE 22 dicembre 2015, n. 226 art. 3, lett. c «*qualora siano imputabili al soggetto finanziato, o a terzi datori d'ipoteca, atti compiuti con dolo o colpa grave che riducano significativamente il valore dell'immobile*».

della residenzialità, motivo per cui viene considerato pregiudizievole il fatto che altri soggetti ne prendano residenza⁹³.

Nel caso in cui tale termine decorre e non viene adempiuto l'obbligo di pagamento, la banca procede alla vendita dell'immobile in relazione al valore affidatogli dalla perizia da parte di un esperto in deroga alle regole civilistiche della normale procedura esecutiva immobiliare in danno del debitore insolvente. La vera garanzia posta a fondamento dell'istituto non è quindi l'ipoteca, quanto piuttosto una vera e propria possibilità di procedere alla vendita senza la necessità di ricorrere al giudice per farsi autorizzare. Tuttavia, il legislatore per ovviare a queste previsioni ha espressamente statuito dei limiti che la banca, al momento della vendita, deve rispettare per non danneggiare troppo gli eredi o, nel caso diverso dalla morte del finanziato, lo stesso destinatario del finanziamento. Difatti, le previsioni di procedura di stima del valore di mercato effettuato da un terzo, l'effetto esdebitativo e l'onere di restituire l'eccedenza costituiscono una tutela rafforzata verso il debitore ravvisabile nel *«patto marciano, le quali permettono di non ritenere sussistente alcuna violazione del divieto del patto commissorio di cui all'articolo 2744 Codice civile»*⁹⁴.

In seguita alla vendita e alla riscossione della propria pretesa considerata per capitale, interessi e spese, il finanziatore è tenuto a restituire l'eventuale eccedenza agli eredi. Il fatto che il debito residuo non possa superare il valore dell'immobile, elemento caratterizzante che va

⁹³ Reg. att. Decr. MISE 22 dicembre 2015, n. 226 art. 3 *«salvo quanto previsto diversamente nel contratto, nel caso in cui è concesso un godimento d'usufrutto, d'uso, di abitazione o un diritto di superficie in relazione all'immobile [...]»*.

⁹⁴ Il Corriere giuridico, 8-9, 2018 p. 1119.

sotto il nome di esdebitazione, è un elemento tipico delle operazioni di finanziamento in esame.

La normativa delinea un sottotipo di pattuizione marciata in cui si offre al titolare del bene, o in questo caso ai suoi eredi, tutele orientate al soddisfacimento del credito senza effetti pregiudizievoli. A ragione di ciò, si prevede che l'importo del debito non possa per ogni ragione superare il ricavato dalla vendita del bene oggetto di garanzia, al netto delle spese, per evitare che gli eredi si trovino a pagare una somma superiore al valore di mercato.

Inoltre, non ricorre una vera alienazione in garanzia in quanto alla banca non è permesso acquistare la proprietà dell'immobile. La legge, difatti, gli *«attribuisce soltanto il potere di venderlo per soddisfarsi sul ricavato e di restituire l'eccedenza agli aventi diritto»*⁹⁵.

Tuttavia, la durata incerta del contratto e la capitalizzazione annuale degli interessi sono, secondo una parte degli autori, caratteristiche tipiche di un contratto aleatorio in quanto non permettono allo stipulatore di conoscere l'entità dei vantaggi e degli svantaggi che derivano dal contratto. Diversamente, altri Autori hanno stabilito come *«la prestazione a carico del soggetto finanziatore è certa e predeterminata, mentre la prestazione del soggetto obbligato è determinabile [...] e garantita da ipoteca»*⁹⁶. Difatti l'ipoteca, oltre a operare come garanzia reale del finanziamento, agisce anche come elemento essenziale e come valore economico affidatogli dal perito a cui fare riferimento in sede di valutazione del valore di mercato nella fase di vendita del bene.

⁹⁵ M. Confortini, *op. cit.*, p. 1076.

⁹⁶ Farace, *Prestito vitalizio ipotecario*, in Enc. Giur. Treccani, 2006, p. 3.

Uno degli aspetti che ha creato maggior dibattito in dottrina è rappresentato dalla previsione per la banca di procedere a capitalizzare in maniera annuale gli interessi. La critica viene mossa partendo dall'istituto dell'anatocismo, pratica diffusa maggiormente nei contratti di conto corrente bancario e chiaramente in contrasto con l'articolo 1283 Codice civile. L'anatocismo, in sostanza, consiste nel «*sommare gli interessi già maturati al capitale e calcolare sulla somma così ottenuta ulteriori interessi [...]»*⁹⁷ ma si ritiene venga giustificata in relazione alla natura “*ibrida*” del finanziamento.

Possiamo considerare concluso l'esame degli istituti civilistici collegati al trasferimento sospensivamente condizionato e procedere a una dettagliata analisi dell'introduzione del patto marciano bancario nel nostro ordinamento. Nel corso del successivo paragrafo verrà trattato con particolare attenzione anche la disciplina della *par condicio creditorum* nel particolare rapporto con la legge fallimentare e la distinzione con il divieto del patto commissorio, evidenziando le varie sentenze in cui si cerca di stabilire dei criteri utili volti alla distinzione tra il divieto del patto commissorio e del patto marciano; infine, per concludere, verranno proposte alcune delle teorie degli Autori per cercare di mitigare questo divieto imposto dalla norma.

⁹⁷ A. Iuliani, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4, 1 luglio 2016, p. 735.

CAPITOLO II

IL TRASFERIMENTO SOSPENSIVAMENTE CONDIZIONATO E CONTRASTO CON IL PATTO COMMISSORIO

1. *Introduzione all'istituto*

Il patto marciano bancario viene disciplinato tramite il d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119), dall'articolo 2⁹⁸ in cui si prevede e si regola il trasferimento di beni immobili effettuati a scopo di garanzia dei finanziamenti conclusi fra una banca, o un intermediario finanziario abilitato ai sensi dell'articolo 106 Testo Unico Bancario⁹⁹, e l'imprenditore.

L'inserimento della clausola marciana comporta la facoltà per il creditore, ossia il soggetto finanziatore, di attivare un procedimento che, in seguito all'eventuale inadempimento del debitore, porterà alla stima del bene da parte di un terzo esperto con la successiva possibilità per la banca

⁹⁸ Articolo 2 d.l. 3 maggio 2016, n. 59 «*Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico può essere garantito dal trasferimento, 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, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5 [...]*».

⁹⁹ Articolo 106 comma 1 Testo Unico Bancario «*L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia*».

di potersi soddisfare in relazione al proprio credito senza la necessità di avviare un'azione esecutiva. L'articolo 48 bis T.U.B. ha, quindi, come obiettivo principale quello di ottimizzare i tempi di recupero dei crediti bancari prevedendo un sistema di autotutela per il creditore che gli garantisca sicurezza e rapidità nel recupero del finanziamento concesso.

Si intende sottolineare come alcuni dei principali motivi che hanno confermato la necessità di ulteriori forme di garanzia nella materia furono il rapporto della World Bank “*Doing Business 2020*” e il documento dell’Unione Europea “*UE Justice Scoreboard 2022*”, in cui venne evidenziato come l’Italia sia dotata di un sistema giudiziario di risoluzione delle controversie civili e commerciali tra le meno efficienti e rapide in Europa. Nel documento della “*World Bank*” si esaminano i diversi apparati normativi mostrando come una scarsa regolamentazione in materia vada ad influire negativamente sulle piccole e sulle medie imprese. Nello specifico, l’elaborato in questione prende come parametro di riferimento l’ “*enforcing contracts*”¹⁰⁰ sancito come “*time and cost to resolve a commercial dispute and the quality of judicial processes for men and women*”¹⁰¹, ossia l’adeguatezza del sistema per risolvere le controversie commerciali. A seguito dell’indagine, l’Italia venne classificata alla 122^a posizione su 190 Paesi esaminati, dimostrando e confermando una tale inefficienza in materia. Viene precisato, inoltre, come affinché si possa arrivare a una esecuzione della sentenza siano

¹⁰⁰ Trad. «*esecuzione dei contratti*».

¹⁰¹ Trad. «*tempi e costi per risolvere una disputa commerciale e la qualità dei processi giudiziari per uomini e donne*», in World Bank. 2020. *Doing Business 2020*. Washington, DC: World Bank. DOI:10.1596/978-1-4648-1440-2.

necessari in media 1.120 giorni con un costo del giudizio pari al 27.6% del valore della causa¹⁰².

Il secondo documento da prendere in esame è il “*The 2022 EU Justice Scoreboard*” il cui scopo è quello di aiutare gli Stati membri a migliorare il funzionamento dei rispettivi ordinamenti giudiziari tramite una pubblicazione di dati oggettivi, affidabili e comparabili¹⁰³. Nello specifico, i dati che vengono presi in considerazione per una “*quality of justice systems*”¹⁰⁴ sono “*accessibility of justice citizens and business, adequate financial and human resources, putting in place of assessment tools and digitalisation*”¹⁰⁵.

Si decise quindi di intervenire in materia di recupero crediti ampliando le tutele da offrire ai soggetti concedenti finanziamenti in quanto i tempi rapidi di un processo in materia di riscossione incidono notevolmente sull'intero sistema economico¹⁰⁶.

Procedendo a una rapida disamina dell'articolo 2 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 si può notare come la disciplina venga descritta dettagliatamente ma, analizzandola attentamente, si evidenzia come, in realtà, vi siano problemi di interpretazione interna e di incompatibilità con i rapporti verso i soggetti terzi assieme ai loro consequenziali diritti reali.

Nonostante ciò, tuttavia, l'orientamento della giurisprudenza, pur in assenza di una disciplina esaustiva, sia ormai diretta a una sua visione

¹⁰² World Bank. 2020. *Doing Business 2020*.

¹⁰³ Commissione Europea, *Quadro di valutazione UE della giustizia: obiettivi*.

¹⁰⁴ Trad. «*qualità del sistema giudiziario*».

¹⁰⁵ Trad. «*accessibilità della giustizia per i cittadini e per le imprese, adeguata risorse finanziarie e umane, mettere a punto strumenti di valutazione e digitalizzazione*» in *2020 EU Justice Scoreboard*, in *Commission europea*, p. 22.

¹⁰⁶ D.l. n. 83/2015; D.l. n. 59/2016; D.l. n. 50/2017.

positiva e di accoglimento all'interno del nostro ordinamento¹⁰⁷, andando così ad ampliare il sistema delle garanzie reali. Si tratta di una disciplina che per la sua applicazione richiede l'avverarsi di requisiti stabiliti: più precisamente, si richiede che, inizialmente, si avvii un procedimento volto alla stima imparziale del bene e che l'eventuale eccedenza di valore tra il valore dell'immobile e il *quantum* a soddisfazione del proprio credito venga restituita al debitore. Inoltre, a tal riguardo, si è evidenziato come la differenza con il patto commissorio sia molto sottile con la conseguenza di vedersi annullato il finanziamento per la violazione del divieto del patto commissorio disciplinato dal già citato articolo 2744 Codice civile.

La disciplina in esame viene affrontata dall'articolo 48 bis T.U.B. e viene collocata nei meccanismi di garanzia definiti "*atipici*": nonostante vi sia una regolamentazione, si definisce atipica perché si distacca dalla garanzia tipica regolata dal Codice civile in quanto prevede forme di autotutela che sopperiscono ai problemi di recupero del credito esaminati precedentemente. Affinché si possa parlare di detta garanzia la legge richiede l'avvenire di determinati requisiti soggettivi, oggettivi e strutturali che insieme vanno a costituire la principale differenza con il patto commissorio, motivo per cui tale previsione, pur presentando caratteristiche simili, è ammessa e regolata dalla legge.

¹⁰⁷ Come già evidenziato nel corso del Capitolo I si tratta della sentenza Cass., 28 Gennaio 2015, n. 1625 in cui vengono individuati i due requisiti affinché si possa attuare detta garanzia.

Ad oggetto della garanzia, oltre al trasferimento della proprietà di un bene, può anche essere posto un altro diritto immobiliare¹⁰⁸ dell'imprenditore o di un terzo soggetto che decide di prestare la garanzia a fondamento di un finanziamento concesso all'imprenditore che sia destinato all'attività economica. Tuttavia, nel comma terzo viene espressamente richiamato come non possano essere dati a garanzia *“immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il secondo grado”*, lasciando presumere che, di conseguenza, possa essere concessa a finanziamento una abitazione secondaria del debitore.

Una critica all'istituto viene mossa da un Autore che afferma come l'articolo 48 bis Testo Unico Bancario *«sia un patto marciano, ma non è il patto marciano»*¹⁰⁹. La critica parte affermando che è sicuramente un patto marciano in quanto gli elementi chiave della corrispondenza tra il valore della garanzia e il credito rimasto inadempito poggiano le basi su due funzioni utili intese quale garanzia del finanziamento posto in essere e la funzione solutoria del trasferimento dell'immobile. Tuttavia, secondo gli Autori, quando si tratta di questo istituto bisogna altresì ritenere che il patto marciano vada concepito non solo come espressa clausola negoziale, ma come meccanismo operante *ex lege* in base ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Quando il patto marciano viene inserito come clausola accessoria all'ipoteca o al pegno è evidente come esso svolge *«funzione non di garanzia, bensì solutoria: con il suo operare, il bene passa definitivamente in proprietà del creditore*

¹⁰⁸ Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, XII, 2016, p. 1477.

¹⁰⁹ A. Scotti, *op. cit.*, p. 1486, la critica viene mossa partendo dal

e l'obbligazione garantita si estingue, salva ovviamente la restituzione del surplus al debitore»¹¹⁰.

Quanto alla forma, si richiede per il trasferimento sospensivamente condizionato e per il patto la stipulazione per atto notarile - inteso sia come atto pubblico che come scrittura privata autenticata - a differenza di quanto invece si richiede per il finanziamento dato che può essere stipulato anche con una scrittura privata ai sensi dell'articolo 117 Testo Unico Bancario.

Non manca chi riconduce la nuova figura nella disciplina dell'articolo 1197 Codice civile¹¹¹ rubricato "Prestazione in luogo dell'adempimento" in quanto il creditore, accettando che il proprio credito venga soddisfatto dal debitore con una pretesa diversa da quella dedotta inizialmente, comunica all'obbligato il valore della stima effettuata versandogli l'eventuale eccedenza attraverso la previsione dell'effetto esdebitativo.

In conclusione, la clausola marciana rappresenta un meccanismo lecito che può operare in quanto si attribuisce la facoltà al creditore di agire con gli effetti della clausola o di fare ricorso ad altri strumenti per il recupero del credito bancario. Una differenza notevole rispetto agli altri diritti di garanzia, dove, invece, al creditore non è concessa questa doppia possibilità di scelta, motivo per cui per alcuni autori si differenzia dalle classiche tipologie di garanzie.

¹¹⁰N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2017, p. 1012.

¹¹¹ Articolo 1197, primo comma, Codice civile «*Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita*».

2. I requisiti soggettivi e oggettivi

Introdotta l'istituto in maniera generale, possiamo addentrarci nello studio dei requisiti che la legge richiede affinché tale garanzia possa esplicarsi e uno dei primi che la disposizione richiama è la nozione di imprenditore.

Infatti, al primo comma dell'articolo 48 bis Testo Unico Bancario¹¹² si fa riferimento alla figura dell'imprenditore inteso come soggetto passivo che può concorrere a richiedere il finanziamento. Per comprendere al meglio a chi tale disposizione sia diretta viene fatto un richiamo implicito all'articolo 2082 Codice civile¹¹³ in cui, tuttavia, non si ha alcun riferimento alla dimensione dell'impresa, essendo così ammesso a richiedere tale finanziamento, ad esempio, anche un imprenditore agricolo. Inoltre, evidenziato ciò, non vi è alcuna ragione per la quale il patto non possa essere applicato anche avendo a riguardo i “piccoli imprenditori”, disciplinati dall'articolo 2083 Codice civile¹¹⁴, e anche alle

¹¹² Articolo 48 bis, primo comma, Testo Unico Bancario «*Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 può essere garantito dal trasferimento [...] della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo [...]*».

¹¹³ Articolo 2082 Codice civile «*è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*».

¹¹⁴ Articolo 2083 Codice civile «*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*».

“*microimprese*”, che vengono invece regolamentate dalla raccomandazione della Commissione Europea 2003/261/CE¹¹⁵.

Inoltre, nonostante venga effettuato un richiamo al concetto di fallimento nel comma dodici¹¹⁶, si ritiene che questo non sia una condizione vincolante e che perciò non si possa ritenere che tale garanzia venga applicata solamente ai soggetti che possano fallire¹¹⁷. Non viene richiesto, a differenza di ciò che avviene con il pegno non possessorio, che l'impresa sia iscritta nel registro delle imprese.

Se abbiamo visto come sia essenziale inizialmente la qualifica di imprenditore per l'erogazione del finanziamento con conseguente applicazione della garanzia marciaria, detto requisito può venire a mancare successivamente in sede di modifica del lato passivo del rapporto. La norma, infatti, prevede espressamente la possibilità che l'apposizione della garanzia sopra un bene immobile venga concessa da un terzo datore e, in

¹¹⁵ Raccomandazione Commissione Europea 2003/361/CE. Articolo 2. «*La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR.*».

¹¹⁶ Articolo 48 bis, comma dodici, Testo Unico Bancario «*Quando, dopo la trascrizione del patto di cui al comma 1, sopravviene il fallimento del titolare del diritto reale immobiliare [...]*»

¹¹⁷ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 540.

questo caso, la qualifica di imprenditore vale solamente con riferimento al debitore garantito¹¹⁸.

A seguito di ciò, è stato sollevato in Cassazione il problema del c.d. “*imprenditore di rimbalzo*”, teoria che venne elaborata negli scorsi decenni come soluzione da offrire ai problemi nascenti quando i garanti erano consumatori e quando la garanzia prestata accedesse ad un contratto avente riguardo attività imprenditoriale¹¹⁹. La giurisprudenza¹²⁰, partendo dall’esame della liceità della questione nel campo della fideiussione, prese in esame il caso in cui la garanzia venisse prestata da un terzo. Ciò che si è dovuto valutare è se vi si potesse ricorrere in quanto, il garante consumatore, non era destinatario dei servizi offerti dalla Banca ma, anzi, era esso stesso a prestare tutela al finanziatore. Venne stabilito il principio per cui la qualità del debitore principale (l’imprenditore finanziato) attrae a sé quella del fideiussore. Nonostante tale orientamento venne confermato e ripreso da una pronuncia della stessa Suprema Corte¹²¹, vi furono alcuni provvedimenti dell’Arbitrato

¹¹⁸ A. Chianale, *op. cit.*, p. 409.

¹¹⁹ M. Bellino, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4/20, p. 762.

¹²⁰ Cass., 11 gennaio 2001, n. 314 in cui si afferma che «*Sebbene la fideiussione non possa essere inclusa di per sé fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra un professionista ed un consumatore, previsti dall’articolo 1469 bis c.c. nel testo anteriore alla legge n. 526 del 1999, tuttavia, anche nel vigore della precedente formulazione, per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi sussistente il requisito oggettivo per l’applicabilità della disciplina delle clausole abusive, introdotta dalla legge n. 52 del 1996, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito ed il contratto costitutivo dell’obbligazione fideiussoria. Quanto al requisito soggettivo di applicabilità della medesima disciplina, la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore [...]*».

¹²¹ Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225.

Bancario Italiano che cominciarono a discostarsi, ritenendo che il consumatore garante poteva considerarsi professionista solo alla presenza di determinate condizioni.

La questione non ha interessato solo i giudici nazionali, ma ha avuto rilievo anche nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Due furono le sentenze¹²² meritevoli di attenzione e, in particolar modo con la sentenza del 2015, si affermò il principio per cui l'onere di controllare se il garante possa essere qualificato come imprenditore o meno spetta caso per caso al giudice nazionale. A sostegno di detta previsione, si aggiunge anche la Corte di Giustizia Europea con la sentenza 15 novembre 2017, nella causa “C-74/15” in cui si prevede che anche qualora il garante non agisca in ragione di imprenditore si applica la normativa delle clausole abusive.

Di conseguenza, anche la Corte di Cassazione ha modificato il suo orientamento prevedendo che “ *i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società, devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso, dando rilievo [...] all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore*”¹²³.

Analogamente, nel caso di cessione del bene oggetto di garanzia non si pone neanche il problema della natura della qualifica soggettiva del soggetto subentrante, potendo quest'ultimo continuare a utilizzare la clausola marciana con le tutele e le

¹²² Corte Giust. UE, 17 marzo 1998, C-45/96; Corte Giust. UE, 19 novembre 2015, causa C-74/15.

¹²³ Cass., 24 gennaio 2020, n. 1666.

conseguenze che ne derivano. La nuova normativa, nonostante ciò, presuppone a monte uno specifico atto traslativo da stipulare contestualmente o successivamente nel caso in cui vi sia un trasferimento della titolarità del credito¹²⁴; diversamente rispetto a quanto accade in riferimento invece all'ipoteca dove si segue la regola generale dell'articolo 2843 Codice civile¹²⁵. Inoltre, nelle ipotesi di cessione regolate dall'articolo 58 Testo Unico Bancario¹²⁶, non è neanche richiesta una specifica annotazione a margine.

La disciplina detta particolari regole anche per quanto riguarda il soggetto attivo¹²⁷, ossia il finanziatore, prevedendo che tale prestito possa essere concesso da una banca o da altro soggetto che sia autorizzato ai sensi dell'articolo 106 Testo Unico Bancario e che siano iscritti nell'apposito albo conservato presso la Banca d'Italia. Tale riserva viene comprovata dall'articolo 132 T.U.B.¹²⁸ in cui si prevedono gravi sanzioni

¹²⁴ C. Croci, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, n.12/2016, p. 1453.

¹²⁵ Articolo 2843 Codice Civile «*La trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per cessione, surrogazione, pegno, postergazione di grado o costituzione in dote del credito ipotecario [...] si deve annotare in margine all'iscrizione dell'ipoteca*».

¹²⁶ Articolo 58, comma terzo, Testo Unico Bancario «*I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione [...]*».

¹²⁷ Articolo 48 bis, comma primo, T.U.B. «*[...] e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 [...]*».

¹²⁸ Articolo 132 Testo Unico Bancario «*Chiunque svolge, nei confronti del pubblico una o più attività finanziarie previste dall'articolo 106, comma 1, in assenza dell'autorizzazione di cui*

per chi compie il reato di “abusiva attività finanziaria”¹²⁹: reato che si manifesta quando viene messa in pratica l’attività finanziaria in assenza di una specifica autorizzazione¹³⁰.

Sul punto, si è osservato come il fatto che il destinatario del trasferimento debba essere autorizzato pone il problema della cessione a terzi soggetti non bancari. Si sostiene in questo caso che un eventuale cessionario, che sia privo della qualifica soggettiva previsto dal testo di legge, non potrebbe subentrare nella garanzia con la conseguenza che cesserebbe la garanzia con causa di “risoluzione per impossibilità sopravvenuta” andando a difettare il requisito dell’accessorietà, di cui invece ne è rimasta titolare la banca cedente¹³¹.

A tal riguardo, occorre precisare che *«la cessione del contratto pare preclusa, mentre la cessione del credito garantito sembrerebbe possibile, anche se essa mal*

all'articolo 107 o dell'iscrizione di cui all'articolo 111 ovvero dell'articolo 112, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da euro 2.065 ad euro 10.329».

¹²⁹ Cass., 28 settembre 2022, n. 39000 *«Commette il reato di esercizio abusivo di attività finanziaria di cui all'articolo 132 D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, chi pone in essere le condotte di finanziamento previste dall'art. 106 del medesimo D.Lgs. inserendosi nel libero mercato e sottraendosi ai controlli di legge, purché l'attività, anche se in concreto realizzata per una cerchia ristretta di destinatari, sia rivolta ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti e sia svolta professionalmente, ovvero in modo continuativo e non occasionale, non essendo invece necessario il perseguimento di uno scopo di lucro o, comunque, di un obiettivo di economicità, posto che il carattere di professionalità non implica il perseguimento di uno scopo di lucro, o, quantomeno, di un obiettivo di economicità».*

¹³⁰ I due requisiti concernono lo svolgimento dell’attività previste dal d.l. n. 385 del 1993, articolo 106.

¹³¹ A. Chianale, *op. cit.*, p. 408.

si concilia con la trasferibilità dell'immobile solo a soggetti di natura bancaria»¹³².

Inoltre, il finanziatore può procedere al finanziamento e stipulare la garanzia in favore «*di una società dallo stesso controllata¹³³ o al medesimo collegata¹³⁴ 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*» con il riproporsi delle problematiche inerenti all'abuso di posizione dominante da parte della controllante verso la controllata e alla diminuzione della garanzia patrimoniale di quest'ultima¹³⁵. Si prevede tale possibilità per evitare che alle banche e agli intermediari finanziari sorga il problema qualora questi vengano a trovarsi titolari di beni immobili e, cioè, in netto contrasto con la disciplina di settore¹³⁶, in quanto si prevede

¹³² Ambrosini, *La rafforzata tutela di creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. Patto Marciano*, 25 agosto 2016, p.2.

¹³³ Cfr. Articolo 23, comma primo, Testo Unico Bancario «*Ai fini del presente capo il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile e in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento*».

¹³⁴ Cfr. Articolo 2359, comma primo, Codice civile «*Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*».

¹³⁵ C. Croci, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, op. cit., p. 1454.

¹³⁶ La Banca d'Italia il 20 ottobre 2018 ha pubblicato un aggiornamento alla Circolare n. 285, del 17 dicembre 2013 inserendo un nuovo capitolo avente ad oggetti gli investimenti in beni immobili e prevedendo come le banche possono acquistare

che possono essere titolari solamente di beni che siano destinati ad un uso strettamente strumentale e, soprattutto, si vuole evitare di produrre eventuali effetti negativi sui bilanci bancari.

Si ritiene che, in assenza dei requisiti soggettivi appena esaminati, l'articolo 48 bis T.U.B. non sia applicabile ma, nonostante ciò, l'alienazione in garanzia rimane valida in base all'ammissibilità del patto con la conseguenza che l'impresa non potrà solamente avvalersi dei vantaggi imposti dalla normativa¹³⁷: si vuole fare riferimento all'effetto prenotativo dell'ipoteca (comma 4) ossia, qualora il trasferimento sia già garantito da ipoteca, una volta che questo viene trascritto prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente; il secondo effetto a cui si vuole fare riferimento sono le modalità di escussione in presenza di procedimenti esecutivi sul bene (comma 10).

Esaminati i requisiti soggettivi, possiamo procedere a una attenta analisi del requisito oggettivo richiesto affinché si possa applicare la garanzia marciara. Un riferimento legale lo si rinviene nel comma terzo per cui «*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*» e nel comma primo «*[...] della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo [...]*», non citando dunque il soggetto legato da unione civile *ex lege*, n. 76, 20 maggio

immobili solo ad uso strumentale, inteso come attività ausiliaria, e non possono svolgere attività immobiliare di tipo meramente speculativo.

¹³⁷ A. Chianale, *Alienazione in garanzia e patti marciari*, p. 410 ; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 573.

2016¹³⁸. Indi per cui, la violazione del divieto, giustificato anche dal valore previsto dalla Costituzione¹³⁹ per l'abitazione e da numerose pronunce della Consulta¹⁴⁰, genera la nullità del patto marciano bancario.

Innanzitutto, per quanto riguarda la nozione di bene immobile si deve fare riferimento alla disciplina civilistica dell'articolo 812 Codice civile, in quanto non viene espressamente fatta alcuna specificazione sulla tipologia di beni su cui è possibile apporre la garanzia, a differenza di ciò che invece avviene con l'ipoteca¹⁴¹.

Un limite oggettivo, imposto dalla stessa norma, prevede che non possono essere concessi a garanzia gli immobili adibiti ad abitazione principale¹⁴² non solo del proprietario, ma anche del coniuge o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado.

¹³⁸ Articolo 1, l. n. 76, 20 maggio 2016 *«La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto».*

¹³⁹ Articolo 47, comma secondo, Costituzione *«Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione [...]».*

¹⁴⁰ Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217 *«L'art. 47, secondo comma, Cost., nel disporre che la Repubblica "favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione", individua nelle misure volte a rendere effettivo un alloggio in proprietà una forma di garanzia privilegiata dell'interesse primario ad avere un'abitazione [...]».*

¹⁴¹ Articolo 812 Codice civile *«Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.*

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione».

¹⁴² La limitazione trova un precedente richiamo nell'articolo 67, comma terzo, lett. c), l. fall. in cui si esclude la revocabilità delle vendite per gli immobili da adibire ad abitazione dell'acquirente o dei suoi parenti.

Il vincolo abitativo deve essere valutato all'inizio dell'alienazione marciaria con la conseguenza che, se invece un immobile venisse adibito come abitazione principale in un momento successivo della stipula, tale apposizione del vincolo non potrà essere considerata vincolante e quindi non sarà possibile fare valere l'effetto di opposizione al momento dell'escussione del bene. Una spiegazione a ciò è da rinvenire nel fatto che se venisse ammessa, verrebbe a mancare una tutela per il creditore che vedrebbe così diminuire la propria possibilità di riscossione del prestito concesso¹⁴³. Ugualmente irrilevante è l'ipotesi in cui il bene, considerato inizialmente come non ad uso abitativo, viene venduto a un soggetto terzo che lo destinerà come propria abitazione principale.

La destinazione “*ad uso abitativo principale*” dovrà essere valutata effettivamente al momento della stipula della garanzia, che non necessariamente sarà coincidente con il momento della conclusione del finanziamento, in quanto la garanzia marciaria può essere aggiunta in ogni momento. Inoltre, il vincolo destinativo deve intendersi come la “*residenza anagrafica*” e una sua eventuale violazione ha effetti esclusivamente a riguardo del contratto di garanzia e non a riguardo del finanziamento che continua a rimanere valido ed efficace, escludendo solamente l'esercizio potestativo previsto nel comma secondo¹⁴⁴. Se, quindi,

¹⁴³ A. Barletta, “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”.

¹⁴⁴ A. Barletta, “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”.

dopo l'apposizione della garanzia, il debitore destina ad uso abitativo l'immobile, le parti dovrebbero concludere un accordo volto alla sostituzione del bene oggetto di garanzia con un altro immobile di sua proprietà.

Diverso, invece, il discorso da affrontare in merito alla garanzia da apporre su un “*altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo*” in quanto, con questa espressione, si fa riferimento ai diritti reali quali l'usufrutto, il diritto di superficie, il diritto dell'enfiteuta e del nudo proprietario ma con l'esclusione del diritto di abitazione essendo incedibile ed inidoneo¹⁴⁵. Se, quindi, con il riferimento ad “*altro diritto immobiliare*” si esclude qualsiasi dubbio sulla sua compatibilità con il trasferimento di diritti reali parziari, possiamo considerare vietata invece la disciplina per quanto riguarda i diritti minori, la cui cedibilità viene stabilita dall'articolo 2643, n. 2 bis, Codice civile¹⁴⁶.

Come già anticipato, ai sensi del quarto comma¹⁴⁷, il patto marciano non viene individuato in una forma di finanziamento ma viene classificato

¹⁴⁵ A. Chianale, *Le garanzie reali, cit.*, p. 573.

¹⁴⁶ Articolo 2643, n. 2 bis, Codice civile «*i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*».

¹⁴⁷ Articolo 48 bis, comma quarto, T.U.B. «*Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. 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. Fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione, 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*

come “*garanzia*” che può essere stipulata sia al momento della conclusione del contratto di finanziamento, sia in un momento successivo con atto notarile¹⁴⁸, ma soltanto qualora vi siano delle modificazioni in sede contrattuale.

Si tenga in considerazione, peraltro, come l’inserimento della clausola in un momento successivo è stato criticato da alcuni Autori in quanto, nonostante ad una prima lettura potrebbe portare un vantaggio all’imprenditore, a seguito di una analisi dettagliata, in realtà è esso stesso il destinatario di una eventuale lesione del principio della certezza dei rapporti giuridici, in quanto si troverebbe in una “*posizione di subalternità*”¹⁴⁹ rispetto al destinatario del finanziamento, tale da subire delle condizioni contrattuali che siano infondatamente gravose.

Tuttavia, tale possibilità di pattuizione in un momento successivo trova un limite ben preciso in quanto si richiede che l’inadempimento non si sia già verificato, in quanto altrimenti il patto sarebbe privo di causa dato che mancherebbe l’evento futuro e incerto da garantire¹⁵⁰. A sostegno di tale tesi si aggiunge che il trasferimento del bene è sotto condizione dichiaratamente sospensiva dell’inadempimento con la conseguenza che gli effetti

della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all’iscrizione dell’ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10».

¹⁴⁸ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1808.

¹⁴⁹ M. Buongiorno, E. Notarangelo, *L’articolo 48 bis t.u.b. Prime note a margine dell’introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *dirittobancario.it*, 2016, p. 4.

¹⁵⁰ Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075 in *Contratti*, 5/2016, p. 429.

non si avvereranno fino al verificarsi dell'evento¹⁵¹, cioè la dichiarazione di inadempimento. Si è quindi proceduto a una codificazione della condizione di inadempimento, prevedendo, come da tempo richiesto in dottrina e giurisprudenza¹⁵², che l'efficacia della clausola e l'avverarsi degli effetti siano subordinati all'evento inadempimento del debitore oggettivamente futuro e incerto.

In aggiunta, si prevede al comma decimo l'ammissibilità del trasferimento nonostante vi sia una procedura esecutiva forzata per pignoramento, a condizione che la clausola marciiana sia stata stipulata antecedentemente all'avvio della stessa esecuzione. Per poter procedere, in tal caso, l'inadempimento deve essere accertato dal giudice dell'esecuzione su istanza del creditore ed il valore di stima viene determinato dal perito nominato dallo stesso giudice¹⁵³.

Sotto il profilo oggettivo, il patto può essere apposto ad un “*contratto di finanziamento*” destinato all'attività economica dell'imprenditore finanziato. La stessa norma non prevede l'ipotesi della destinazione all'apertura di credito in conto corrente¹⁵⁴ - in cui invece la banca mette a disposizione del cliente sul suo conto corrente una somma di denaro per un tempo determinato o indeterminato - dato il richiamo nel quinto comma ai finanziamenti con rimborso rateale.

¹⁵¹ S. Ambrosini, “*La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciiano*”, in *Il Dir. Fall.*, 2016, V, p. 1081.

¹⁵² Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Contratti*, 2004, p. 574; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 215.

¹⁵³ G. D'attore, *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il “diritto diseguale”*, in *I finanziamenti ai debitori e le crisi*, 2021, p. 71.

¹⁵⁴ A. Chianale, *op. cit.*, p. 403.

Ma, analogamente a quanto già previsto per il credito fondiario, si deve partire da una nozione più ampia andando a ricomprendere qualsiasi fattispecie negoziale dove vi sia una “*causa di finanziamento*” e, quindi, comprendendovi anche i “*crediti di firma*”¹⁵⁵, ossia operazioni di prestito o finanziamento indiretto con cui la banca si impegna ad assumere o a garantire obbligazioni di un terzo soggetto piuttosto che erogare somme di denaro¹⁵⁶.

Pur non essendo espressamente disposto dalla normativa in esame, si ritiene che non sia sufficiente solamente questo vincolo di destinazione in quanto si richiede, nello specifico, che si tratti di un “*finanziamento di scopo*” con cui si vuole fare riferimento all’utilizzo del prestito ottenuto per fini inerenti all’attività economica svolta dall’imprenditore. Tuttavia, sono state avanzate teorie che contrasterebbero quest’ultima accezione. Infatti, al terzo comma dell’articolo 48 bis T.U.B. si prevede come a oggetto della garanzia non possano essere posti immobili adibiti ad abitazione principale, lasciando quindi la possibilità che ad oggetto della garanzia sia posta una abitazione secondaria e quindi un bene che avrebbe poco a che fare con l’attività d’impresa¹⁵⁷.

Seguendo questa tesi, che consiste nella non necessità del finanziamento di scopo, si può evidenziare come la nozione di imprenditore sia sì una condizione necessaria affinché tale patto

¹⁵⁵ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 541.

¹⁵⁶ B. Denora, *Crediti di firma e imposta sostitutiva*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 172-2006/T, p. 8.

¹⁵⁷ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, in *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, pp. 555 ss.

possa essere concesso ma non esaustiva, in quanto viene richiesto anche un vincolo di destinazione del finanziamento.

In conclusione, con riguardo alla durata del finanziamento, non è previsto che debba necessariamente trattarsi di un finanziamento a medio-lungo termine o con una scadenza già determinata, né che siano presenti rapporti tra l'importo del finanziamento ricevuto e il valore della garanzia prestata. Si è voluto procedere con questa visione in quanto la diversa disciplina del credito fondiario, invece, vincola all'80% il rapporto da configurare tra il valore del finanziamento con il valore del bene immobile ipotecato.

3. *L'inadempimento e la contestazione della dichiarazione*

Alla stregua di quanto già esaminato, l'avverarsi degli effetti del patto sono sospensivamente condizionati all'inadempimento del soggetto finanziato a cui, tuttavia, si deve aggiungere la scelta del creditore di avvalersi della clausola, in quanto il suddetto patto viene definito come un diritto potestativo¹⁵⁸. Infatti, la diversa possibilità per il creditore di non ricorrere agli effetti del patto - ossia il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia - e di ricorrere invece alle ordinarie forme di tutela, sembra in un primo momento da ricollegare al valore “*esdebitatorio*”, tramite il quale il creditore (nell'occasione in cui il suo credito abbia un valore superiore al valore del bene oggetto di garanzia) potrebbe preferire

¹⁵⁸ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 545.

di soddisfarsi su altri beni del debitore¹⁵⁹ e, quindi, senza la previsione dell'obbligo di dover restituire l'eventuale eccedenza tra il valore del bene e il *quantum* del debito rimasto inadempito del debitore.

Tuttavia, prima di procedere ad analizzare l'istituto, va premesso che l'attivazione della clausola presuppone a monte la risoluzione del contratto (sebbene l'articolo 48 bis T.U.B. non ne parli espressamente) sia quando il periodo di nove o dodici mesi cada prima dello scadere del finanziamento, sia quando il suddetto periodo scada invece dopo la conclusione del rapporto¹⁶⁰.

Secondo quanto stabilito dal comma quinto dell'articolo 48 bis T.U.B.¹⁶¹, quindi, non è richiesto un qualsiasi inadempimento ma, invece, si prevede che affinché si possa procedere alla fase esecutiva vengano rispettati dei requisiti specifici, si deve trattare di un c.d. *inadempimento qualificato*. Innanzitutto, la prima distinzione che viene operata è nella modalità di corresponsione delle rate per il rimborso

¹⁵⁹ G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa dir. Priv.*, 2017, p. 10.

¹⁶⁰ G. D'Amico, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶¹ Art. 48 bis, comma quinto, T.U.B. «*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.[...]*».

in quanto si differenzia a seconda della scadenza a rate mensili, della scadenza con periodi superiori alla mensilità e, infine, una restituzione non in via rateale.

Partendo dalla prima ipotesi - *obbligo di rimborso a rate mensili* - si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per un periodo superiore a nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive. Sorge un problema nel momento in cui si parla di “*un mancato pagamento che si protrae*”, in quanto invece “*che si protrae*” andrebbe usato più correttamente in riferimento a un ritardo di pagamento¹⁶² piuttosto che in un caso di inadempimento.

Nella seconda ipotesi, invece - *il debitore è tenuto alla restituzione secondo termini superiori alla mensilità* - affinché si possa parlare di inadempimento è richiesto un ritardo di oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata. La distinzione che emerge è in riferimento al numero di rate impagate, in quanto, nella prima ipotesi si richiede la scadenza di almeno tre rate mentre, in questo secondo caso, è sufficiente anche una sola rata.

Infine - *qualora non sia previsto un pagamento in via rateale* - si considera inadempimento qualora siano decorsi nove mesi dalla scadenza del rimborso previsto dal contratto di finanziamento.

In merito a quanto appena descritto, va rilevato che in seguito alla pubblicazione del decreto legge in questione sono state sollevate delle critiche in merito all’operatività del meccanismo. Infatti, secondo una nota

¹⁶² E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1813.

di Confindustria¹⁶³, si dovrebbero prevedere dei requisiti minimi affinché si possa procedere all'attivazione degli effetti e non invece ogniqualvolta il debito residuo non superi una determinata soglia. Motivo per cui, è stata proposta una soglia secondo cui, con una percentuale del debito residuo al di sotto del 10%-20% del debito originale, detto meccanismo non dovrebbe operare. Suddetta previsione era stata prevista in favore di una maggiore flessibilità a seguito dei problemi e delle difficoltà nel procedere al rimborso da parte del debitore finanziato¹⁶⁴. Tuttavia, la legge di conversione del decreto ha operato in maniera diversa tenendo in considerazione solo in parte il suggerimento elaborato da Confindustria, prevedendo che *«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 [...]»*¹⁶⁵. Si è voluto procedere in maniera differente, considerando l'inadempimento non in riferimento alla percentuale dell'importo rimasto inadempito ma in relazione al numero delle rate insolute¹⁶⁶.

¹⁶³ CONFINDUSTRIA (M. PANUCCI), *Audizione Parlamentare: Conversione in legge del 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*, 2016, p. 8.

¹⁶⁴ S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 1082.

¹⁶⁵ Articolo 48 bis, comma quinto, T.U.B.

¹⁶⁶ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, in *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, p. 609.

In merito a quanto appena evidenziato, e partendo dalla critica mossa da Confindustria, bisogna specificare effettivamente come nonostante vi sia uniformità nella richiesta delle rate insolute prima di procedere all'uso della clausola (si ricordi il numero minimo di tre rate), queste corrisponderanno ad importi differenti in merito alla scadenza prevista originariamente nel finanziamento¹⁶⁷. D'altra parte, si è disciplinata l'ipotesi in cui l'imprenditore non abbia pagato le tre rate ma, prima che siano decorsi i nove mesi, adempie al pagamento anche di una sola delle rate rimaste inadempite. In questo caso, dato il termine a favore del debitore, ripartirà il termine verso il creditore per potere nuovamente procedere all'attivazione dell'istituto e, se durante suddetto periodo, il debitore procederà nuovamente al pagamento anche di una sola rata, ripartirà un nuovo e uguale termine. In conclusione, possiamo considerare consolidato ormai l'indirizzo per cui, oltre al mancato pagamento delle tre rate, il debitore non deve rimborsare neanche una di esse nei successivi nove mesi, dato che il termine decorre dall'ultima rata risolta.

¹⁶⁷ A titolo esemplificativo, si prenda come riferimento un finanziamento per 1,8 milioni di euro (compreso di interessi). Se, ad esempio, viene stabilito un piano di rimborso annuale le dodici rate saranno per un importo di euro 150.000 ciascuna, con la conseguenza che tre rate avranno un totale di euro 450.000 (corrispondente al 25% del finanziamento originario). Se, invece, viene stabilito un piano di rimborso in due anni, le dodici rate avranno un valore ciascuna di euro 75.000, e tre rate avranno un valore pari a euro 225.000 (corrispondente al 12.5% del finanziamento originario). Questo per dimostrare come nonostante il numero delle rate insolute sia lo stesso, il valore del debito dipenderà dal piano di rimborso concordato con la banca; cfr. D'Amico, *op. cit.*, p. 12.

Oltre a quanto appena descritto, si deve tenere in considerazione la scelta della banca di procedere o meno a tale garanzia con il rischio di non riuscire a farsi restituire il totale del credito rimasto inadempito.

La procedura appena esaminata possiamo collegarla a un istituto civilistico disciplinato dall'articolo 1456 Codice civile che descrive la clausola risolutiva espressa¹⁶⁸ che prevede la facoltà per le parti di procedere alla risoluzione del contratto quando una delle prestazioni non sia stata eseguita secondo quanto precedentemente pattuito. I caratteri in comune si notano anche per quanto previsto dal proseguo del comma quinto dell'articolo 58 bis T.U.B., per cui «[...]Al verificarsi dell'inadempimento di cui al presente comma, il creditore è tenuto a notificare 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». La dichiarazione di volersi soddisfare degli effetti del patto deve essere stipulata necessariamente per iscritto. Inoltre, nella stessa dichiarazione, si dovrà indicare la somma per cui si intende procedere che sarà corrispondente all'importo del finanziamento residuo, compreso di eventuali crediti accessori¹⁶⁹.

Oltre a ciò, si stabilisce a quali soggetti tale dichiarazione dovrà essere inviata, non prevedendo nulla in merito a una mancanza o

¹⁶⁸ Articolo 1456 Codice civile «I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva».

¹⁶⁹ A. Chianale, *cit.*, p. 419; M. De Poli, *cit.*, p. 609.

errata notificazione a una di queste parti. Innanzitutto, si precisa che detta notificazione dovrà essere notificata al debitore o, nel caso in cui non coincida, al titolare del diritto reale immobiliare. Oltre ai soggetti già citati, si regola pure che debba essere notificato a tutti coloro che vantano diritti in seguito all'iscrizione o dalla successiva trascrizione di un titolo sul bene¹⁷⁰.

Tuttavia, essendo l'inadempimento una dichiarazione unilaterale effettuata dalla banca, viene concessa all'imprenditore la facoltà di contestare tale supposizione dinanzi a un giudice ordinario agendo in via cautelare come previsto dall'articolo 700 cod. proc. civ.¹⁷¹. Sul punto si ritiene che, se davvero sia possibile sospendere la fase di stima del bene e la successiva fase esecutiva con la semplice instaurazione di un procedimento di accertamento ai sensi dell'articolo 2909 c.c.¹⁷², questo si porrebbe in contrasto con le esigenze e le motivazioni per le quali suddetto patto è stato introdotto. Si ricordi, infatti, come le motivazioni e le finalità a cui si mirava con l'introduzione della garanzia marciana erano proprio quelle di evitare un procedimento dinanzi a un giudice affinché si procedesse al trasferimento del bene, si voleva in sostanza aumentare la

¹⁷⁰ C. Croci, *op. cit.*, p. 1459; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 575.

¹⁷¹ Articolo 700 cod. proc. civ. «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

¹⁷² Articolo 2909 Codice civile «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

celerità delle risoluzioni per offrire una maggiore garanzia al finanziatore¹⁷³.

4. *La procedura di stima: nomina del perito e valore dell'immobile*

La procedura di stima ricopre un ruolo fondamentale nell'istituto in quanto qui si stabilisce non solo il valore dell'immobile oggetto di garanzia, ma anche se e quanto il creditore sarà tenuto a restituire al debitore qualora il ricavo ottenuto dalla vendita abbia un valore superiore al quantum rimasto inadempito. Siffatta importanza della stima viene ripetuta e confermata da varie sentenze della Cassazione¹⁷⁴ per cui, senza un

¹⁷³ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 546.

¹⁷⁴ Cass., 17 gennaio 2020, n. 844 « *E' nulla la vendita di un immobile a scopo di garanzia se il patto marciano che l'accompagna non ha criteri certi di stima del bene: infatti, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana. Occorre quindi che la stipulazione preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore[...]*»; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 « *Perché la c.d. clausola marciana possa conseguire l'effetto di superare i profili di possibile illiceità del lease back, occorre che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persone indipendente ed esperta, la quale a detti parametri*

procedimento di valutazione dell'immobile da parte di un perito, si ricadrebbe nel divieto del patto commissorio sancito dall'articolo 2744 Codice civile.

Occorre partire dalla notificazione di volersi avvalere del patto, come previsto dal comma sesto dell'articolo 48 bis T.U.B.¹⁷⁵.

Una volta decorsi i sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di voler avvalersi degli effetti del patto, la banca chiederà al Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile la nomina di un perito affinché proceda alla stima del bene oggetto di garanzia. In merito, ci si è domandato se il suddetto termine di 60 giorni decorre dal momento in cui ha effettuato la notifica ovvero dal momento dell'avvenuta ricezione. Tuttavia,

farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore [...]».

¹⁷⁵ Articolo 48 bis, comma sesto, T.U.B. «*Decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5, 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. Il perito procede in conformità ai criteri di cui all'articolo 568 del codice di procedura civile. Non può procedersi alla nomina di un perito per il quale ricorre una delle condizioni di cui all'articolo 51 del codice di procedura civile. Si applica l'articolo 1349, primo comma, del codice civile. Entro sessanta giorni dalla nomina, 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. 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».*

trattandosi di un atto recettizio, a norma dell'articolo 1335 cod. civ.¹⁷⁶ si ritiene dover ritenere più corretta questa seconda opzione¹⁷⁷.

Non sono previsti dei requisiti specifici in merito alla nomina del perito, se non per il fatto che non possa essere designato un soggetto che versi in una delle condizioni richiamate dall'articolo 51 Codice di Proc. Civ.¹⁷⁸ che causerebbe l'obbligo di astensione. Oltre alle disposizioni richiamate, infine, si dispone che venga applicato anche l'articolo 1349, primo comma, Codice civile secondo cui «*se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta*

¹⁷⁶ Articolo 1335 Codice civile «*La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia*».

¹⁷⁷ M. Spataro, *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, p. 47.

¹⁷⁸ Articolo 51 Codice di Proc. Civ. «*Il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado [o legato da vincoli di affiliazione], o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore [c.c. 343, 392], procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta [36 c.c.], di un comitato [39 c.c.], di una società [2247 c.c.] o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore».*

che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento [...], se questa manca o è erronea, viene fatta dal giudice". Si vuole evidenziare come l'attività del perito debba essere incentrata sull'equo apprezzamento considerando il programma negoziale delle parti e, nel caso in cui tale valutazione risulti "*manifestamente iniqua o erronea*" la stima venga effettuata dal giudice¹⁷⁹. Il riferimento a questo articolo e al comma sesto dell'articolo 48 bis T.U.B. richiama la volontà del legislatore di considerare il perito come una figura che agisce come mero arbitratore.

Il perito, una volta nominato, procederà alla valutazione dell'immobile ai sensi dell'articolo 568 Codice di Proc. Civ.¹⁸⁰ e tale stima, da effettuarsi con relazione giurata¹⁸¹, dovrà essere inviata, entro il termine di 60 giorni dalla sua nomina, – "*se possibile a mezzo di posta elettronica*

¹⁷⁹ A. Chianale, *op. cit.*, p. 419.

¹⁸⁰ Articolo 568 Codice Proc. Civ. «*Agli effetti dell'espropriazione il valore dell'immobile è determinato dal giudice avuto riguardo al valore di mercato sulla base degli elementi forniti dalle parti e dall'esperto nominato ai sensi dell'articolo 569, primo comma.*

Nella determinazione del valore di mercato l'esperto procede al calcolo della superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, del valore per metro quadro e del valore complessivo, esponendo analiticamente gli adeguamenti e le correzioni della stima, ivi compresa la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto, e precisando tali adeguamenti in maniera distinta per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute».

¹⁸¹ "Il riferimento alla relazione giurata fa pensare che il perito debba anche effettuare un giuramento al momento dell'accettazione dell'incarico, in quanto non è in alcun modo possibile ritenere che a quest'ultimo spetti la qualifica di ausiliario giudiziario", in «Patto marciano o "marziano"??», *op. cit.*, p. 33.

*certificata*¹⁸² - ai medesimi soggetti cui la banca aveva precedentemente inviato la dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto marciano. La valutazione del perito dovrà avere a riguardo il valore del bene immobile calcolato al tempo dell'inadempimento secondo i principi stabiliti dall'articolo 568 cod. proc. civ. che, oltre a riguardare il valore di mercato, deve considerare anche degli elementi individuati dalle parti e dall'esperto stesso¹⁸³; a titolo esemplificativo si veda lo stato d'uso, di manutenzione, il valore al metro quadro e complessivo del bene immobile.

I soggetti cui dovrà essere inviata tale stima sono il debitore, ovvero il conceditore della garanzia titolare del diritto reale immobiliare, il creditore e coloro che godono di diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto precedentemente sull'immobile¹⁸⁴. La circostanza per cui verso alcuni dei soggetti appena descritti venga omessa la notificazione dovrebbe riferirsi a una procedura non validamente perfezionata, con la necessità di una sua rapida ripetizione nei confronti di tutti i destinatari. Si richiede una nuova ripetizione della procedura e non una sufficiente integrazione, in quanto vi è la concreta possibilità che nel mentre siano cambiate le condizioni di mercato, come ad esempio il valore del bene. Per facilitare l'individuazione dei soggetti a cui inviare tale stima, il perito potrà

¹⁸² La circolare MISE, 9 maggio 2014, n. 77684 richiede che le imprese siano dotate di un univoco indirizzo PEC pubblicizzato presso il registro delle imprese.

¹⁸³ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, p. 609; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 575.

¹⁸⁴ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciano*, p. 419; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 575.

basarsi su quanto svolto precedentemente dal creditore con la dichiarazione di volersi avvalere del patto usando gli stessi recapiti.

Si ritiene che la valutazione debba essere effettuata in contraddittorio con le parti, dove per “contraddittorio” si intende il riferimento al fatto che le parti, una volta ricevuto tale dichiarazione ed entro il termine di 10 giorni, possano inviare delle “note” al perito¹⁸⁵. Una volta ricevute queste note, sarà onere del perito procedere a “una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti”. Seppure la norma faccia riferimento solo al debitore¹⁸⁶, il richiamo al già citato articolo 1349 Codice civile estende la tutela anche al finanziatore¹⁸⁷. Non è chiaro, quindi, come mai mentre la possibilità di presentare note sia concessa a tutti i destinatari individuati nel comma sesto, nel successivo comma settimo, la contestazione sia riferita solamente al debitore¹⁸⁸.

In ogni caso, la contestazione della stima effettuata del perito non comporterà l'impossibilità per il creditore di volersi avvalere degli effetti del patto, in quanto suddetta contestazione inciderà esclusivamente su *an e quantum* della somma di denaro da corrispondere al titolare del diritto reale immobiliare. Pur nel silenzio assoluto della norma e del legislatore, si ammette la contestazione da parte della banca anche qualora ritenga eccessiva la stima del valore del bene effettuata e, in tal caso, si ritiene che la procedura vada sospesa¹⁸⁹, e “*possa rinunciare all'autotutela marziana e fare*

¹⁸⁵ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1814.

¹⁸⁶ Articolo 48 bis, comma settimo, T.U.B. «*Qualora il debitore contesti la stima, 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*».

¹⁸⁷ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 546.

¹⁸⁸ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1815.

¹⁸⁹ A. Chianale, *op. cit.*, p. 420; F. Capriglione, *op. cit.*, p. 547.

*ricorso alla procedura esecutiva ordinaria*¹⁹⁰. Questa possibilità è posta a tutela del creditore laddove ritenga che l'eccessiva valutazione del bene, in relazione alla somma che poi dovrà restituire al debitore, non renda conveniente l'applicazione della clausola rendendo nulla, o quasi, il raggiungimento dell'obiettivo dell'istituto, ossia il rapido ed efficiente recupero del credito. In tal senso, ci si è domandati se questo scenario sia legittimo o se altri potrebbero pretendere che, una volta comunicata la stima dal perito, il creditore debba versare la differenza di denaro che risulta dalla relazione giurata.

A riguardo, si prevede che *“una volta reso noto il valore stimato dal tecnico incaricato dal Presidente del Tribunale, insistere nell’attivazione del patto marciano possa al finanziatore non apparire più conveniente”*¹⁹¹ e questo a conferma del fatto che le parti, nell'esercizio della loro piena autonomia privata, possano regolare la vicenda nel miglior modo possibile per vedere raggiunti i propri interessi.

Resta ferma, invece, la possibilità di ritenere ammissibile che le parti possano prevedere e inserire nel contratto di finanziamento una clausola che abiliti il finanziatore, nel suo solo interesse esclusivo, di rinunciare all'escussione marciana entro un certo termine. In ragione di detta clausola, il creditore dichiara di rinunciare alla garanzia marciana e, di conseguenza, di non procedere al versamento dell'eccedente al debitore senza che eventuali contro-interessati possano far valere le loro posizioni contrarie¹⁹².

¹⁹⁰ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, p. 610.

¹⁹¹ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 548.

¹⁹² F. Capriglione, *op. cit.*, p. 548; M. Spataro, *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, p. 52; M.

La rinuncia, in questo caso, si ritiene che debba farsi prima del deposito della relazione giurata finale in quanto risulta più complicato presentarla successivamente, dato che questo momento risulta come fase finale prima del trasferimento del bene.

In quest'ottica è necessario chiarire come la rinuncia di volersi avvalere degli effetti del patto non è da intendere come una degradazione del finanziatore allo status di “*mero creditore chirografario*”¹⁹³, in quanto la prelazione è comunque garantita dal comma tredicesimo bis dell'articolo 48 bis T.U.B. nella parte in cui prevede “*Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca*” garantendo di fatto tale distinzione tra i creditori¹⁹⁴. Per contro, è stata sollevata una teoria contraria¹⁹⁵ che non permette tale equiparazione salvo un caso specifico, e cioè quando contestualmente o successivamente al patto marcano il creditore abbia acceso l'ipoteca sul medesimo bene.

Oltre al potere concesso di contestare la stima, è ammessa la possibilità per il debitore di contestare anche la dichiarazione di

Tatarano, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n.1-2017/C, p. 39.

¹⁹³ L. Bonarini, *Il creditore chirografario*, in *Altalex*, 2021: “*Sono definiti tali i creditori che non sono assistiti da cause di prelazione e, in quanto tale, concorrono tra di loro in condizione di eguaglianza*”.

¹⁹⁴ M. Tatarano, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁵ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 548.

inadempimento¹⁹⁶ dinanzi a un giudice ordinario il quale giudicherà con una sentenza.

L'operazione di stima viene effettuata anche quando il bene oggetto di garanzia sia sottoposto simultaneamente ad esecuzione immobiliare ad opera del giudice dell'esecuzione. In questo caso, l'accertamento dell'adempimento non andrà condotto dinanzi a un giudice ordinario come visto precedentemente, ma dinanzi al giudice dell'esecuzione con relativa stima del bene da parte di un esperto nominato da quest'ultimo¹⁹⁷. Nel caso in cui, in seguito all'accertamento della dichiarazione di inadempimento, si abbia esito positivo, il giudice fisserà con ordinanza la somma da versare e il tempo per agire; avvenuto il versamento della somma, il giudice darà atto dell'avveramento delle condizioni.

In dottrina si dibatte sulla natura da affidare al trasferimento della proprietà del bene oggetto del patto. La dottrina maggioritaria ritiene che rivesta natura solutoria, mentre si discute sugli effetti e, in particolare, se, in seguito alla notificazione di volersi avvalere del patto, il patto marciano produca una trasformazione dell'obbligazione pecuniaria originaria – *il rimborso del credito ricevuto dalle banche* – in una obbligazione alternativa o con facoltà alternative o, ancora, in una *datio in solutum*¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Si ricordi come in realtà si tratti di una mera dichiarazione di inadempimento effettuata dalla banca in via unilaterale e, pertanto, opinabile e contrastabile da parte del destinatario.

¹⁹⁷ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 610.

¹⁹⁸ A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civile*, 2017, 1, p. 13 seguenti.

5. *L'avveramento della condizione sospensiva di inadempimento e il trasferimento del bene immobile*

La condizione sospensiva di inadempimento riveste particolare importanza in quanto, secondo quanto previsto dal comma ottavo dell'articolo 48 bis T.U.B.¹⁹⁹, sancisce il momento in cui gli effetti del patto si applichino ossia, in concreto, si provvede al trasferimento del bene oggetto di garanzia nei confronti del finanziatore.

Lo stesso comma ottavo offre una duplice alternativa per il momento in cui considerare avvenuta la condizione sospensiva. Secondo la prima ipotesi, si considera avverata «*al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6*».

Questa prima ipotesi si manifesta quindi nel caso in cui, in seguito alla stima effettuata dal perito, risulta un valore del bene uguale o inferiore all'ammontare del debito rimasto inadempito e la condizione si considera avverata quando viene comunicata al finanziatore²⁰⁰.

¹⁹⁹ Articolo 48 bis, comma ottavo, T.U.B. «*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'venuto 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. 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*».

²⁰⁰ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 609; C. Croci, *op. cit.*, p. 1460; A. Scotti, *op. cit.*, p. 1478; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 576.

La seconda ipotesi invece si ha qualora «*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*». In questa seconda diversa ipotesi invece si considera realizzata la condizione nel caso in cui il valore di stima effettuato dal perito risulti maggiore del *quantum* rimasto inadempito, compreso di tutte le spese ed i costi del trasferimento. Nel suddetto caso, il creditore dovrà procedere necessariamente a versare la parte eccedente rispetto al soddisfacimento delle sue pretese²⁰¹.

In dottrina è sorto il dubbio se si tratti veramente di una condizione sospensiva di inadempimento in quanto, se davvero lo fosse, il suo avverarsi “*dovrebbe coincidere con la scadenza dell'ultima rata non versata o del nono mese a partire dalla data convenuta per il rimborso, con un prodursi ipso iure della vicenda traslativa ovvero potestativamente, a volerla intendere come una condizione unilaterale lato sensu rinunziabile*”²⁰². Questa caratteristica viene meno nel patto marciano bancario in quanto l'articolo 48 bis t.u.b. rigetta la funzione di avvio della garanzia all'inadempimento, ma la si trova nella comunicazione della dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto con la conseguenziale stima del perito.

Altro dubbio sollevato in dottrina, in presenza di una lacuna in materia, riguarda il fatto che il destinatario di questa eventuale somma eccedente il valore del debito rimasto inadempito possa essere, oltre all'imprenditore destinatario del finanziamento, anche il

²⁰¹ M. De Poli, *Le garanzie bancarie*, p. 609; C. Croci, *op. cit.* p. 1460; A. Chianale, *Le garanzie reali*, p. 576; A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marziani*, p. 420.

²⁰² S. Pagliantini, “L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.”, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 5, 2016, p. 976.

diverso soggetto titolare del bene dato in garanzia . A tal riguardo, attraverso una interpretazione estensiva delle norme, possiamo confermare come tale diritto spetta anche a quest'ultimo soggetto. La conferma la troviamo sia nel comma secondo dell'articolo 48 bis t.u.b.²⁰³, sia dal comma ottavo in esame in cui si prevede “*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*”. Proprio la previsione “*al titolare del diritto reale immobiliare*” ci fa ritenere come il destinatario dell'eventuale somma eccedente il *quantum* rimasto inadempito sia tanto l'imprenditore destinatario del finanziamento, tanto il diverso soggetto garante.

Inoltre, si desume dal comma in esame come, per rendere di facile e rapida attuazione tale versamento di denaro, si debba prevedere un conto corrente bancario ²⁰⁴ senza spese intestato all'imprenditore o al garante.

In riferimento a ciò, vi è un'altra lacuna e ci si è chiesto presso quale banca tale conto debba essere acceso. Infatti, il comma ottavo nulla dice se tale accensione vada effettuata nella stessa banca che ha concesso il finanziamento, nel caso in cui coincide con il creditore, o presso una banca diversa.

Secondo un Autore, sembra che si voglia fare riferimento al fatto che si debba accedere il conto alla stessa banca e ciò lo si può evincere dallo

²⁰³ Articolo 48 bis, comma secondo, T.U.B. « [...] *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*».

²⁰⁴ Per conto corrente bancario si intende un contratto con il quale le parti si obbligano ad annotare i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.

stesso comma ottavo nella parte in cui si prevede che il conto debba essere “*senza spese*”²⁰⁵.

Nulla sembra vietare però che tale accensione si abbia invece presso una banca diversa. In questo caso si pongono due problemi: il primo riguarda l’illegittimità della possibilità di avere la tenuta del conto in maniera gratuita, in quanto - il problema che si avrebbe - si manifesterebbe nel caso in cui la diversa banca, presso cui si è aperto il conto, faccia chiudere il conto stesso anticipatamente e quindi prima del versamento dell’eccedenza. In questo caso, si dovrebbe procedere con i meccanismi tipici dell’offerta reale che, tuttavia, sono in netto contrasto con la *ratio* dell’istituto che predilige invece una rapida ed efficiente esecuzione.

Verificatasi la condizione sospensiva si produce così il trasferimento dell’immobile oggetto di garanzia senza il necessario manifestarsi di altri elementi²⁰⁶, ad eccezione della cancellazione dell’indicazione della condizione sospensiva²⁰⁷.

In dottrina è stato sollevato il dubbio se possa valere la regola per cui il venditore sia tenuto agli obblighi di garanzia per i vizi della cosa verso l’acquirente ovvero se si applichi la fattispecie dell’articolo

²⁰⁵ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 547.

²⁰⁶ G. Liace, *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, in *Banca Impresa Società*, 2, 2017, p. 247; M. Spataro, *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento sospensivamente condizionato*, p. 52.

²⁰⁷ In questa occasione, dovrà essere presentata davanti al notaio una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da effettuarsi ai sensi *ex arti.* 47 D.P.R. n. 445/2000 in cui si attesta l’inadempimento del debitore allegando un estratto autentico delle scritture contabile ai sensi dell’articolo 2214 codice civile.

2922 Codice civile²⁰⁸. Innanzitutto, si dovrebbe rispondere al primo dubbio in maniera contraria in quanto non si è avuto un trasferimento di bene immobile in seguito a una procedura forzata dal giudice dell'esecuzione, salvo il caso del comma decimo²⁰⁹; anzi, come precedentemente evidenziato, uno dei principi e dei motivi della introduzione di tale disciplina risiede proprio nel fatto di non dover iniziare un processo giudiziario in caso di inadempimento. Inoltre, nonostante all'articolo 568 cod. proc. civ.²¹⁰ si richiami tale garanzia nella

²⁰⁸ Articolo 2922 Codice civile «Nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa. Essa non può essere impugnata per causa di lesione».

²⁰⁹ Articolo 48 bis, comma decimo, T.U.B. «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 e il valore di stima è determinato dall'esperto nominato dallo stesso giudice. Il giudice dell'esecuzione provvede all'accertamento dell'inadempimento con ordinanza, 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. Avvenuto il versamento, il giudice dell'esecuzione, con decreto, dà atto dell'avveramento della condizione. Il decreto è annotato ai fini della cancellazione della condizione, a norma dell'articolo 2668 del codice civile. 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».

²¹⁰ Articolo 568 Codice procedura civile «Agli effetti dell'espropriazione il valore dell'immobile è determinato dal giudice avuto riguardo al valore di mercato sulla base degli elementi forniti dalle parti e dall'esperto nominato ai sensi dell'articolo 569, primo comma.

Nella determinazione del valore di mercato l'esperto procede al calcolo della superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, del valore per metro quadro e del valore complessivo, esponendo analiticamente gli adeguamenti e le correzioni della stima, ivi compresa la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene

parte in cui si prevede «*la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto*», si presume che tale attività sia già stata svolta dal perito secondo un *iter* regolamentato e non invece negoziato dalle parti.

In seguito a quanto appena descritto, si è arrivati alla conclusione per cui nella fattispecie in esame non si applica la garanzia per i vizi della cosa venduta in quanto vi ha già tenuto conto il perito in sede di valutazione dell'immobile²¹¹.

Infine, perfezionatosi il trasferimento del diritto al creditore, quest'ultimo potrà liberamente disporne. Nella maggioranza dei casi, salvo che abbia interesse a mantenerne la proprietà, sarà oggetto di una successiva vendita²¹².

A differenza di quanto previsto nell'articolo 120 quinquiesdecies, comma terzo, T.U.B. (che analizzeremo nel capitolo successivo), il legislatore non tratta il tema dell'esdebitazione nell'articolo 48 bis T.U.B. cosicché lascia vuoti normativi nell'ipotesi in cui il valore ricavato non sia sufficiente a coprire l'importo delle pretese del finanziatore comprensivo di debito residuo e relative spese²¹³. La principale conseguenza per il

venduto, e precisando tali adeguamenti in maniera distinta per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute».

²¹¹ M. Spataro, *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, I, 2016, p. 53.

²¹² M. Spataro, *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, *op. cit.*, pp. 53 ss.

²¹³ M. De Poli, *op. cit.*, p. 610; E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1815; Tatarano, *op. cit.*, p.41

debitore è quella di restare obbligato per la differenza in quanto non dovrebbe operare l'estinzione del debito. Infatti, l'avversarsi degli effetti del patto estinguono il debito solo sino alla concorrenza e non per l'intero²¹⁴. Questo vuoto normativo pare non lasciare pochi dubbi in merito, nonostante siano state avanzate teorie in contrasto tra di loro sulla sua efficacia o meno nonostante la non esplicita previsione.

Prima di procedere ad affrontare l'argomento, occorre specificare come in realtà, sotto l'aspetto pratico, tale eventualità dovrebbe realizzarsi raramente. Il primo motivo è da rinvenire nel fatto che al creditore è sempre ammesso ricorrere all'utilizzo dei rimedi ordinari qualora il valore di stima non sia necessario per coprire il debito rimasto inadempito; e, inoltre, perchè non è escluso che lo stesso bene sia oggetto di un cumulo di garanzie fra ipoteca e alienazione marciata²¹⁵. Nonostante ciò, il valore immobiliare è soggetto a varie oscillazioni nel tempo e che quindi possa, in un momento successivo alla stipulazione della garanzia sul bene, vedere diminuire il proprio valore con la conseguenza di una diminuzione del valore della garanzia del creditore.

Una prima teoria prevede che, in assenza di previsione normativa dell'effetto esdebitativo, sembra difficile concepire una *datio in solutum* parziale²¹⁶. Dello stesso avviso è anche l'idea per cui, se il trasferimento del diritto di proprietà venisse sorretto ed equiparato ad una funzione di garanzia, esso non può non risultare giustificato dalla stessa causa; in

²¹⁴ M. Spataro, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁵ F. Mosconi, *L'esdebitazione nell'attuazione del patto marciato disciplinato dall'art. 48-bis T.U.B.*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2019, p. 161.

²¹⁶ A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciato e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1413

realtà, il patto che eventualmente assegnerebbe valore estintivo nel caso in cui il valore del bene risulti inferiore all'ammontare del debito residuo trasformerebbe l'operazione in una dazione in pagamento²¹⁷.

Altra parte della dottrina invece sembra voler confermare tale effetto anche in assenza di una sua previsione nella disciplina in esame. Nello specifico, è stata avanzata una teoria in cui si mostra l'inconveniente di non prevedere tale effetto esdebitativo nell'articolo 48 bis T.U.B per almeno tre motivi: un motivo tecnico, un motivo assiologico e il terzo motivo andrebbe rinvenuto nella *ratio* del patto in cui si affermava la non previsione del contenzioso dell'esecuzione forzata e di procedere in maniera più rapida ed efficiente²¹⁸. A tal proposito, l'idea di sostenere che l'esdebitazione non debba operare solamente per il fatto che nel comma tredicesimo bis²¹⁹ vi sia il riferimento "patto a scopo di garanzia" non trova fondamento in quanto l'intero articolo gravita intorno alla novella del trasferimento del bene eliminando, quindi, ogni dubbio circa una natura solutoria della causa.

Altra teoria sollevata è stata quella di consentire, attraverso l'autonomia privata delle parti, di prevedere e inserire una clausola che preveda l'acquisto della proprietà e l'estinzione dell'obbligazione anche qualora il valore del bene sia inferiore al debito residuo,

²¹⁷ A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4, p. 815 seguenti.

²¹⁸ S. Pagliantini, *op. cit.*, p. 951; M. Confortini, *Clausole negoziali vol. 2*, 2019, p. 1085.

²¹⁹ Articolo 48 bis, comma tredicesimo bis, T.U.B. «*Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca*».

richiamando in maniera simile l'istituto della *datio in solutum*²²⁰. L'inserimento di detta clausola produrrebbe una sorta di “*doppio binario*”: da un lato, nel caso in cui la stima sia di un valore superiore al debito residuo si applicherebbero le regole generali del patto marciano per non ricadere nel divieto del patto commissorio; dall'altro, nel caso in cui invece la stima sia di un valore inferiore si applicherebbe detta clausola inserita nel contratto di finanziamento.

6. *La trascrizione del patto marciano*

La trascrizione è un elemento fondamentale dell'istituto che ha come scopo il trasferimento di un diritto reale sul bene immobile a garanzia dell'inadempimento del debitore ma che, per essere opponibile ai terzi, deve necessariamente essere trascritto negli appositi registri per salvarne gli effetti verso i terzi.

Di tale necessità si trova conferma nello stesso articolo 48 bis, comma primo, t.u.b. in cui si prevede la nota di trascrizione²²¹ che dovrà ricomprendere la condizione sospensiva e gli elementi dei *numeri* 4), 5), 6) dell'articolo 2839, comma secondo, Codice civile²²². Quanto appena evidenziato risulta pienamente in linea con l'articolo 2659, comma

²²⁰ Tatarano, *op. cit.*, p. 41.

²²¹ A. Chianale, *Le garanzie reali, op. cit.*, p. 574.

²²² Articolo 2839, comma secondo, Codice civile « 4) *l'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa [2838]; 5) gli interessi e le annualità che il credito produce [2855]; 6) il tempo della esigibilità*».

secondo, Codice civile²²³ in cui si ammette “*che possano essere fatti oggetto di trascrizione atti sottoposti a condizione sospensiva*”²²⁴.

Vi è da precisare che si tratta di una novità introdotta in sede di conversione rispetto al testo originale, una modifica ritenuta necessaria per assicurare una tutela migliore possibile ai creditori concorrenti²²⁵.

Tuttavia, la prelazione si mantiene valida nei limiti imposti dall'articolo 2855 Codice civile²²⁶ a cui si fa un riferimento espresso nello stesso articolo 48 bis t.u.b. al comma tredicesimo ter, in cui, si prevede che «*La trascrizione del patto di cui al comma 1 produce gli effetti di*

²²³ Articolo 2659, comma secondo, Codice civile «*Se l'acquisto, la rinunzia o la modificazione del diritto sono sottoposti a termine o a condizione, se ne deve fare menzione nella nota di trascrizione. Tale menzione non è necessaria se, al momento in cui l'atto si trascrive, la condizione sospensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto*».

²²⁴ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1817.

²²⁵ C. Croci, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, *op. cit.*, pp. 1454 ss.

²²⁶ Articolo 2855 Codice civile «*L'iscrizione del credito fa collocare nello stesso grado le spese dell'atto di costituzione d'ipoteca, quelle dell'iscrizione [2846] e rinnovazione e quelle ordinarie occorrenti per l'intervento nel processo di esecuzione [499, 563 c.p.c.]. Per il credito di maggiori spese giudiziali le parti possono estendere l'ipoteca con patto espresso, purché sia presa la corrispondente iscrizione. Qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione [2839 n. 5]. La collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento [492, 555 c.p.c.], ancorché sia stata pattuita l'estensione a un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati hanno effetto dalla loro data [54 l. fall.]. L'iscrizione del capitale fa pure collocare nello stesso grado gli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento, però soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita [574, 581 c.p.c.; 54 l. fall.]».*

cui all'articolo 2855 del codice civile, avendo riguardo, in luogo del pignoramento, alla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5».

Analizzando gli elementi tassativi da inserire nella trascrizione, sono state avanzate teorie e dubbi: partendo dal primo elemento “*l'importo della somma per la quale la garanzia è presa*”, una prima presa di posizione vede in questo un richiamo all'articolo 2838 Codice civile²²⁷: per il caso in cui non venga inserita la somma per la quale viene concessa la garanzia, l'importo potrà essere inserito nella nota di trascrizione dal creditore²²⁸.

Una interpretazione contraria ad essa invece prevede che nel caso in cui non venga specificata la somma, renderà impossibile procedere alla trascrizione o, se è già stata eseguita, ne comporterà la nullità e, dunque, la sua inopponibilità della cessione in garanzia verso i diversi creditori e ai terzi che successivamente abbiano acquistato diritti sul medesimo bene²²⁹.

Quanto invece al requisito del “*tempo dell'esigibilità*”, si ritiene che debba essere inserita affinché vi sia una migliore informazione ai terzi. La sua omessa indicazione non porta alla nullità, salvo che non produca incertezza sull'esistenza del credito²³⁰.

Per l'ultimo requisito richiesto, ossia “*gli interessi e le annualità che il credito produce*”, dato il richiamo al già citato articolo 2855 c.c., l'omessa

²²⁷ Articolo 2838 Codice civile «*Se la somma di danaro non è altrimenti determinata negli atti in base ai quali è eseguita l'iscrizione o in atto successivo [2809], essa è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione [2839 n.4, 2855]. Qualora tra la somma enunciata nell'atto e quella enunciata nella nota vi sia divergenza, l'iscrizione ha efficacia per la somma minore*».

²²⁸ A. Chianale, *op. cit.*, p. 413.

²²⁹ C. Croci, *op. cit.*, p. 1455.

²³⁰ C. Croci, *op. cit.*, p. 1455.

indicazione del carattere fruttifero avrà come effetto quello di escludere l'estensione della prelazione agli accessori del credito²³¹.

7. *Il concorso con gli altri creditori.*

Nella formula originaria del d.l. n. 59 del 2015 introduttivo dell'articolo 48 bis t.u.b., una volta prodotti gli effetti traslativi dell'immobile questi avrebbero privato gli eventuali creditori concorrenti sul bene in quanto il bene del debitore sarebbe diventato di proprietà della banca creditrice, lasciando a quest'ultimi solamente la parte di residuo che il creditore avrebbe dovuto restituire al debitore nel caso in cui il valore della stima risultasse superiore al *quantum* rimasto inadempito. Risultava assolutamente pacifico ammettere tale possibilità ma, tuttavia, i terzi creditori per poter agire sul cespite avrebbero dovuto instaurare una procedura esecutiva munendosi di un titolo esecutivo da usare contro la banca²³². Per questo motivo, in sede di conversione, si è voluto modificare la previsione andando a equiparare «*ai fini del concorso tra creditori*» il patto marciano all'ipoteca.

Di tale innovazione si trova conferma nell'articolo 48 bis, comma tredicesimo bis, t.u.b. in cui si afferma «*ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca*».

Tutto questo però fa sorgere un dubbio e delle perplessità. Il motivo lo si rinviene nel fatto che un trasferimento di natura

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ivi*, p. 1462.

solutoria abbia valenza di un vincolo “*che si aggiunge [a quello] delle tipiche garanzie reali*”²³³ dato che per bene alienato si intende un bene sottratto dal patrimonio. Detto questo, una garanzia che non sia comprensiva di questa caratteristica, è destinata a creare una maggiore tutela rispetto agli altri creditori nel caso in cui la somma eccedente da restituire al debitore non sia presente in quanto la stima non era di un valore superiore al *quantum* del debito rimasto²³⁴.

In aggiunta, va precisato come la legge non dia una indicazione sulla destinazione della somma residua derivante dal soddisfacimento della pretesa del creditore.

Tuttavia, la presenza di una pluralità di creditori non necessariamente implica l'apertura di un processo di concorso tra di loro, salvo che si abbia una esecuzione immobiliare sul bene ceduto in garanzia.

Nonostante ciò, si ammette, in concordanza con il testo originario della norma, che eventuali creditori possano avviare verso terzi – *che nella quasi totalità dei casi corrispondono alla banca creditrice* - una procedura di esecuzione sulla somma dovuta al debitore che risulti eccedente una volta che il creditore abbia provveduto al proprio rimborso del finanziamento concesso, compreso delle spese legali²³⁵. Detto procedimento necessiterà di una notificazione di atto di pignoramento da inviare al debitore.

Il soddisfacimento delle pretese dei creditori potrebbe subire un pregiudizio. Di tale fondatezza ne troviamo un richiamo al comma ottavo dell'articolo 48 bis t.u.b. nella parte in cui disciplina che « [...] *l'espressa*

²³³ C. M. Bianca, *Diritto civile. Vol. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 279.

²³⁴ S. Pagliantini, *op. cit.*, p. 953.

²³⁵ C. Croci, *op. cit.*, p. 1462.

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». Non è raro che detto conto, che nella maggioranza dei casi si tratta di un conto passivo, sia utilizzato solamente dall'imprenditore per adempiere ai propri debiti derivanti dall'attività economica svolta con la conseguenza che il conto, al momento del versamento di detta somma, si trovi in uno stato finanziario negativo in cui detto versamento verrebbe prontamente ridotto in seguito al pagamento dei propri debiti. La conseguenza principale è che gli eventuali creditori potrebbero soddisfarsi non sul totale dell'importo restitutorio di appartenenza del debitore, ma solamente sul saldo attivo del conto corrente, e solamente in seguito all'instaurazione di una procedura esecutiva contro la banca.

A tutela dei terzi creditori, si è provato a offrire una soluzione ritrovabile nella parte in cui il comma ottavo prevede un «*apposito conto corrente bancario senza spese*», in cui si cerca di non gravare di ulteriori costi il finanziato e permettere ai creditori di potersi soddisfare sull'intera somma attraverso l'apertura di un conto corrente *ad hoc* per quel finanziamento²³⁶.

Altra strada intrapresa per tutelare i creditori dal pregiudizio subito è l'uso di tre metodi alternativi tra di loro: il primo metodo consiste in una domanda di nullità esperibile nel caso in cui, la

²³⁶ C. Croci, *op. cit.*, p. 1463.

concreta modalità operativa²³⁷ attuata dalle parti, sia in netto contrasto con il divieto generale del patto commissorio; il secondo metodo consiste invece in una domanda di simulazione per dimostrare come in realtà si stia agendo tramite un patto commissorio; infine, il terzo metodo consiste nella revocatoria ordinaria che presuppone una situazione di difficoltà maggiore per la soddisfazione degli altri creditori o nel caso in cui il patrimonio del debitore risulti incapiente²³⁸.

8. *Note conclusive sulla distinzione con il divieto del patto commissorio*

La linea di confine tra il patto marciano ed il patto commissorio è estremamente sottile e ampie sono le possibilità di vedere la propria operazione di finanziamento ricadere nel divieto dell'articolo 2744 Codice civile che ha come principale conseguenza la nullità dell'operazione²³⁹.

Il patto commissorio è l'accordo in cui si prevede che il creditore, in caso di inadempimento del debitore, possa diventare proprietario della cosa oggetto di garanzia. Tuttavia, si tratta di un patto che nel nostro ordinamento è vietato e, per accertarne l'illiceità, sarà necessario dimostrare che *«gli accordi siano tra loro funzionalmente connessi e interdipendenti, in modo da risultare idonei al raggiungimento di un comune scopo di garanzia»*²⁴⁰;

²³⁷ Cass., 12 gennaio 2009, n. 437 *«Il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 cod. civ. [...] si estende a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente di per sé lecito, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento [...]»*.

²³⁸ C. Croci, *op. cit.*, p.1463.

²³⁹ M. De Poli, *op. cit.*, p. 605.

²⁴⁰ Cfr. Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075 *«L'art. 2744 c.c., sancendo il divieto del patto commissorio, postula che il trasferimento della proprietà della cosa sia sospensivamente condizionato al*

motivo per cui il giudice dovrà considerare le cause dei contratti che le parti volevano raggiungere²⁴¹.

Tuttavia, il solo richiamo alla causa del contratto non è stato ritenuto un sufficiente criterio per risalire alla reale intenzione delle parti e, per questo motivo, giurisprudenza e letteratura hanno elaborato i seguenti indici: a) lo stato di necessità del debitore; b) la coercizione ad opera del creditore verso la controparte debitrice; c) la corrispondenza tra il prezzo pagato e la somma versata a titolo di mutuo²⁴². A fondamento di ciò abbiamo la sentenza della Corte di Cassazione 6 luglio 2017, n. 16646²⁴³ in cui si evidenziano i tre criteri, che devono presentarsi in

verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché detto patto non è configurabile qualora il trasferimento avvenga, invece, allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto»; Cass., 3 giugno 1983, n. 3800 « Il trasferimento, ancorché immediato, della proprietà di un bene al mutuante con la funzione primaria di costituire una garanzia reale e il contestuale versamento di una somma al mutuatario con obbligo di restituzione entro un certo termine, in forza di un titolo ben diverso da quello che giustificerebbe il pagamento di un prezzo di vendita, pongono in luce l'effettiva causa del contratto, che è nettamente divergente, anche in questo caso, da quella tipica della compravendita vera e propria; ed è una causa illecita, in quanto volta a frodare il divieto del patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio».

²⁴¹ Cass., 10 marzo 2011, n. 5740 «*Il divieto del patto commissorio decretato dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, quale che ne sia il contenuto, impiegato per conseguire il risultato vietato dall'ordinamento. Anche una procura a vendere un immobile, rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, può integrare la fattispecie vietata, sempre che si accerti la sua connessione funzionale con il contratto di mutuo».*

²⁴² A. Cecconi, *Brevi osservazioni sulla distinzione tra patto mariano e patto commissorio*, in *Il foro padano: rivista mensile di giurisprudenza italiana e di dottrina*, 2017, p. 216.

²⁴³ Cass., 6 luglio 2017, n. 16646 «*Posto che viola il divieto del patto commissorio l'operazione contrattuale che veda la compresenza delle seguenti circostanze: a) l'esistenza*

modo contestuale, e che richiamerebbero l'esistenza di una operazione contraria al dettato normativo.

Nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, il divieto del patto commissorio è diventato un punto di riferimento per la valutazione della liceità delle garanzie reali atipiche affinché si riesca ad individuare una garanzia con un contenuto uno scopo lecito.²⁴⁴

Del patto commissorio abbiamo visto già nel corso del primo capitolo come abbia origine antiche: nacque nel diritto romano per risolvere le pratiche usuraie fino a venire ricompreso nel nostro Codice civile. Inizialmente, detto divieto operava solamente a riguardo di una vendita sospensivamente condizionato al successivo pagamento del debito.

Tale orientamento venne modificato dalla Cassazione con la sentenza n. 3800 del 1983²⁴⁵, che considerò come illeciti tutti quei contratti in cui la funzione di garanzia rappresentasse la stessa causa del finanziamento. Il legislatore è voluto intervenire principalmente a tutela della parte debole del contratto, ossia quella che si trova in una situazione

(precedente o contestuale) di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice; b) una situazione di difficoltà economica del venditore legittimante il sospetto di relativo approfittamento; c) la sproporzione tra valore del bene alienato ed entità del prezzo versato, deve considerarsi nullo il negozio di sale and lease back nell'ipotesi in cui, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, il debitore trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene, riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza peraltro prevedere alcuna facoltà».

²⁴⁴ C. De Menech, *I contratti*, 8-9, 2015, p. 824.

²⁴⁵ Vedi nota 233.

economica difficile e che è quasi obbligato ad accettare condizioni sfavorevoli per concludere il contratto con un valore inferiore rispetto al valore del bene dato in garanzia²⁴⁶. La stessa Cassazione, con la sentenza 21 gennaio 2005, n. 1273²⁴⁷ affermò che le difficoltà economiche del debitore formano uno squilibrio economico a favore del creditore; squilibrio che cercherà di sfruttare a proprio vantaggio per cercare di arrivare ad un maggior vantaggio economico possibile.

A prescindere dalle varie tesi che si sono susseguite, il comune scopo è da rinvenire sull'ampliamento del divieto dell'articolo 2744 c.c. e dell'articolo 1963 c.c. e considerarle come “*norme c.d. materiali*”, ossia norme che proibiscono un risultato economico a prescindere dal modo in cui le parti riescano a raggiungerlo²⁴⁸. Si è concluso affermando che l'invalidità del patto commissorio viene posta a tutela del debitore che si trova in una posizione di soggezione rispetto al creditore.

In conclusione, possiamo affermare che a fondamento dell'articolo 2744 e 1963 del Codice civile vi siano tre elementi la cui presenza contestuale è necessaria per incorrere nel divieto e si tratta

²⁴⁶ A. Cecconi, *op. cit.*, p. 219.

²⁴⁷ Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273 «[...]viola la "ratio" del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la "ratio" del contratto di compravendita [...]».

²⁴⁸ A. Luminoso, *op. cit.*, p. 14.

di: la destinazione da parte del debitore di un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore, la possibilità di svincolare il bene dalla garanzia con il pagamento del debito e, infine, la non possibilità di recuperare l'eventuale eccedenza del valore del bene.

Quest'ultimo passo è di particolare importanza ed è l'elemento chiave che permette di differenziare l'istituto con il patto marciano che, invece, all'interno dell'ordinamento trova una propria regolamentazione.

Oltre a quanto visto, varie sono state le sentenze della Cassazione che nel corso degli anni hanno cercato di evidenziare la formula secondo la quale il disvalore del patto commissorio sia rinvenibile nell'illiberalità di un trasferimento che si attuerà al momento dell'inadempimento, mettendo così il debitore dinanzi alla scelta tra adempiere o subire la perdita della proprietà del bene²⁴⁹.

²⁴⁹ Cass., 17 aprile 2014, n. 8957 «*Ai fini dell'operatività del divieto del patto commissorio, è il profilo funzionale dell'operazione, nel senso che l'assetto d'interessi risultante dalle pattuizioni intervenute tra le parti dev'essere tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento del bene al creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, restando invece irrilevanti la natura obbligatoria, traslativa o reale del contratto attraverso il quale si realizza il predetto intento, il momento in cui l'effetto traslativo è destinato a realizzarsi, lo strumento negoziale destinato alla sua attuazione e la stessa identità delle parti che abbiano posto in essere i negozi preordinati al conseguimento del predetto risultato. Pertanto, anche la vendita con patto di riscatto o di retrovendita può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto, ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute.*

Come visto già nel corso del capitolo primo, la sentenza forse più importante è la pronuncia delle Sezioni Unite del 1989²⁵⁰ in cui si afferma la nullità di una vendita che sia sospensivamente condizionata all'inadempimento della controparte non prevedendo il destino dell'eventuale somma in eccesso rispetto al *quantum* del debito.

A conclusione dell'indagine sul conflitto tra patto commissorio e patto marciano, oltre alle sentenze già citate, merita particolare attenzione anche la sentenza che venne emanata nel 2013²⁵¹ in cui invece si ammette, per converso, la liceità del patto marciano.

Non sono mancati interventi volti ad attenuare la rigidità dell'articolo 2744 c.c. allo scopo di ottenere risultati interpretativi più favorevoli all'autonomia contrattuale delle parti. Alcuni hanno proposto così di ritenere come non ricorrente la violazione qualora *“il creditore dia la concreta prova del fatto che il bene oggetto del patto avesse avuto, al momento della conclusione dello stesso, un valore non superiore all'entità del credito”*²⁵². Altri autori

²⁵⁰ Cass., 3 aprile 1989, n. 1611 *«è nulla la vendita con patto di riscatto ove le parti, nel comune intento di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo sottostante, subordinino gli effetti del trasferimento, apparentemente immediato, all'adempimento del debitore-venditore»*.

²⁵¹ Cass., 9 maggio 2013, n. 10986 *«È nulla la vendita con patto di riscatto (o di retrovendita) che, risultando inserita in una più complessa operazione contrattuale, caratterizzata dalla sussistenza di un rapporto credito-debitorio tra venditore ed acquirente, sia piegata al perseguimento non già di un trasferimento di proprietà, bensì di un rafforzamento, in funzione di subordinazione e di accessorialità rispetto al mutuo, della posizione del creditore, suscettivo di determinare la (definitiva) acquisizione della proprietà del bene in mancanza di pagamento del debito garantito, così realizzando il risultato giuridico ed economico vietato dall'art. 2744 c.c.»*.

²⁵² A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 240 seguenti.

hanno invece proposto di convertire, ai sensi dell'articolo 1424 c.c.²⁵³, il patto commissorio in patto marciano solamente quella parte negoziale che ricadrebbe nel divieto del patto, operando di fatto una nullità parziale che riguardi esclusivamente la parte di reddito che risulti eccedente e la disciplina che non preveda l'ipotesi del rimborso a favore dei debitori²⁵⁴.

²⁵³ Articolo 1424 Codice civile «*Il contratto nullo puo' produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*».

²⁵⁴ V. Viti, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciani*, in *Il corriere giuridico*, 12/2017, p. 1514.

CAPITOLO III

IL PATTO MARCIANO BANCARIO CON IL CONSUMATORE

1. *Introduzione all'istituto*

Il patto marciano bancario con il consumatore viene introdotto dal d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (conosciuto come Decreto Mutui), in attuazione della Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (Mortgage Credit Directive) – *recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE*²⁵⁵ -, il quale, ha introdotto agli articoli 120 *quinquies* e seguenti T.U.B. l'istituto rubricato “*Credito immobiliare ai consumatori*”, che viene anche definito come “*contratto di credito ai consumatori garantito da ipoteca su beni immobili residenziali*”²⁵⁶.

La Direttiva 2014/17/UE riveste particolare importanza in quanto ha come obiettivo quello di regolare in modo uniforme il mercato del credito ipotecario, dal momento che lo stesso rappresenta una parte importante dell'economia europea. A riscontro di quanto appena descritto, possiamo trovarne conferma nei lavori preparatori della direttiva in cui si afferma come circa il 70% dei cittadini dell'UE «*sono proprietari occupanti e che la maggior parte di tali proprietà è stata acquistata con l'aiuto di prestiti ipotecari i quali valgono più del 25% del PIL dell'UE*»²⁵⁷.

²⁵⁵ Cit., *EUR-Lex*.

²⁵⁶ P. Bontempi, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, VIII edizione, p. 280.

²⁵⁷ F. Galgano, *Le operazioni di finanziamento*, 2016, p. 632.

Una delle ragioni che hanno spinto il legislatore europeo ad intervenire è da scovare nella presenza di vari problemi sorti all'interno del mercato del credito che sono legati al comportamento irresponsabile degli operatori nella concessione dei mutui²⁵⁸. Attraverso la richiesta fatta agli organismi europei di una maggiore chiarezza in materia, è stata emanata una normativa settoriale dedicata completamente, o quasi, alla gestione dei mutui per i beni immobili residenziali.

La nuova disciplina ricopre un campo di applicazione ampio andando a ricomprendere ogni finanziamento che viene erogato a un consumatore con l'apposizione della garanzia reale sull'immobile residenziale²⁵⁹ o, come sancito dall'articolo 120 quinquies t.u.b. «*finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*».

L'articolo 120 *quingiesdecies* t.u.b. è stato introdotto prendendo a riferimento l'articolo 28 della Direttiva c.d. *Mortgage Credit Directive*²⁶⁰, intitolato “*Morosità e pagamenti*”, con lo scopo di creare un mercato europeo funzionante che abbia come principio cardine quello di offrire al consumatore un livello elevato di protezione. Si è intervenuti per tutelare la parte “debole” del rapporto, corrispondente al consumatore, e di cercare di superare i problemi relativi alla lunghezza delle ordinarie procedure esecutive che si svolgono dinanzi a un giudice.

²⁵⁸ G. Rossi, *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contratti e impresa*, 6, 2016, p. 1493.

²⁵⁹ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, *op. cit.*, p. 393.

²⁶⁰ Il suo recepimento si è attuato mediante il d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72.

L'articolo 28 della MCD²⁶¹ (*Mortgage Credit Directive*) suggerisce forme efficaci e tempestive volte al rapido recupero del credito nel caso in cui il destinatario del finanziamento, ossia il consumatore-debitore, risulti inadempiente, offrendo soluzioni differenti dalle classiche azioni giudiziali risultanti dispendiose e con tempi di esecuzione molto lunghi. Si è ritenuto di attuare tale scopo attraverso previsioni che assicurano ai destinatari, nella fase patologica contrattuale, una gestione trasparente e corretta da parte degli intermediari nel settore dei contratti di credito relativi a beni immobili²⁶².

²⁶¹ Articolo 28 Direttiva 2014/17/UE «*Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia.*

Gli Stati membri possono imporre che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento.

Gli Stati membri possono consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento. In tal caso, gli Stati membri fissano un limite massimo per tali oneri.

Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito.

Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia. Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori».

²⁶² F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2063; F. Galgano, *op. cit.*, p. 633.

Il comma primo dell'articolo 120 *quinquiesdecies* t.u.b.²⁶³, in attuazione dell'articolo 28, paragrafo 1, MCD, prevede che “*gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione delle garanzie*”, imponendo che i finanziatori abbiano strutture capaci di offrire una efficiente gestione dei rapporti con i consumatori in difficoltà²⁶⁴.

Nello specifico, nei casi in cui il consumatore risulti inadempiente, si impone ai finanziatori di adottare delle misure volte, nel più possibile dei casi, ad agevolare le difficoltà riscontrate dal debitore prima di procedere alle azioni esecutive. Inoltre, il creditore è tenuto a una serie di obblighi come, ad esempio, comunicare al consumatore che nel caso di un ritardo di pagamento di una rata per oltre 30 giorni, quest'ultimo può incorrere nel rischio di perdere il diritto di proprietà sul bene immobile oggetto di garanzia.

Allo stesso modo, l'articolo 28, comma secondo, MCD²⁶⁵, impone che al consumatore non possano essere addebitati oneri

²⁶³ Articolo 120 *quinquiesdecies*, comma primo, t.u.b. «*Fermo restando quanto previsto ai sensi dell'articolo 40, comma 2, il finanziatore adotta procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. 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*».

²⁶⁴ F. Capriglione, *cit.*, p. 2064.

²⁶⁵ Articolo 28, comma secondo, MCD «*Gli Stati membri possono imporre che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento*».

superiori al soddisfacimento delle spese sostenute dal creditore a causa dell'inadempimento²⁶⁶.

L'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. è alquanto enigmatico nella parte in cui prevede “*la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi*” in quanto il termine “*restituzione*” è privo di senso dato che si cerca di richiamare l'istituto del leasing tra i finanziamenti immobiliari che, invece, nel nostro ordinamento è già oggetto di una diversa disciplina²⁶⁷ che sarà oggetto di trattazione in un paragrafo successivo.

In concreto, la nozione di “*restituzione*” si dovrebbe intendere come il riacquisto del possesso di un bene di cui prima si era titolari ma, come sappiamo, nel patto marciano questa possibilità è da escludere in quanto uno degli elementi essenziali è l'esistenza di una garanzia reale che viene apposta su un immobile di cui il finanziatore non è titolare²⁶⁸.

Nel patto marciano con il consumatore si prevede, in sintesi, la possibilità concessa alle parti contrattuali di prevedere che, nel caso di un finanziamento concesso da una banca o da un ente autorizzato a farlo, con il successivo inadempimento da parte del consumatore, si procederà al rimborso del prestito ottenuto attraverso il trasferimento del bene offerto in garanzia, ovvero la vendita del bene stesso e la possibilità per il creditore di soddisfarsi sul ricavato.

In seguito a ciò, ci si può trovare in due situazioni – che analizzeremo successivamente nel dettaglio – e cioè: una prima ipotesi, in cui il valore

²⁶⁶ M. Tatarano, *cit.*, p. 25.

²⁶⁷ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciani.*, p. 395.

²⁶⁸ F. Capriglione, *cit.*, p. 2070.

del bene sia di misura inferiore al *quantum* residuo. In questo caso, si è deciso di prevedere ugualmente l'estinzione del debito anche per quella parte che non verrebbe rimborsata.

La seconda ipotesi, invece, si ha nel caso in cui in seguito alla vendita del bene o al trasferimento della proprietà, la banca dovrà corrispondere al consumatore quella parte di valore che risulta superiore, rispetto al prestito che era rimasto inadempito, una volta provveduto al soddisfacimento delle proprie pretese.

Quello che si vuole sottolineare è che in entrambi i casi si consente al creditore di vedere soddisfatta la propria pretesa economica senza il necessario ricorrere alla procedura esecutiva con una disapplicazione delle regole che invece operano nel campo classico della responsabilità patrimoniale²⁶⁹, ossia il necessario avvalersi del giudice prima di vedersi soddisfatta la propria richiesta.

È altresì evidente il riferimento ai due elementi qualificanti²⁷⁰ del patto marciano che la giurisprudenza²⁷¹ richiama per evitare la ricaduta nella disciplina vietata dall'articolo 2744 c.c. e per assicurare una tutela economica ed efficiente al debitore-consumatore²⁷².

²⁶⁹ G. Marchetti, *Responsabilità patrimoniale negoziata*, in *OneLegale*, 2019, p. 6.

²⁷⁰ Nello specifico: la stima del bene da parte di un perito al momento dell'inadempimento e la restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza tra il valore del bene e il valore del debito rimasto inadempito.

²⁷¹ Cfr. Cass., 28 Gennaio 2015, n. 1625; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986.

²⁷² G. Fappiano, *Il patto marciano. Tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, 1, p. 93.

Nelle due figure di “*patto marciano bancario*” vanno evidenziati due differenze: la prima è che nel caso del patto marciano bancario concluso con il consumatore si richiede necessariamente che la “*clausola marciana*” sia inserita su una garanzia reale tradizionale, ossia una ipoteca concessa alla banca sul bene offerto in garanzia; mentre nel patto marciano bancario con l'imprenditore è previsto un patto autonomo rispetto a una garanzia reale.

La seconda differenza, invece, consiste nel fatto che, oltre alla possibilità per il creditore di soddisfarsi con il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia, in alternativa, è prevista la facoltà di procedere alla vendita del bene e di soddisfare la propria pretesa con il ricavato²⁷³.

In merito a questa seconda possibilità, è stata avanzata l'idea per cui, se alla banca fosse consentito procedere alla vendita del bene per estinguere il finanziamento concesso al consumatore per soddisfare le proprie esigenze, potrebbe trattarsi in realtà più di un mandato a vendere²⁷⁴, ossia di un mandato *in rem propriam*. Il mandato a vendere, nello specifico, autorizza la banca ad alienare i beni che vengono depositati dal garante nel caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

L'intenzione del legislatore europeo e del legislatore nazionale non si muove solamente nell'ottica di offrire al consumatore una tutela ritenuta adeguata verso il rischio di perdere la propria casa di abitazione a fronte della difficoltà di rimborsare il finanziamento ricevuto dalla banca. Infatti, ulteriore obiettivo che si pone, è di riuscire a preservare la stabilità del

²⁷³ G. D'Amico, *Finanziamenti alle imprese e credito immobiliare ai consumatori. I “nuovi marciiani” alla prova. Un bilancio provvisorio*, in *Contratti*, 2023, 6, p. 648.

²⁷⁴ G. D'Amico, *op. cit.*, p. 648.

mercato e del sistema finanziario con strumenti alternativi a quelli classici offerti dalle dottrine nazionali che spesso risultano lunghi e dispendiosi²⁷⁵.

La scelta del legislatore nazionale di intervenire consentendo il trasferimento dell'immobile oggetto di garanzia in sede stragiudiziale in caso di inadempimento del debitore discende dall'articolo 28, paragrafo 4, MCD in cui si prevede che *«gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito»*²⁷⁶.

Introdotta l'istituto in via generale, possiamo, ora, addentrarci nello studio dei dettagli che lo caratterizzano evidenziando le principali distinzioni in merito al patto marciano bancario con l'imprenditore visto nel capitolo precedente, con particolare attenzione all'esdebitazione che riveste un'importante qualifica trattandosi di un elemento fondamentale che viene posto a tutela del consumatore.

2. Gli elementi qualificanti del patto marciano per i consumatori

L'articolo 120 *quinquiesdecies*, comma terzo, t.u.b.²⁷⁷, nel descrivere la fattispecie richiama una serie di elementi che sono

²⁷⁵ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2063.

²⁷⁶ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2067.

²⁷⁷ Articolo 120 *quinquiesdecies*, comma terzo, t.u.b. *«Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la*

ritenuti qualificanti e che senza la loro presenza non si può parlare di patto marciano verso i consumatori. Emerge che gli elementi essenziali sono: 1) alienazione di un bene immobile (residenziale) di proprietà del debitore sospensivamente condizionata al suo inadempimento; 2) stima del bene al momento dell'inadempimento; 3) obbligo per la banca di versare l'eventuale eccedenza al debitore una volta soddisfatti i propri interessi; 4) l'estinzione del debito e la previsione dell'effetto esdebitativo; 5) la predeterminazione del legislatore di un inadempimento ritenuto qualificato²⁷⁸.

Un primo elemento ritenuto essenziale ed indefettibile, ma soprattutto di distinzione rispetto al patto marciano bancario dell'articolo 48 bis t.u.b, è il riferimento alla nozione di consumatore intesa come parte passiva del rapporto. Una sua definizione non la si ricava direttamente dal dettato della norma, bensì viene regolata al Capo I-bis del Titolo VI del Testo Unico Bancario che definisce e tratta in maniera esaustiva la fattispecie del credito immobiliare ai consumatori.

Infatti, l'articolo 120 quinquies, comma primo, *lett. b)*, t.u.b. identifica il consumatore come «*una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Per 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 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. 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. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120 quater».

²⁷⁸ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, VI, p. 1409.

sua nozione, inoltre, viene fatto un rinvio alla Direttiva 2008/48/CE all'articolo 3, lettera a)²⁷⁹. Pertanto, possiamo considerare come consumatore esclusivamente la persona fisica che agisce per scopi estranei rispetto l'attività d'impresa²⁸⁰.

Per quanto attiene alla parte attiva del rapporto, invece, si rinvia ugualmente allo stesso articolo e, ai sensi del comma primo, *lett. e*), si intende finanziatore «*un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito*».

L'ambito oggettivo invece coincide con i contratti di credito per cui, come per la definizione delle parti contrattuali, si fa rinvio all'articolo 120 quinquies t.u.b., comma primo, *lett. c*), in cui «*indica un contratto di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*». Tuttavia, va precisato come vanno escluse le situazioni che ricadono nell'articolo 120 sexies t.u.b.²⁸¹,

²⁷⁹ Articolo 3, *lett. a*), Direttiva 2008/48/CE «*consumatore: una persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale*».

²⁸⁰ F. Galgano, *cit.*, p. 633.

²⁸¹ Articolo 120 sexies t.u.b. «*Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito, comunque denominati, a eccezione dei seguenti casi:*

a) contratti di credito in cui il finanziatore: 1) concede una tantum o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale; 2) non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri

dato che si prevede la non applicazione delle ipotesi in cui il finanziatore abbia concesso una somma di denaro in cambio di una somma che derivi da una futura vendita immobiliare residenziale.

L'apposizione della clausola, come si legge dal dettato della norma, può solamente essere apposta al momento della conclusione del contratto di credito; motivo per cui si è deciso di escluderla anche nell'ipotesi di surrogazione di una parte nel contratto come disciplinato nell'articolo 120 *quater* t.u.b. in quanto si è voluto evitare che “*possa costituire una condizione per consentirla da parte del nuovo*

obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito; b) contratti di credito mediate i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere; c) contratti di credito, individuati dalla legge, relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi debitori non superiori a quelli prevalenti sul mercato; d) contratti di credito in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca; e) contratti di credito nella forma dell'apertura di credito, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese; f) contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; g) contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente, se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; h) contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale; i) contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile»

*finanziatore*²⁸² ed evitare, quindi, che la parte interessata subordini la necessaria presenza della clausola come condizione necessaria affinché operi la surrogazione. Questa contestualità si presenta diversamente da quanto invece disposto nell'articolo 48 bis, comma quarto, t.u.b., che, invece, permette l'inserimento anche in sede successiva mediante rinegoziazione o tramite una modifica delle condizioni del contratto²⁸³.

Inoltre, come sancito dal comma quarto, *lett. a)*, art. 120 quinquiesdecies t.u.b. «*il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola*» in quanto la *ratio* è da ricercarsi nell'impedire che il finanziatore possa avvantaggiarsi della situazione di debolezza del consumatore, costringendolo, quindi, ad accettare condizioni che gli siano sfavorevoli.

A conferma di ciò, ai sensi dell'articolo 120 *novies*, comma terzo, t.u.b.²⁸⁴, il consumatore ha diritto di avvalersi di un periodo di sette giorni prima di procedere alla stipula della clausola allo scopo di cercare delle soluzioni più favorevoli, ossia se sia più conveniente

²⁸² A. Bulgarelli, *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*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 2 e seguenti.

²⁸³ M. Tatarano e R. Lienzi, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, in *Studio n. 1-2017/C*, p. 25.

²⁸⁴ Articolo 120 *novies*, comma terzo, t.u.b. «*Prima della conclusione del contratto di credito, il consumatore ha diritto a un periodo di riflessione di almeno sette giorni per confrontare le diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata. Durante il periodo di riflessione, l'offerta è vincolante per il finanziatore e il consumatore può accettare l'offerta in qualunque momento*».

procedere alla stipulazione di un contratto dello stesso tipo ma senza l'apposizione della clausola.

Dell'importanza delle tutele offerte al consumatore se ne trova conferma anche nel comma quarto, *lett. b)*, articolo 120 *quinquiesdecies* t.u.b. in cui si afferma che «*se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza*» in quanto la *ratio* è di offrire al consumatore la possibilità di scegliere l'alternativa più vantaggiosa a livello economico e che gli rechi il minor pregiudizio possibile avendo una adeguata conoscenza dei privilegi e dei rischi connessi alla clausola. A discapito di ciò, la norma tace sull'indicazione dell'oggetto e, soprattutto, sui metodi di individuazione dei soggetti a cui spetterebbe tale compito.

Per questa ragione, si è sollevato il problema non tanto nell'ipotesi in cui si trattasse di un consulente indipendente, come disciplinato dall'articolo 128 *sexies*, comma secondo bis, t.u.b.²⁸⁵, in quanto alla base vi sono delle garanzie sul fatto che il consumatore possa ricevere una corretta assistenza; quanto, piuttosto, nella diversa ipotesi in cui la consulenza venisse prestata da un perito che sia un collaboratore del finanziatore dato che non vi è la certezza assoluta che adoperi in maniera indipendente e con interessi diversi da quelli del finanziatore²⁸⁶. Oltre a ciò, il richiamo alla “*gratuità*” imposta dalla norma rende difficile trovare degli operatori che siano disposti a svolgere tale compito.

²⁸⁵ Articolo 128 *sexies*, comma secondo bis, t.u.b. «*Il soggetto che presta professionalmente in via esclusiva servizi di consulenza indipendente avente a oggetto la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, è iscritto in una sezione speciale dell'elenco di cui al comma 2*».

²⁸⁶ G. Visconti, *op. cit.*, p. 110.

Tenuto conto di quanto appena detto, la soluzione che risulta più vantaggiosa seguire è quella per cui l'assistenza al consumatore vada prestata da soggetti indipendenti rispetto al finanziatore e che presentino dei requisiti di professionalità che, nella quasi totalità dei casi, possiamo ritrovare nella figura del notaio²⁸⁷.

Sulla natura di questa previsione sono sorti dei dubbi interpretativi e – la soluzione che ne è emersa – è che si tratti di un servizio al quale vadano applicati i criteri sanciti dall'articolo 120 *terdecies* t.u.b.²⁸⁸, nonostante

²⁸⁷ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2075.

²⁸⁸ Articolo 120 *terdecies* T.U.B. «Il servizio di consulenza è riservato ai finanziatori e agli intermediari del credito. Il servizio di consulenza può essere qualificato come indipendente solo se è reso dai consulenti di cui all'articolo 128 *sexies*, comma 2-bis. Nello svolgimento del servizio di consulenza i finanziatori e gli intermediari del credito:

a) agiscono nel migliore interesse del consumatore; b) acquisiscono informazioni aggiornate sulla situazione personale e finanziaria, sugli obiettivi e sulle preferenze del consumatore; c) forniscono al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito, adeguata rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria; la raccomandazione, fornita in forma cartacea o su altro supporto durevole, riguarda anche eventuali servizi accessori connessi con il contratto di credito e tiene conto di ipotesi ragionevoli circa i rischi per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito raccomandato; d) prendono in considerazione, ai fini della raccomandazione, un numero sufficientemente ampio di contratti di credito nell'ambito della gamma di prodotti da essi stessi offerti o, nel caso dei mediatori creditizi, un numero sufficientemente ampio di contratti di credito disponibili sul mercato.

Prima della prestazione di servizi di consulenza, il finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore le seguenti informazioni su supporto cartaceo o su altro supporto durevole:

a) la gamma di prodotti presi in considerazione ai fini della raccomandazione;

la mancanza di un rinvio esplicito alla disciplina²⁸⁹. I criteri a cui si fa riferimento, che sono posti a tutela del consumatore, impongono agli intermediari del credito di agire sempre nel migliore interesse della controparte, acquisendo informazioni che siano in linea con le preferenze indicate da quest'ultimo.

Ulteriore tutela posta a fondamento del consumatore è prevista ai sensi dell'articolo 120 *novies*, comma quinto, t.u.b.²⁹⁰ in cui il fornitore è tenuto ad offrire al consumatore una serie di “*chiarimenti*” per consentirgli di confrontare le diverse offerte presenti sul mercato affinché possa assumere decisioni consapevoli. Il comma quinto dà attuazione all'articolo 16 della MCD²⁹¹ disciplinante le “*spiegazioni adeguate*” che devono essere

b) se del caso, il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza o, qualora al momento della comunicazione l'importo non possa essere accertato, il metodo utilizzato per calcolarlo;

c) quando consentito, se percepiscono un compenso dai finanziatori in relazione al servizio di consulenza».

²⁸⁹ S. Pagliantini, *op. cit.*, p. 35.

²⁹⁰ Articolo 120 *novies*, comma quinto, t.u.b. «*Il finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore chiarimenti adeguati sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria*».

²⁹¹ Articolo 16 MCD «*Gli Stati membri provvedono affinché i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati forniscano al consumatore spiegazioni adeguate sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Le spiegazioni, se del caso, comprendono in particolare: a) le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi: i) dell'articolo 14 nel caso dei creditori; ii) degli articoli 14 e 15 nel caso degli intermediari del credito o dei rappresentanti designati; b) le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; c) gli effetti specifici che i prodotti proposti possono avere per il consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento da parte del consumatore; e d) quando servizi accessori sono*

rese ai consumatori²⁹². La finalità dei chiarimenti è di consentire al consumatore di valutare la migliore tra le soluzioni contrattuali proposte rispetto alle proprie esigenze.

Si può notare come tutte queste norme sono poste a tutela del debitore, della c.d. parte debole del contratto, definito così in quanto si trova in una posizione di asimmetria informativa con la conseguenza di essere in svantaggio rispetto al finanziatore. È uno dei motivi per cui si è deciso di intervenire in materia, soprattutto imponendo la sottoscrizione contestuale della clausola marciana al contratto di finanziamento per evitare che il consumatore, che si trovi in una posizione di necessità e di difficoltà nel rimborsare il prestito, sia persuaso ad accettare la clausola²⁹³.

La disciplina dell'inadempimento viene trattata nel comma primo, articolo 120 *quinquiesdecies* t.u.b.²⁹⁴, in cui si richiamano le disposizioni della Banca d'Italia con particolare attenzione agli obblighi informativi e di correttezza verso il consumatore da parte del

aggregati a un contratto di credito, la precisazione se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente e con quali implicazioni per il consumatore.

Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al paragrafo 1 e il soggetto che le fornisce al contesto nel quale il contratto di credito è offerto, al destinatario e alla natura del credito offerto».

²⁹² F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2009.

²⁹³ A. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 25.

²⁹⁴ Articolo 120 *quinquiesdecies*, comma primo, t.u.b. «Fermo restando quanto previsto ai sensi dell'articolo 40, comma 2, il finanziatore adotta procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. 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»

finanziatore. Si intende fare riferimento alla «*Disciplina di attuazione del capo I-bis, Titolo VI, del Testo Unico Bancario in materia di credito immobiliare al consumatore- modifiche alle disposizioni di trasparenza*» con cui si è dato attuazione sia alle disposizioni del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 del Testo Unico Bancario; sia per recepire la Direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori²⁹⁵; con il suddetto documento si intende sottoporre le proposte di modifica in materia di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”²⁹⁶.

Nel paragrafo 8, della Sezione VI-bis “*Credito immobiliare ai consumatori*” si disciplinano le politiche e le procedure che il finanziatore deve seguire per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nel pagamento delle rate per il rimborso del credito ottenuto. Quest’ultimo deve essere individuato con tempestività tramite modalità di comunicazione chiare e con un linguaggio comprensibile in forma elettronica o cartacea. Oltre a ciò, alla base della tutela da offrire al consumatore, Banca d’Italia impone ai finanziatori una adeguata assistenza nelle situazioni di particolare debolezza come la perdita del posto di lavoro, una grave malattia, la morte di un congiunto, il divorzio o la separazione²⁹⁷.

Per poter procedere all’avverarsi degli effetti del patto, è richiesto un inadempimento del debitore ritenuto qualificato che, ai sensi dell’articolo

²⁹⁵ Cit. in *bancaditalia.it*.

²⁹⁶ Provvedimento della Banca d’Italia del 29 luglio 2009.

²⁹⁷ Banca d’Italia, in *Disciplina di attuazione del Capo I-bis, Titolo VI, del Testo Unico Bancario in materia di credito immobiliare ai consumatori*, 2016, p. 74 e seguenti.

120 *quinqüesdecies*, comma quarto, *lett. c)*, t.u.b.²⁹⁸ equivale a un ammontare pari a diciotto rate mensili, in contrasto con quanto previsto nell'articolo 40, comma secondo, t.u.b.²⁹⁹ a riguardo del credito fondiario che qualifica inadempimento invece un ritardo nel pagamento di sette volte non necessariamente consecutive³⁰⁰.

Diversamente, si ritiene che, nei casi che consentirebbero la normale risoluzione del contratto, come disposto dall'articolo 40, comma secondo, t.u.b.³⁰¹, non possano operare gli effetti tipici del patto marciano bancario.

Infatti, la presenza della clausola marciana non esclude le diverse ipotesi classiche di risoluzione dei contratti³⁰², in quanto queste norme non sono derogate dalla disciplina dell'articolo 120 *quinqüesdecies* t.u.b. e quindi la presenza della clausola non impedisce al finanziatore di poter ricorrere alla risoluzione del contratto. Al contrario, se ciò non fosse consentito, sarebbe particolarmente

²⁹⁸ Articolo 120 *quinqüesdecies*, comma quarto, *lett. c)* t.u.b. «*costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i mancati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma secondo*».

²⁹⁹ Articolo 40, comma secondo, T.U.B. «*La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata*».

³⁰⁰ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1945.

³⁰¹ Articolo 40, comma secondo, t.u.b. «*La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata*».

³⁰² Cfr. Articolo 1453 Codice civile e Articolo 40 T.U.B.

penalizzante per il finanziatore considerando che l'inadempimento richiesto per l'attivazione della clausola marciana (mancato pagamento di diciotto rate mensili) risulta più gravoso e non coincide con quello richiesto dall'articolo 1453 Cod. civ. e dall'articolo 40 t.u.b., presentando uno squilibrio e una diversità di tutele³⁰³ offerte al finanziatore.

La principale conseguenza che ne deriva e di particolare rilevanza è che quando si è in presenza di un inadempimento del rimborso rateale per sette volte, si consentirà alla banca di poter procedere con la normale azione di risoluzione del contratto; quando invece vi sarà un inadempimento per almeno diciotto rate mensili si potrà procedere con l'attivazione della clausola³⁰⁴.

Oltre a ciò, bisogna tenere in considerazione che spesso la clausola marciana viene apposta sopra un contratto di lunga durata e che il bene oggetto di garanzia possa subire mutamenti come, ad esempio, un notevole degrado risultante da un utilizzo non idoneo o, ancora, subire una perdita di valore ad opera di un calo prodotto dal mercato immobiliare. La principale conseguenza che ne deriva è che se il finanziatore non potrebbe agire con la normale risoluzione del contratto - in quanto il valore del bene non coprirebbe più l'ammontare del debito - si verificherebbe l'ipotesi dell'esdebitazione a favore del consumatore e, nel mentre, il finanziatore non vedrebbe soddisfatta integralmente la propria pretesa del risarcimento del *quantum* rimasto inadempito.

³⁰³ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2074.

³⁰⁴ M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 25; G. Visconti, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori (mutui-casa ed altri prestiti garantiti da ipoteca)*, in *Immobili e proprietà*, 2022, 2, p. 109.

Il patto marciano non opera automaticamente all'avverarsi dei requisiti richiesti ma richiede una dichiarazione del finanziatore con la quale dichiara di volersi avvalere degli effetti³⁰⁵. Suddetta dichiarazione deve essere inviata al mutuatario, all'eventuale terzo conceditore di ipoteca e a tutti coloro che vantano un diritto sul medesimo bene³⁰⁶. Nonostante il silenzio della legge, si ritiene che la facoltà di richiedere l'attivazione della clausola spetti solamente al finanziatore e non anche al consumatore in quanto, se si consentisse questa possibilità, potrebbe essere incoraggiato a non adempiere volontariamente nelle ipotesi in cui gli risulterebbe più conveniente rispetto all'adempimento dell'obbligazione³⁰⁷.

Verificatosi l'inadempimento così come richiesto dalla legge, l'articolo 120 *quinquiesdecies*, comma terzo, t.u.b., consente alle parti una pluralità di soluzioni per la soddisfazione del credito dato che si prevede la “*restituzione o trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del bene medesimo*”.

Si tratta di una scelta che viene rimessa alla libera scelta delle parti al momento della conclusione del contratto di finanziamento³⁰⁸ in cui queste possono anche decidere di escludere una operazione o di privilegiarne una rispetto alle altre.

La prima ipotesi, dunque, consiste nella restituzione del bene immobile al finanziatore. Il comma terzo in esame rappresenta l'attuazione dell'articolo 28, comma quarto, della Direttiva Mutui³⁰⁹

³⁰⁵ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciano*, cit., p. 397.

³⁰⁶ A. Chianale, *Le garanzie reali*, cit., p. 568.

³⁰⁷ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2073.

³⁰⁸ *Ivi*, p. 2070.

³⁰⁹ Si v. nota 251.

in cui si presenta la facoltà della “*restituzione*”. Tuttavia, il richiamo è privo di fondamenti e forse deriva dall’idea che il bene oggetto di garanzia sia già di proprietà della banca finanziatrice, anche se si tratta di una vicenda poco frequente nell’ordinamento bancario italiano³¹⁰.

A fondamento di detta tesi, gli studiosi tendono a trovare un richiamo nel rapporto di leasing abitativo disciplinato nell’articolo 1, comma settantaseiesimo, l. 28 dicembre 2015, n. 208³¹¹, in cui si disciplina la fattispecie di costruzione o l’acquisto di un immobile in cui, alla scadenza del contratto, l’utilizzatore potrà acquistarne la proprietà ad un prezzo già prestabilito³¹². A ulteriore sostegno, l’articolo 78 della stessa legge disciplina una garanzia simile alla clausola marciana in cui si prevede che “*in caso di risoluzione del contratto di locazione per un inadempimento, il concedente ha il diritto alla restituzione del bene*”.

In caso di inadempimento, invece, alla stregua di quanto appena esaminato, si propone una ulteriore distinzione logica che considera applicabile solamente le ipotesi del trasferimento del bene o, diversamente, la vendita del bene a un terzo con l’apprensione della somma ricavata³¹³ in base a una scelta che viene rimessa alla libera autonomia privata delle parti

³¹⁰ E. Capobianco, *cit.*, p. 1945; M. Tatarano e R. Lienzi, *cit.*, p. 26.

³¹¹ Articolo 1, comma settantaseiesimo, l. 28 dicembre 2015, n. 208 «*Con il contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale, la banca o l’intermediario finanziario iscritto all’albo di cui all’articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire l’immobile su scelta e secondo le indicazioni dell’utilizzatore, che se ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo. Alla scadenza del contratto l’utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito*».

³¹² M. Tatarano e R. Lienzi, *cit.*, pp. 26 ss.

³¹³ A. Chianale, *Le garanzie reali*, *cit.*, p. 568.

e che dovrebbe ricadere nell'ipotesi più idonea a realizzare l'effetto desiderato³¹⁴ per tutti i soggetti in causa.

La seconda ipotesi, ossia il trasferimento del bene immobile al finanziatore, consente a quest'ultimo di procedere alla vendita del bene a terzi o di diventarne proprietario e di godere in modo pieno ed esclusivo³¹⁵. In questo caso, si suggerisce il ricorso alla vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento del consumatore³¹⁶.

Se ne trova conferma nell'articolo 11 della bozza di decreto attuativo³¹⁷ per cui, al primo comma si stabilisce che *“il contratto di credito può prevedere che, qualora si verifichi l'inadempimento del consumatore, rilevante secondo la previsione dell'articolo 5, la proprietà del bene immobile oggetto di garanzia reale sia trasferita al finanziatore o a società appartenente al medesimo gruppo che possa acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari. Il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento del consumatore è trascritto per gli effetti di cui all'articolo 2643 del codice civile”*. Inoltre, sottoponendo il contratto a una condizione sospensivamente condizionata, considerando che spesso si tratta di un rapporto di lunga durata, la condizione garantisce che il bene sia assicurato anche da eventuali azioni future che il consumatore possa compiere come, ad esempio, la vendita del bene o, ancora, quando altri creditori abbiano sottoscritto sul medesimo bene ulteriori ipoteche. In questo secondo caso, uno degli effetti principali che ne

³¹⁴ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1946.

³¹⁵ M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 26; A. Chianale, *op. cit.*, p. 399.

³¹⁶ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1946; F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2071.

³¹⁷ Si v. nota 88.

deriva è che l'apposizione di eventuali successive trascrizioni diminuirebbe il valore di mercato del bene immobiliare³¹⁸.

A fronte di questo problema, l'apposizione della condizione, purché sia tempestivamente trascritta, appare la soluzione migliore per tutelare gli interessi dei creditori per effetto dell'articolo 1360, comma primo, Codice civile³¹⁹. Difatti, tale negozio che viene prontamente trascritto, offre al finanziatore una tutela che dovrebbe fare decorrere gli effetti del trasferimento nel momento in cui il contratto di finanziamento originario sia stato concluso dalle parti, prevedendo la cessazione di tutte le trascrizioni avute successivamente, facendo salvo al creditore il diritto acquisito tramite l'acquisto del bene da parte del finanziatore³²⁰.

Oltre alla previsione del trasferimento sospensivamente condizionato, ci sono anche altri elementi tipici dell'articolo 48 bis t.u.b. che vengono ripresi come, ad esempio, la previsione della possibilità del trasferimento del bene a favore di una società che appartiene al medesimo gruppo del finanziatore. Secondo la bozza del decreto attuativo, inoltre, la condizione sospensiva si considera avverata nel momento in cui viene

³¹⁸ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2072.

³¹⁹ Articolo 1360, comma primo, Codice civile «*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*».

³²⁰ E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1946.

fatta constatare con atto notarile con l'annotazione a margine a base dell'articolo 2668 Codice civile³²¹.

L'ultima ipotesi concessa è la vendita dell'immobile ai terzi con l'attribuzione verso il finanziatore del ricavato per soddisfare le proprie pretese. Si tratta di una alternativa che può portare effetti favorevoli alle imprese in quanto queste hanno la necessità di monetizzare gli *asset*³²² che vengono posti a garanzia dei crediti³²³. Si tratta di una facoltà che, invece, non è prevista a favore della banca nel finanziamento alle imprese di cui all'articolo 48 bis t.u.b.

L'istituto in esame richiama la disciplina del mandato a vendere *in rem propriam* regolata dal consumatore al finanziatore, un risultato agevolmente raggiungibile mediante apposita procura prevista nel contratto di finanziamento³²⁴. In qualità di mandatario, il finanziatore ha il compito di cercare acquirenti sul mercato

³²¹ Articolo 2668 Codice civile «*La cancellazione della trascrizione delle domande enunciate dagli articoli 2652 e 2653 e delle relative annotazioni si esegue quando è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato.*

Deve essere giudizialmente ordinata, qualora la domanda sia rigettata o il processo sia estinto per rinuncia o per inattività delle parti.

Si deve cancellare l'indicazione della condizione o del termine [1184] negli atti trascritti, quando l'anveramento o la mancanza della condizione ovvero la scadenza del termine risulta da sentenza o da dichiarazione, anche unilaterale, della parte, in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto [2659].

Si deve cancellare la trascrizione dei contratti preliminari quando la cancellazione è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato».

³²² Per *asset* si intendono tutti i beni di proprietà dell'azienda che possano essere monetizzati e, di conseguenza, usati per il pagamento dei debiti aziendali.

³²³ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2072.

³²⁴ M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 27; A. Chianale, *op. cit.*, p. 399.

servendosi di soggetti specializzati. Tuttavia, nulla esclude che le parti, al momento della conclusione del contratto, possano invece prevedere che sia il consumatore a vendere l'immobile.

Chiunque sia colui che procederà alla cessione, resta fermo l'obbligo di realizzare dalla vendita il miglior prezzo possibile in modo da assicurare al finanziatore un risultato che sia in grado di raggiungere il completo soddisfacimento delle proprie pretese. Tale obiettivo produce un vantaggio anche verso il consumatore visto che, laddove si riuscisse a vendere il bene per un importo superiore al valore del *quantum* rimasto inadempito, egli beneficerà del versamento a proprio favore dell'eccedenza di valore³²⁵.

Come disciplinato dall'articolo 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, *lett. d*), t.u.b.³²⁶, per poter procedere alla vendita o al trasferimento e non ricadere nel divieto del patto commissorio, si deve procedere alla stima del bene immobile oggetto di garanzia. Il perito, diversamente da quanto previsto nell'articolo 48 bis t.u.b., può anche essere nominato di comune accordo tra le parti; inoltre, è ugualmente previsto che possa essere nominato dal Presidente del Tribunale nel caso in cui le parti non riescano ad arrivare a un accordo comune.

³²⁵ F. Capriglione, *cit.*, p. 2072; E. Capobianco, *cit.*, p. 1947; M. Tatarano e R. Lienzi, *cit.*, p. 27.

³²⁶ Articolo 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, *lett. d*), T.U.B. «*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. Si applica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120 duodecies*».

Per stabilire a quale Presidente del Tribunale ricorrere, si segue la normale competenza territoriale attraverso le modalità imposte dall'articolo 696, comma terzo, Cod. proc. civ.³²⁷ e, cioè, prevedendo la data di inizio delle operazioni di stima³²⁸.

La norma nulla dice sui criteri da utilizzare per la valutazione immobiliare ma si limita a rinviare all'articolo 120 *duodocies* t.u.b.³²⁹ (come indicato nell'articolo 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, *lett. d*), t.u.b.) in merito alla valutazione dei beni immobili posti a garanzia del credito. In conseguenza di tale rinvio, si afferma che devono essere seguiti degli standard elaborati riconosciuti a livello internazionale, ovvero nazionali o interni al singolo finanziatore, purché questi ugualmente siano coerenti con i criteri internazionali.

³²⁷ Articolo 696, comma terzo, Codice di procedura civile «*Il presidente del tribunale, [il pretore] o il giudice di pace provvede nelle forme stabilite negli articoli 694 e 695, in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni*».

³²⁸ G. Visconti, *op. cit.*, p. 110; A. Chianale, *op. cit.*, p. 398; E. Capobianco, *op. cit.*, p. 1947; F. Piraino, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 1748.

³²⁹ Articolo 120 *duodocies* T.U.B. «*I finanziatori applicano standard affidabili per la valutazione dei beni immobili residenziali ai fini della concessione di credito garantito da ipoteca. Quando la valutazione è condotta da soggetti terzi, i finanziatori assicurano che questi ultimi adottino standard affidabili.*

La valutazione è svolta da persone competenti sotto il profilo professionale e indipendenti dal processo di commercializzazione del credito, in modo da poter fornire una valutazione imparziale ed obiettiva, documentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole.

La Banca d'Italia detta disposizioni di attuazione del presente articolo, tenendo anche conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate; ai fini del comma 1 può essere prevista l'applicazione di standard elaborati in sede di autoregolamentazione».

Inoltre, l'immobile deve essere valutato seguendo il valore di mercato come sancito dall'articolo 4, n. 76) del Regolamento 2013/575/UE³³⁰.

Il perito, per poter procedere, deve possedere una esperienza triennale nella valutazione dei beni immobili da provare tramite *“l'iscrizione all'albo professionale, lo svolgimento di attività professionali o di insegnamento universitario nel campo dell'ingegneria, dell'architettura o in materie strettamente attinenti alla valutazione degli immobili”*³³¹.

Inoltre, si ritiene di applicare ugualmente l'articolo 1349, comma primo, Cod. civ.³³² nei casi in cui la valutazione effettuata dal perito manchi o sia manifestamente iniqua o erronea, demandando tale potere di valutazione al giudice competente³³³.

La stima del bene da parte del perito, considerato elemento fondamentale per non ricadere nel divieto del patto commissorio, ha suscitato alcune perplessità riguardo la sua natura. Nello specifico, occorre chiarire se la valutazione stabilisca un limite minimo oltre il quale il venditore non può scendere o, se diversamente, indichi un prezzo base di riferimento che sia non vincolante.

³³⁰ Articolo 4, n. 76) del Regolamento 2013/575/UE « *“valore di mercato”*, per i beni immobili, l'importo stimato al quale l'immobile verrebbe venduto alla data della valutazione in un'operazione svolta tra un venditore e un acquirente consenzienti alle normali condizioni di mercato dopo un'adeguata promozione commerciale, nell'ambito della quale entrambe le parti hanno agito con cognizione di causa, con prudenza e senza essere soggette a costrizioni».

³³¹ F. Capriglione, *cit.*, p. 2077.

³³² Articolo 1349, comma primo, Codice civile *«Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice»*.

³³³ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciali*, *op. cit.*, p. 398; A. Chianale, *Le garanzie reali*, *op. cit.*, p. 569.

In base alla prima teoria, vi è il rischio concreto di lasciare il bene invenduto e così di cristallizzare l'efficacia del patto, andando in contratto invece con le esigenze sorte al momento dell'introduzione dell'istituto che avrebbe dovuto vantare enormi vantaggi sui tempi di risoluzione delle controversie.

Nella seconda teoria, invece, sembrerebbe esserci un onere della prova del venditore che dovrà provare di aver fatto tutto il possibile per vendere il bene al valore stimato³³⁴.

Non è da escludere, quindi, che le parti possano, al momento della conclusione del contratto di finanziamento, prevedere l'applicazione di un modello simile a quello sancito dall'articolo 11 *quaterdecies*, comma dodicesimo *quater*, d.l. n. 203/2005³³⁵ (operante nel prestito vitalizio

³³⁴ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2073.

³³⁵ Articolo 11 *quaterdecies*, comma dodicesimo *quater*, D.l. n. 203/2005 «I finanziamenti di cui al comma 12 del presente articolo sono garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e agli stessi si applica l'articolo 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385. L'ipoteca di primo grado a garanzia del finanziamento di cui al comma 12 non può essere iscritta contemporaneamente su più immobili di proprietà del finanziato. Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, tale valore viene decurtato del 15 per cento per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso. Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Nei confronti dell'acquirente

ipotecario) in forza del quale si pattuisce che si possa ridurre il prezzo in maniera progressiva ogni qualvolta sia trascorso un intervallo di tempo prestabilito senza che sia stato possibile procedere alla vendita del bene.

Ulteriore problema si pone al riguardo del momento in cui possiamo considerare prodotti gli effetti della clausola marciana prevista dalle parti. Da quanto si evince dall'articolo 120 quinquiesdecies t.u.b., tale effetto sembra collegato all'evento dell'inadempimento del consumatore, ossia il momento in cui la banca acquisterà la titolarità dell'immobile, senza attendere la relazione di stima da parte del perito né il conseguimento dell'eventuale eccedenza da parte del consumatore³³⁶. Si tratta di una soluzione che ha trovato conferma anche nella recente giurisprudenza di legittimità³³⁷.

dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto».

³³⁶ M. Tatarano e R. Lienzi, *cit.*, p. 29.

³³⁷ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 «*non è necessario che la clausola marciana subordini alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore: invero, così come per il divieto ex art. 2744 c.c., anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza».*

L'ultimo comma dell'articolo 120 *quinquiesdecies* t.u.b.³³⁸ dà attuazione all'articolo 28, par. 5, comma secondo, della MCD³³⁹. In questa diversa ipotesi, il presupposto base per poter ricorrere è la scelta del finanziatore di procedere tramite la risoluzione del contratto conclusa con la seguente e necessaria perdita della titolarità della proprietà del bene immobile da parte del consumatore. La *ratio* di questa previsione è evitare che il consumatore, che abbia già subito la perdita della titolarità del bene, si trovi costretto a dovere ripagare immediatamente anche il debito residuo rimasto inadempito. Questa proroga di sei mesi, tuttavia, non è da escludere che abbia solamente natura dilatoria data la non previsione di eventuali misure a favore del consumatore che siano dirette a un recupero del credito in grado di estinguere l'obbligazione³⁴⁰.

In conclusione, merita qualche considerazione il tema della ripartizione dei costi da sostenere per l'esecuzione della clausola marciana, così come il compenso da attribuire al perito per la prestazione svolta o, ancora, la retribuzione rivolta all'agenzia nel caso in cui si sia proceduto alla vendita del bene.

³³⁸ Articolo 120 *quinquiesdecies*, comma sesto T.U.B. «*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*».

³³⁹ Articolo 28, par. 5, comma secondo, MCD «*Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia*».

³⁴⁰ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2078; M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 30.

Nonostante la previsione che tali regole possano essere disciplinate dalle parti, in seguito a una lettura sistematica della norma, si evince come, invece, per il consumatore sia stato stabilito un tetto massimo, non superabile, a riguardo delle spese sostenute durante l'esecuzione del patto. A ragione di ciò, considerando che dal patto derivi necessariamente l'attivarsi dell'esdebitazione del consumatore, si può ritenere che, in sede negoziale, si arrivi alla conclusione per cui verso quest'ultimo sorga un obbligo di farsi carico delle spese entro il limite dell'eventuale eccedenza ricavata³⁴¹. Diversamente, nei casi in cui manchi l'esdebitazione, non sembra ammettersi che le spese siano totalmente a suo carico.

3. *L'effetto esdebitativo nel finanziamento ai consumatori*

Uno degli elementi caratterizzanti il patto marciano regolato in un contratto di credito immobiliare con il consumatore viene regolamentato dal comma terzo dell'articolo 120 quinquiesdecies t.u.b. in cui si prevede che «[...] *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 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*», ossia l'estinzione del debito anche nell'ipotesi in cui il valore del bene oggetto di garanzia sia inferiore all'ammontare del debito rimasto inadempito. Nello specifico, nonostante il consumatore abbia perso la titolarità dell'immobile, risulterà ugualmente liberato

³⁴¹ F. Capriglione, *op. cit.*, p. 2078.

dall'obbligazione nei confronti della banca qualunque sia la somma che quest'ultima ricaverà³⁴².

Il concetto di esdebitazione lo si ricava tramite un rinvio all'articolo 278 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza³⁴³ in cui viene offerta una chiara definizione in cui si prevede l'inesigibilità di ogni credito rimasto inadempito. Dal punto di vista civilistico, invece, il riferimento a cui si può fare riferimento parlando di esdebitazione è l'articolo 2740, comma primo, Cod. civ.³⁴⁴, in cui si consente ai debitori non fallibili non solo la possibilità di prevedere la sostituzione dell'esecuzione forzata individuale con le alternative procedure di sovraindebitamento, ma anche la possibilità di ricorrere

³⁴² M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 29.

³⁴³ Articolo 278 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza «L'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata. Con l'esdebitazione vengono meno le cause di ineleggibilità e di decadenza collegate all'apertura della liquidazione giudiziale. Nei confronti dei creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso l'esdebitazione opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado. Possono accedere all'esdebitazione, secondo le norme del presente capo, tutti i debitori di cui all'articolo 1, comma 1. Se il debitore è una società o altro ente, le condizioni stabilite nell'articolo 280 devono sussistere nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti. L'esdebitazione della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili. Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso. Restano esclusi dall'esdebitazione: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti».

³⁴⁴ Articolo 2740, comma primo, Codice civile «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

all'effetto esdebitativo rappresentando una deroga importante al comma secondo dell'art. 2740 Cod. civ.³⁴⁵, in quanto il debitore non sarà più costretto ad adempiere con tutti i suoi beni (compresi quelli futuri) ma solamente con il patrimonio esistente in quel momento³⁴⁶.

Il meccanismo marciano, inteso in questa veste, assume una natura diversa diventando uno strumento che riesce ad assolvere la funzione di limitazione della responsabilità patrimoniale del consumatore, circoscrivendola al bene oggetto di garanzia e prevedendo la disapplicazione della regola di universalità con cui, invece, nella normalità dei casi, il debitore risponde con tutti i suoi beni³⁴⁷.

Secondo una teoria dottrinale, l'esdebitazione sarebbe necessaria in tutte le previsioni in cui vi sia l'inserimento della clausola marciana, anche nei contratti in cui, diversamente, questa non sia stata prevista dalle parti³⁴⁸.

Secondo altri Autori, invece, viene considerata solamente come una clausola che viene inserita per volontà delle parti ma che sia pienamente derogabile³⁴⁹. Per contro, si ritiene che l'effetto di esdebitazione sia legato di diritto alla clausola marciana, non essendo quindi possibile escludere l'effetto esdebitativo³⁵⁰.

³⁴⁵ Articolo 2740, comma secondo, Codice civile «*Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge (490, 2313, 514 c.p.c., 545 c.p.c., 46 l. fall.)*».

³⁴⁶ G. Marchetti, *Responsabilità patrimoniale negoziata*, 2019, in *OneLegale*, p. 5; E. Brodi, *op. cit.*, p. 17.

³⁴⁷ G. Marchetti, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁸ A. Scotti, *op. cit.*, pp. 1478 ss.

³⁴⁹ G. D'Amico, *op. cit.*, pp. 15 ss.

³⁵⁰ A. Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciari*, *cit.*, p. 401.

La dottrina maggioritaria, che fonda le proprie ragioni sull'esistenza del divieto del patto commissorio, tende ad affermare il principio per cui operi necessariamente la liberazione totale del creditore: il ragionamento che si è deciso di seguire è che il creditore che decide di avvalersi della garanzia marciata non possa partecipare al concorso con gli altri creditori per quella parte di credito rimasta insoddisfatta³⁵¹.

Il principale vantaggio che presenta un finanziamento con la clausola marciata rispetto ad un finanziamento in cui invece non vi è spazio della sua previsione è di particolare importanza in quanto, il principale vantaggio, nel primo caso, è che il consumatore dispone di tutele maggioritarie rispetto al secondo caso. La ragione è da rinvenire nella posizione in cui si trova il consumatore rispetto al finanziatore nella fase di trattazione in quanto le parti non dispongono delle stesse informazioni e, soprattutto, come già esposto precedentemente, il consumatore potrebbe essere costretto ad accettare un finanziamento per necessità nonostante presenti elementi a suo svantaggio.

Al contrario, questo vantaggio non lo si rinviene nella norma gemella del finanziamento concesso alle imprese.

4. *Conclusioni*

La principale distinzione che sorge tra le due figure di “patto marciato” è proprio il profilo dell'esdebitazione, inteso quale onere

³⁵¹ A. Chianale, *Le garanzie reali, op. cit.*, p. 349.

imposto a carico della banca o di un altro ente creditizio che ha provveduto ad erogare il finanziamento, di provvedere all'estinzione del debito qualunque sia il valore dell'immobile posto a garanzia e che noi troviamo nella disciplina operante verso il consumatore³⁵².

Diversamente, come visto nel corso del capitolo primo, nella fattispecie dell'articolo 48 *bis* T.U.B., invece, non vi è spazio all'effetto esdebitativo: motivo per cui qualora il valore del bene non sia sufficiente a coprire le pretese del creditore, il debitore si troverà nella posizione di dovere adempiere al debito rimasto inadempito.

Tuttavia, va chiarito che nella prassi si tratta di un problema che dovrebbe porsi con rara frequenza lasciando spazio, diversamente, alla diversa ipotesi in cui, invece, alla sproporzione in eccesso della garanzia³⁵³.

Nonostante ciò, non lo si può considerare solamente come un caso di scuola, dato che il bene offerto in garanzia è soggetto a oscillazione che nel tempo potrebbe diminuire il proprio valore, risultando di fatto inferiore al *quantum* rimasto inadempito. Il silenzio del legislatore non dovrebbe essere trascurato perché, nel dettare la disciplina dei nuovi marciatori, solo in alcuni casi ha previsto l'effetto esdebitativo.

Su questo silenzio sono state avanzate alcune teorie sorrette da argomentazioni "teleologiche". Secondo una prima teoria, basata sul brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit non dixit*"³⁵⁴, l'esdebitazione non appartiene alla "*struttura logica*" della clausola marciana nel finanziamento alle imprese, in quanto la norma esige solamente che il creditore non si

³⁵² M. Tatarano e R. Lienzi, *op. cit.*, p. 25.

³⁵³ S. Pagliantini, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, pp. 891 ss.

³⁵⁴ Trad: "Dove la legge volle, parlò; dove non volle, tacque".

trovi in una situazione di vantaggio e che possa trarne beneficio a discapito del debitore e non, invece, che al debitore sia anche corrisposto un vantaggio; vantaggio da ricomprendere nell'effetto esdebitativo³⁵⁵.

Secondo altra teoria, il richiamo al brocardo della volontà della legge dovrebbe imporre l'onere, verso chi non la vuole considerare valida, di trovare ed indicare un fondamento logico che sia idoneo a superare quelle indicazioni testuali. Tuttavia, questo fondamento non può essere trovato e sostenuto, motivo per cui, in conclusione, sembra preferibile la soluzione negativa della previsione dell'effetto esdebitativo.

A tal proposito, vi è la teoria di un Autore che disciplina un effetto esdebitativo soltanto nelle ipotesi in cui questa sia fondata su una espressa previsione concernente la "liberazione" del finanziato o, diversamente, una limitazione della responsabilità patrimoniale del cespite che sia stato precedentemente costituito in garanzia³⁵⁶.

³⁵⁵ G. D'Amico, *Finanziamenti alle imprese e credito immobiliare ai consumatori. I "nuovi marziani" alla prova. Un bilancio provvisorio*, cit., p. 642.

³⁵⁶ F. Mosconi, *L'esdebitazione nell'attuazione del patto marziano disciplinato dall'art. 48-bis T.U.B.*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2019, p. 214.

CONCLUSIONI

L'analisi del patto marciano bancario, disciplinato nell'articolo 48 *bis* T.U.B. e nell'articolo 120 *quinqüiesdecies* T.U.B., ha evidenziato la sua centralità tra le garanzie già preesistenti rappresentando uno strumento importante in tema di recupero del credito offrendo tempi celeri e un costo del giudizio attenuato. Inoltre, è stata ritenuta come una alternativa valida rispetto all'ordinario recupero del credito da attuare tramite l'esecuzione forzata che è considerata, al contrario, come un procedimento lungo e molto oneroso per il creditore.

Un punto importante della trattazione è stata la distinzione con il patto commissorio evidenziando come, mentre quest'ultimo sia vietato per evitare abusi e vantaggi sproporzionati a carico del debitore, il patto marciano rappresenta una valida alternativa in quanto tiene in considerazione lo svantaggio che produrrebbe nei confronti del debitore.

Tuttavia, per potersi avvalere del patto marciano, abbiamo visto come sia necessario il verificarsi di una serie di presupposti che vengono riconfermati dalla importante sentenza della Corte di Cassazione 2015, n. 1625, in cui si afferma come, per superarne i conflitti, occorre un procedimento volto alla stima del bene imparziale, oltre che all'obbligo di versare al debitore l'eventuale eccedenza rispetto al debito. Queste condizioni, considerate dall'ordinamento nel loro complesso, sono ritenute essenziali per assicurare di non incorrere nel divieto del patto commissorio ma, soprattutto, per assicurare che il patto marciano non si traduca in una lesione dei diritti e degli interessi del debitore.

Il terzo capitolo ha affrontato il tema del patto marciano concluso con il consumatore evidenziando come, in linea con il quadro europeo, esso miri a garantire un corretto equilibrio tra le esigenze del finanziatore

nel recuperare il credito, con la corrispettiva tutela del debitore. In questo contesto, emerge l'importanza dell'esdebitazione mostrando, invece, una lacuna che è presente nel patto marciano con l'imprenditore in quanto questo istituto non viene regolato.

Il principale vantaggio che ne deriva è quello di consentire al consumatore di essere liberato dal debito rimasto inadempito a seguito dalla vendita del bene dato in garanzia, qualunque sia il valore. Tale procedura riveste particolare importanza in quanto non solo mira a preservare la dignità economica del debitore, ma evita il rischio che quest'ultimo possa trovarsi in una posizione di indebitamento senza fine, dovendo affrontare sia la perdita del bene dato in garanzia, sia l'eventuale e ulteriore indebitamento.

In conclusione, si considera il patto marciano bancario come un istituto importante e versatile che riesce a rispondere alle esigenze delle garanzie reali. Tuttavia, il suo utilizzo richiede il rigoroso rispetto dei presupposti richiesti dalla legge affinché le parti possano trovarsi in una situazione di parità contrattuale, senza pregiudicare i diritti dei debitori e facendo salvo le pretese a un rapido recupero del credito.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

1. *Diritto nazionale*

Codice civile

Codice civile 1865

Codice del consumo

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Costituzione

Decreto legge 3 maggio 2016, n. 59

Decreto legge 30 settembre 2005, n. 203

Decreto legge n. 38/2015

Decreto legge n. 50/2017

Decreto legge n. 59/2016

Decreto legislativo 2016, n.59

Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72

Decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170

Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155

Legge n. 76, 20 maggio 2016

R.D. 16 marzo 1942, n. 267

R.D. 29 marzo 1942, n. 239

Testo Unico Bancario

Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, 22 aprile 1995

2. *Direttive e regolamenti europei*

Commissione Europea, *Quadro di valutazione UE della giustizia: obiettivi*

Direttiva 2008/48/CE

Direttiva 2014/17/UE

3. *Diritto francese*

Code civil

Code de procédure civile

4. *Diritto romano*

D. 20, 1, 16, 9, Marcianus, Libro singolari ad formulam hypothecariam.

IMP. COSTANT., *Codex Iustinianus* 8.34.3., 324.

5. *Relazioni delle autorità*

World Bank. 2016. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-0667-4.

License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.

CONFINDUSTRIA (M. PANUCCI), *Audizione Parlamentare: Conversione in legge del 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*, 2016.

GIURISPRUDENZA

- Cass., 28 luglio 1923, n. 935
- Cass., 1 febbraio 1974, n. 282
- Cass., 13 aprile 1977, n. 1380
- Cass., 3 giugno 1983, n. 3800
- Cass., 31 agosto 1984, n. 4738
- Cass., 3 aprile 1989, n. 1611
- Cass., 24 gennaio 1997, n. 745
- Cass., 4 settembre 1998, n. 87788
- Cass., 18 aprile 2003, n. 6269
- Cass., 24 novembre 2003, n. 17859
- Cass., 24 maggio 2004, n. 10000
- Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273
- Cass., 16 giugno 2005, n. 12964
- Cass., 15 novembre 2006, n. 24299
- Cass., 12 gennaio 2009, n. 437
- Cass., 10 marzo 2011, n. 5740
- Cass., 12 settembre 2011, n. 18597
- Cass., 3 febbraio 2012, n. 1612
- Cass., 9 maggio 2013, n. 10986

Cass., 17 aprile 2014, n. 8957
Cass., 28 Gennaio 2015, n. 1625
Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075
Cass., 6 luglio 2017, n. 16646
Cass., 7 marzo 2018, n. 5481
Cass., 3 ottobre 2018, n. 24137
Cass., 17 gennaio 2020, n. 844
Cass., 24 gennaio 2020, n. 1666
Cass., 31 marzo 2021, n. 8923
Cass., 28 settembre 2022, n. 39000

BIBLIOGRAFIA

Abatangelo C., in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, I, gennaio 2017.

Ambrosini A., *La rafforzata tutela di creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. Patto Marciani*, 25 agosto 2016.

Ambrosini S., “*La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*”, in *Il Dir. Fall.*, 2016, V.

Ambrosini S., *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*.

Banca d'Italia, in *Disciplina di attuazione del Capo I-bis, Titolo VI, del Testo Unico Bancario in materia di credito immobiliare ai consumatori*, 2016.

Barletta A., “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”.

Bellino M., in *La Nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 4/20.

Bianca C. M., *Diritto civile. Vol. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012.

Bonarini L., *Il creditore chirografario*, in *Altalex*, 2021.

Bontempi P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, VIII edizione.

Brodi E., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza*, in Banca d'Italia.

Bulgarelli A., *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*, in *Riv. dir. banc.*, 2016.

Buongiorno M., Notarangelo E., *L'articolo 48 bis t.u.b. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *dirittobancario.it*, 2016.

Campobasso M., in *Il pegno non possessorio, «Pegno», ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 1 maggio 2018.

Capobianco E., in *Contratti bancari*.

Capriglione F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, IV edizione.

Cecconi A., *Brevi osservazioni sulla distinzione tra patto marciano e patto commissorio*, in *Il foro padano: rivista mensile di giurisprudenza italiana e di dottrina*, 2017.

Cherti S., *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in

Corr. Giur., 2015.

Chianale A., *Alienazioni in garanzia e patti marciali*.

Chianale A., *I diritti reali: l'ipoteca*, II ed.

Chianale A., *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019.

Chiarella M. L., *Digesto*, 2022.

Cipriani N., *Appunti sul patto marcialo nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2017.

Comporti M., *Diritti reali in generale*, II edizione, Milano.

Confortini M., *Clausole negoziali*, Volume II, Milano, 2019.

Croci C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, n. 12/2016.

D'Amico G., *Finanziamenti alle imprese e credito immobiliare ai consumatori. I "nuovi marciali" alla prova. Un bilancio provvisorio*, in *Contratti*, 2023, 6.

D'Amico G., *La resistibile ascesa del patto marcialo*, in *Europa dir. Priv.*, 2017.

D'attore G., *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il "diritto diseguale"*, in *I finanziamenti ai debitori e le crisi*, 2021.

De Menech C., *I contratti*, 8-9, 2015.

De Poli M., *Le garanzie bancarie*, in *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2003.

Denora B., *Crediti di firma e imposta sostitutiva*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 172-2006/T.

Di Paolo M., *Patto commissorio*, in *Digesto it.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione.

Dolmetta A., *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4.

Ebner M., *Patto marciano*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma.

Fappiano G., *Il patto marciano. Tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, 1.

Gabrielli E., *Pegno*, in *Digesto it.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, IV edizione.

Gabrielli E., *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017

Galgano F., *Le operazioni di finanziamento*, 2016.

Iuliani A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 4.

Liace G., *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, in *Banca Impresa Società*, 2, 2017.

Luminoso A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I.

Luminoso A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civile*, 2017, 1.

Luminoso A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, VI.

Marchetti G., *Responsabilità patrimoniale negoziata*, in *OneLegale*, 2019.

Moscogiuri F., *L'esdebitazione nell'attuazione del patto marciano disciplinato dall'art. 48-bis T.U.B.*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2019.

Robles M., in *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 6, 2018, p. 1598.

Pagliantini S., "L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.", in *Le Nuove leggi civili commentate*, 5, 2016.

Pagliantini S., *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018.

Piraino F., *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017.

Platania G. C., in *Immobili e proprietà*, n. 5, 1 maggio 2017.

Rossi G., *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contratti e impresa*, 6, 2016.

Scotti A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, XII, 2016.

Spataro M., *Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, I, 2016.

Tatarano M. e Lienzi R., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, in *Studio n. 1-2017/C*.

Tratt. Dir. Civ., Vol. XIV, tomo 1°, in *I privilegi*.

Visconti G., in *Immobili e proprietà*, 10/2020.

Visconti G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori (mutui-casa ed altri prestiti garantiti da ipoteca)*, in *Immobili e proprietà*, 2022, 2.

Viti V., *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciiani*, in *Il corriere giuridico*, 12/2017.

PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ

Corte Costituzionale, 25 febbraio 1988, n. 217

Corte Giustizia UE, 17 marzo 1998, C-45/96

Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009

Raccomandazione Commissione europea 2003/361/CE

Trib. Ancona-Jesi, 16 luglio 2011

Trib. Sondrio, 4 giugno 2021, n. 197

Trib. Cassino, 04 luglio 2002