



**Studio n. 1-2017/C**

**Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 3/05/2017)*

*Approvato dal CNN l'8/06/2017*

**Lo studio in sintesi (Abstract):** *Lo studio svolge un tentativo di sistemazione organica del rinnovato quadro delle garanzie bancarie, portanti una struttura genericamente riconducibile alla figura, di ricostruzione dottrina e giurisprudenziale, del cd. patto marciano. In primo luogo viene esaminata la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, nella configurazione risultante dalla recente riforma, con particolare riferimento alle modalità di escussione della specifica garanzia ed alla relazione intercorrente tra ipoteca e legittimazione del creditore a vendere per soddisfarsi sul ricavato. Lo studio passa poi ad analizzare in chiave sistematica le recenti modifiche del testo unico bancario, ed in particolare l'art. 120 quinquiesdecies, di cui ad oggi non risulta tuttavia essere stato ancora emanato il decreto attuativo ex comma 5, e l'art. 48 bis, soffermandosi sull'individuazione della rispettiva fattispecie normativa e del relativo ambito di applicazione, nonché, in particolare, sui concreti presupposti di operatività del c.d. "patto marciano" e sulle sue possibili implementazioni di natura negoziale. Nella parte finale lo studio, premessa una rassegna sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di patto commissorio e di patto marciano di diritto comune, esamina l'incidenza della legislazione speciale di nuova introduzione sul possibile residuo ambito applicativo della cessione in garanzia.*

\*\*\*

**Sommario:** 1. Considerazioni generali (R. Lenzi); 2. Il prestito vitalizio ipotecario (R. Lenzi); 3. Le esperienze straniere (R. Lenzi); 4. La riforma (R. Lenzi); 5. Pvi e patto marciano improprio (R. Lenzi); 6. L'effetto esdebitatorio (R. Lenzi); 7. La legittimazione a disporre (R. Lenzi); 8. Concorso tra creditore ex pvi e terzi creditori (R. Lenzi); 9. Considerazioni di sintesi sul pvi (R. Lenzi); 10. L'art. 120 quinquiesdecies, t.u. banc. (M. Tatarano); 11. L'art. 48 bis, t.u. l. banc. (M. Tatarano); 12. Le novità normative e il patto marciano di diritto comune (R. Lenzi); 13. Il patto marciano di diritto comune nell'evoluzione giurisprudenziale (R. Lenzi); 14. Incidenza della disciplina speciale sul patto marciano di diritto comune (R. Lenzi).



\*\*\*

### **1. Considerazioni generali (R. Lenzi)**

Le recenti riforme del sistema del credito bancario muovono tutte nella direzione di rendere più agevole e rapido il soddisfacimento delle ragioni del creditore, in caso di difficoltà del debitore nel far regolarmente fronte ai propri impegni. A tal fine sono state tipizzate nuove forme di garanzia, già conosciute e controverse nella loro configurazione atipica, che consentono di evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione, accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all'affidamento all'autorità giudiziaria e ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione. Attraverso la fissazione di precise regole procedurali, sembrerebbe dunque superato, vedremo tuttavia in che limiti, il dogma secondo il quale il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore deve sempre passare per il procedimento giudiziario di esecuzione, sottraendo quindi all'autonomia privata qualsiasi modalità convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di mancato adempimento da parte del debitore. Gli accordi tra creditore e debitore, con cui si convengono modalità di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie, sono visti con diffidenza dal legislatore italiano, vigile nell'evitare possibili approfittamenti del creditore nei confronti del debitore, e sono quindi consentiti solo nella fase attuativa del rapporto e non nella sua fase genetica. Il divieto del patto commissorio, nell'ampia interpretazione funzionale che ormai ne dà la giurisprudenza, nonostante il dibattito ancora aperto circa le ragioni su cui esso si fonda, è espressione di questo timore per le possibili prevaricazioni del creditore nei confronti del debitore, considerato come il soggetto debole del rapporto. Senonché si è acquisita finalmente coscienza che l'interesse primario del potenziale soggetto debole è proprio quello di poter accedere al credito, al fine di dotarsi, nella maniera più agevole possibile, di mezzi finanziari immediati, con cui far fronte alle primarie esigenze di vita <sup>(1)</sup>. Un sistema che, al fine di proteggere il debitore al massimo grado, comprime la dialettica del rapporto e rende più difficile, o quantomeno più lento, il soddisfacimento delle ragioni del creditore, determina una restrizione nell'erogazione del credito che ha come prima vittima proprio il soggetto debole, che non riesce altrimenti a trovare, in tempi sufficientemente brevi, i mezzi primari di sostentamento. Da questa nuova consapevolezza si avverte, nei recenti interventi normativi, il passaggio da una disciplina del rapporto obbligatorio caratterizzata da un protezionismo paternalistico, che necessariamente conduceva ad una rigidità dei rapporti di credito, ad una nuova visione del rapporto obbligatorio, in cui si rivaluta il profilo cooperativo della relazione tra creditore e debitore, il tutto ovviamente confermando ed ampliando i doveri di trasparenza e informazione che, pur con tutti i limiti e le insufficienze di cui oggi si prende sempre più generale coscienza, costituiscono un ineludibile presupposto di correttezza del rapporto. Tale comune ragione ispiratrice dei recenti interventi normativi avrebbe dovuto logicamente condurre all'approvazione di una disciplina omogenea, atta a regolare, con l'introduzione di significative novità, i rapporti di credito bancario, mentre il legislatore sorprendentemente ha adottato una



serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e soprattutto assai arduo individuare una organicità sistematica che possa orientare l'interprete. In particolare, per ciò che qui particolarmente interessa, l'intervento ha riguardato l'introduzione di modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario (prima con la legge n. 44 del 2015 e poi con l'approvazione del Regolamento attuativo n. 226 sempre del 2015), l'introduzione dell'art. 48 bis del TUB, a regolazione dei rapporti di credito tra banca e imprenditori e, da ultimo, con il Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 l'introduzione dell'art. 120-quinquiesdecies del TUB, ispirata dall'art. 28 della direttiva 2014/17/CE, a regolazione dei rapporti di credito tra banca e consumatori. In tutti tali casi la novità è costituita da nuove modalità di soddisfazione del credito ipotecario vantato dall'istituto di credito.

## **2. Il prestito vitalizio ipotecario (R. Lenzi)**

Nella direzione di creare nuovi strumenti flessibili di accesso al credito già con l'art. 11 quaterdecies della Legge del 02 dicembre 2005, n. 248 era stato introdotto il c.d. prestito vitalizio ipotecario <sup>(2)</sup>. La figura prevedeva la possibilità per gli istituti di credito di concedere finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e con rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza; doveva trattarsi di finanziamenti assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni (ora 60). Il rimborso, salvo il caso che vi provvedesse direttamente e volontariamente lo stesso soggetto finanziato, era posto, come adesso, a carico degli eredi, ma senza alcuna speciale limitazione di responsabilità per questi ultimi. Più precisamente, alla morte del beneficiario del prestito, i suoi successori avevano l'alternativa di estinguere il debito per conservare il bene ovvero sopportare la vendita dell'immobile affinché il creditore potesse soddisfarsi sul ricavato. Era prevista anche la possibilità che la Banca finanziatrice concedesse un nuovo mutuo agli eredi, destinando il ricavato ad estinguere il precedente finanziamento. Nella prima versione del pvi, profondamente difforme da analoghi strumenti adottati in ordinamenti stranieri, l'ambito di applicazione era limitato per le restrizioni soggettive (i 65 anni del mutuatario), per il pesante rischio economico a carico degli eredi e per gli inefficienti strumenti di soddisfazione coattiva del credito, propri del nostro ordinamento <sup>(3)</sup>.

## **3. Le esperienze straniere (R. Lenzi)**

Il prestito vitalizio ipotecario costituisce la versione nazionale di un prodotto finanziario che ha iniziato a diffondersi in Gran Bretagna alla fine degli anni '90, ove è noto con le definizioni di *lifetime mortgage* o di *equity release*, e si è poi rapidamente esteso a tutto il mondo anglosassone <sup>(4)</sup>. Lo strumento nasce con finalità assistenziali, al fine di consentire a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere il bene-casa <sup>(5)</sup>. L'abitazione svolge in questo caso una duplice funzione: da un lato soddisfa le



esigenze abitative del titolare, dall'altro costituisce lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze di vita. Ovviamente la capacità di credito è limitata ed il finanziamento normalmente non eccede una percentuale minima del valore dell'immobile offerto in garanzia <sup>(6)</sup>, tuttavia è indicativo del fatto che aspirazione all'acquisto della casa e esigenze di liquidità per far fronte ai bisogni di vita non debbono necessariamente confliggere bensì possono vicendevolmente sostenersi. Lo strumento è flessibile e consente di non dover ricorrere, in caso di necessità, alla radicale iniziativa di vendere l'abitazione e trasferirsi in locazione. L'evidente peculiarità di tale strumento finanziario, che lo differenzia nettamente, già nella sua prima versione, dal tradizionale mutuo ipotecario, sta nel fatto che l'operazione non prevede alcun obbligo di rimborso a carico del soggetto a cui favore la somma è erogata. Il concedente potrà infatti soddisfarsi attraverso la vendita dell'immobile solo dopo la morte del beneficiario. Sotto il profilo economico si tratta di un contratto con forti elementi di aleatorietà, tali da indurre alcuni commentatori ad individuare connotazioni riconducibili al contratto di assicurazione; questo profilo è ancora più evidente nella versione riformata, che si accosta maggiormente alla versione anglosassone, ove al finanziamento è spesso associata una clausola (nota come "no negative equity guarantee") che limita la responsabilità degli eredi al valore di realizzo dell'immobile concesso in garanzia, assumendosi il creditore il rischio dell'eccedenza, senza possibilità quindi di rivalersi nei confronti degli eredi <sup>(7)</sup>. Nell'ordinamento francese è stato recentemente introdotto il "Prêt viager hypothécaire", definito come "un contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso, sia per capitale che per interessi, non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia" <sup>(8)</sup>. Anche il legislatore francese ha quindi colto la possibile funzione assistenziale dell'istituto. Tuttavia si tratta di uno strumento di più ampia applicazione rispetto a quello previsto nel nostro ordinamento, sebbene siano fissate alcune specifiche regole tese ad evitare approfittamenti o eccessivi pregiudizi per il debitore; in particolare in ordine ai doveri di informazione, all'obbligatorietà di un adeguato *spatium deliberandi* da parte del soggetto finanziato, all'inapplicabilità ai rapporti d'impresa (quest'ultimo limite indirettamente presente anche nel nostro pvi riformato). La disciplina francese prevede, in pendenza di rapporto, una serie di doveri di comportamento a carico del debitore, il quale è tenuto alla manutenzione, secondo criteri di diligenza, dell'immobile oggetto di garanzia; qualora il debitore, a causa del proprio comportamento, determini la diminuzione della garanzia incorrerà nella decadenza dal beneficio del termine. La medesima sanzione è prevista nel caso in cui egli muti la destinazione del bene ipotecato o rifiuti al creditore l'accesso all'immobile per controllarne lo stato di conservazione <sup>(9)</sup>. In particolare nella versione francese il nuovo art. L314-9 ha introdotto un forte elemento a tutela



del debitore, prevedendo che il debito del mutuatario o dei suoi aventi causa, che potrà in ogni caso essere anticipatamente rimborsato, anche parzialmente, non potrà eccedere il valore dell'immobile, accertato al momento della scadenza del termine <sup>(10)</sup>. Il termine dell'operazione è costituito dall'apertura della successione mortis causa del mutuatario ovvero dall'alienazione a terzi dell'immobile. Nella prima ipotesi gli eredi provvederanno a rimborsare il debito al creditore, entro i limiti del valore dell'immobile concesso in garanzia, come stabilito al giorno dell'apertura della successione (nuovo art. L314-13, co. 1). In mancanza il creditore ipotecario potrà, alternativamente, agire per l'esecuzione secondo le regole di diritto comune, salva la limitazione del debito al valore della garanzia; oppure potrà farsi attribuire la proprietà in pagamento, mediante provvedimento giudiziale ovvero mediante un patto commissorio originariamente convenuto. L'alienazione dell'immobile da parte del mutuatario o dei suoi eredi dovrà attuarsi secondo un rigido procedimento, al fine di evitare che la cessione avvenga in frode al creditore. Basta confrontare l'ampio e articolato assetto normativo francese con le scarse disposizioni del primo testo italiano per comprendere come il legislatore francese, pur intervenuto successivamente, abbia saputo cogliere in pieno le potenzialità della nuova figura, cercando di minimizzarne i difetti e rimuovendo così gli ostacoli ad una sua più ampia utilizzazione, seguito poi da un legislatore domestico più consapevole, nel recente intervento di revisione, delle necessità dell'istituto per una sua effettiva fruibilità.

#### **4. La riforma (R. Lenzi)**

Alla luce delle citate esperienze straniere, il legislatore italiano ha riconsiderato la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, adattandola alle emergenti esigenze, affinché possa trovare una più ampia ed efficiente applicazione, in particolare regolando più analiticamente il potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene oggetto di garanzia e soprattutto prevedendo la esdebitazione degli eredi del beneficiario del prestito <sup>(11)</sup>; l'interesse all'acquisto di una casa di abitazione è certamente favorito dalla presenza di uno strumento di credito caratterizzato dalla spontaneità dei rimborsi periodici, finalizzati a conservare il bene acquistato, e che non impone al soggetto finanziato alcun versamento che, nei momenti di necessità, andrebbe a sottrarre risorse ai bisogni primari di vita <sup>(12)</sup>. Si tratta in conclusione di uno strumento originale, se non altro per il fatto che l'età avanzata rappresenta un incentivo per il finanziatore, in quanto prefigura una più breve durata del prestito, con riduzione dei rischi sia di un incremento dei tassi di interesse che di un decremento del valore dell'immobile offerto in garanzia; mentre nel tradizionale sistema del credito l'età avanzata costituisce un ostacolo alla concedibilità dei finanziamenti, proprio per la progressiva accentuazione del rischio che il soggetto finanziato, diminuendo via via le proprie capacità lavorative, possa far fronte agli impegni verso l'istituto finanziatore <sup>(13)</sup>. Il prestito vitalizio ipotecario, in quanto efficace strumento tecnico per trasformare una parte del patrimonio in reddito disponibile, costituisce quindi una opportunità che contribuisce a colmare le lacune di un



sistema assistenziale e previdenziale sempre più povero e incapace di dare risposte adeguate ai bisogni dei consociati<sup>(14)</sup>.

### **5. Pvi e patto marciano improprio (R. Lenzi)**

Nel prestito vitalizio ipotecario il potere di autosoddisfacimento della banca creditrice è costituito dalla possibilità di vendere, al verificarsi di determinati presupposti, per conto del debitore o dei suoi eredi, il bene oggetto di garanzia, soddisfacendosi sul ricavato e attribuendo al debitore o agli eredi l'eventuale supero<sup>(15)</sup>. Si tratta di una legittimazione a disporre di fonte legale, nell'interesse concorrente di debitore e creditore, senza che si determini un mutamento di titolarità del bene; lo conferma il fatto che il debitore-titolare, seppur nei limiti di cui appresso, e gli eredi del debitore conservano, a loro volta, la facoltà di disporre del bene, seppur, in quest'ultimo caso, in accordo con il finanziatore. Il creditore, pur fornito di questa specifica legittimazione a disporre, di fonte legale, resta un creditore ipotecario. Si discute poi, come vedremo, circa la funzione della garanzia ipotecaria e se il creditore possa, alternativamente, escutere la garanzia ipotecaria attraverso l'ordinario procedimento esecutivo. Nei primi commenti alla disciplina riformata, autorevole dottrina<sup>(16)</sup> ha prospettato che siamo in presenza di un'ipoteca che non svolge la naturale funzione di garanzia, ma serve esclusivamente a rendere opponibile ai terzi la legittimazione a vendere l'immobile, attribuita *ex lege* al finanziatore. Si sostiene cioè che non siamo in presenza di un'ordinaria ipoteca e di una, separata, legittimazione legale a disporre attribuita al finanziatore, bensì si prospetta un nuovo tipo di garanzia reale, costituita da un'ipoteca con legittimazione a disporre, ove quest'ultima facoltà è parte integrante della garanzia reale, ne costituisce modalità attuativa e ne segue quindi le vicende. Tale ipoteca non svolgerebbe, nella fattispecie, alcuna funzione tipicamente affidata al tradizionale istituto dell'ipoteca, in quanto viene meno lo scopo di garanzia e residua solo quello di opponibilità del potere di alienare attribuito al creditore. L'ipoteca costituirebbe quindi il mezzo per rendere opponibile ai terzi la legittimazione legale a disporre. Si rileva, in senso critico, che, con maggiore chiarezza e organicità sistematica, il legislatore, anziché piegare l'ipoteca a mezzo di opponibilità della legittimazione a disporre, avrebbe potuto introdurre nuovi strumenti a ciò funzionali, modificando le norme in tema di pubblicità ed introducendo nuove tipologie di atti soggetti a trascrizione, secondo quella tendenza che si è inaugurata con la previsione della trascrizione del contratto preliminare e che, anche recentemente, ha prodotto la disciplina sulla trascrivibilità del *rent to buy* e dei vincoli di destinazione<sup>(17)</sup>. Tale ricostruzione, accanto alla considerazione che, nel sistema italiano, l'ipoteca, in taluni casi, già assume una funzione cautelare anziché di garanzia<sup>(18)</sup>, troverebbe decisiva dimostrazione nel fatto che dal testo normativo si desume, invero non troppo esplicitamente, che la legittimazione ad alienare persisterebbe in capo al creditore anche in caso di risoluzione del finanziamento per il compimento da parte del debitore di atti dispositivi del bene oggetto di garanzia. Un potere di disporre quindi che il creditore non perderebbe nemmeno nel caso in cui il



bene venga trasferito a terzi dal titolare-debitore (o terzo datore). Secondo tale interpretazione la legittimazione a vendere sarebbe opponibile a qualsiasi terzo avente causa dal titolare del bene ipotecato, con la conseguenza che, qualora il titolare cedesse, a qualsiasi titolo, il bene a terzi, il finanziatore potrebbe comunque continuare a disporre del bene e l'alienazione effettuata dal creditore, prendendo grado dall'iscrizione dell'ipoteca, andrebbe a prevalere sull'acquisto del terzo avente causa dal titolare, trascritto prima dell'atto di alienazione compiuto dal finanziatore ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca. Le modalità espressive con cui il legislatore detta le regole per perseguire il risultato prefigurato impongono all'interprete un significativo contributo integrativo, nel tentativo di assicurare efficienza alla novità normativa nella direzione di una semplificazione e maggiore rapidità nell'attuazione coattiva del rapporto obbligatorio, attraverso l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra tutela del creditore e interessi del debitore. Tra l'altro la nuova disposizione incide sulla tradizionale prospettiva ricostruttiva di alcuni dei più controversi temi giuridici; si pensi tra questi al principio della responsabilità patrimoniale generica, alla nullità del mandato *post mortem*, al divieto di anatocismo, al divieto del patto commissorio, al patto marciano, alla tutela reale del legittimario. Con la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, potere di alienare beni altrui ed ipoteca assumono una originale configurazione, piegandosi a riprodurre meccanismi operativi elaborati in altri contesti giuridici; la funzione di garanzia, per la quale si può pervenire al soddisfacimento del credito, verrebbe assolta in via esclusiva dalla legittimazione *ex lege* ad alienare, che, per effetto dell'iscrizione ipotecaria, potrebbe essere fatta valere anche nei confronti dei terzi, attribuendo quindi al potere di alienare del finanziatore una sorta di diritto di seguito tale che l'eventuale trasferimento a terzi del bene, da parte del debitore titolare, non farebbe venir meno la legittimazione del creditore a vendere il bene e a venderlo libero da vincoli e pesi che possono averlo nel frattempo gravato. Tutto ciò non solo attribuendo all'ipoteca una insolita funzione, ma anche derogando alla tradizionale disciplina del mandato con rappresentanza, secondo la quale l'alienazione a terzi del bene da parte del titolare determina non tanto l'estinzione del potere rappresentativo quanto l'inefficacia dell'atto di vendita posto in essere dal finanziatore, poiché il bene non si trova più nel patrimonio del rappresentato. La dottrina citata rileva al riguardo che il meccanismo legale non ruota intorno all'ipoteca <sup>(19)</sup>, ma al potere di rappresentanza, di fonte legale, concesso al finanziatore *in rem propriam* (e quindi irrevocabile), esercitabile dopo la morte del debitore, con le finalità e nei casi previsti dalla legge, con una soluzione ricalcata sul modello del *power to sell* che spetta al *mortgagee* di *common law* <sup>(20)</sup>. Tale interpretazione trova referenti letterali non tanto nella prevista possibilità, per il creditore, di procedere all'alienazione dopo l'apertura della successione del soggetto finanziato; in questo caso infatti la persistenza della legittimazione a disporre non è conseguenza originale, determinandosi in concreto in capo al creditore la stessa situazione che consegue ad un mandato *in rem propriam*, che, come noto, ai sensi dell'art. 1723 c.c., esclude il venir meno del potere rappresentativo in caso di morte del mandante. La soluzione prospettata trova invece il più



incisivo argomento a supporto in altre espressioni presenti nel testo normativo. In particolare al comma 12 della nuova disposizione è previsto che il rimborso può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato o anche anticipatamente “qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile”. Nel successivo comma 12 *quater* si prevede che il finanziatore potrà vendere l'immobile in caso di mancato rimborso del finanziamento entro dodici mesi “dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12”, senza distinguere tra tali eventi e quindi, si prospetta, sia se il bene risulta sempre nel patrimonio del soggetto finanziato ovvero del defunto, sia nel caso in cui tale bene ne sia uscito per trasferimento *inter vivos* a terzi compiuto dal soggetto titolare del bene in questione. Tale interpretazione risulterebbe confermata da un successivo passaggio testuale, ove si dispone che le eventuali somme residue dalla vendita effettuata dal finanziatore, una volta estinto il proprio credito, “sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa”; il richiamo agli aventi causa, si afferma, rende evidente che il soggetto finanziato conserva la legittimazione a disporre, con prevalenza su ogni atto dispositivo compiuto dal titolare, anche nel caso in cui il titolare abbia disposto *inter vivos* del bene ipotecato. Tale opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre, e quindi l'indifferenza degli atti dispositivi del titolare rispetto al creditore, sono assicurati, non essendo prevista l'autonoma trascrizione di tale potere dispositivo, dall'ipoteca, qui operante secondo una originale e, secondo alcuni, esclusiva funzione. Si tratta, come detto, di un'interpretazione che cerca di dare senso all'ambiguo testo normativo nella direzione di un efficientamento della garanzia connessa al prestito vitalizio ipotecario, ma che trae da alcuni, invero ambigui, riferimenti testuali, delle conseguenze sotto certi aspetti dirompenti rispetto alla disciplina tradizionale degli istituti in gioco <sup>(21)</sup>. Le maggiori perplessità, sempre nella prospettiva funzionale cui l'interpretazione sopra descritta si colloca, riguardano le modalità di distribuzione del supero agli aventi causa del titolare del bene ipotecato, interamente affidate al finanziatore e sottratte, salvo l'instaurarsi di un contenzioso, a qualsiasi controllo giudiziale.

Non manca in dottrina una interpretazione più conservativa secondo la quale gli argomenti addotti non sono conclusivi per pervenire al prospettato efficientamento della garanzia. Secondo quest'ultimo orientamento <sup>(22)</sup> la disposizione normativa non prevede espressamente la persistenza del potere di alienare in capo al creditore anche in caso di risoluzione del finanziamento per vendita del bene da parte del debitore, bensì prevede soltanto che l'alienazione a terzi da parte del debitore determina la decadenza dello stesso dal beneficio del termine o, secondo altri interpreti, dà luogo alla risoluzione del contratto di finanziamento, da cui discende il diritto all'immediata restituzione e quindi, in caso di mancato rimborso, la possibilità per il creditore di attivare i meccanismi soddisfatti <sup>(23)</sup>. Ciò non implica necessariamente, né la disposizione è esplicita in questo senso, che il creditore possa efficacemente procedere in via





diretta alla vendita satisfattiva del bene ipotecato, ormai nella titolarità di un terzo. I suddetti richiami letterali al potere del finanziatore di vendere al “verificarsi degli eventi di cui al comma 12” e alla distribuzione del supero “agli aventi causa” del soggetto finanziato, andrebbero interpretati, secondo tale orientamento, nei limiti di compatibilità con l’operatività del sistema di regole che presidia la circolazione giuridica, la legittimazione a disporre, il sistema della pubblicità in funzione di opponibilità e la funzione tradizionale degli istituti, in particolare dell’ipoteca, cui i suddetti riferimenti testuali non sembrano sufficienti a sviare la funzione e le modalità attuative. Il creditore potrebbe quindi ancora disporre del bene, pur se gravato da diritti reali minori o da garanzie reali a favore di terzi, qualora l’alienazione, pur con tali limitazioni, possa comunque consentire la soddisfazione delle ragioni creditorie; per quanto riguarda gli aventi causa il richiamo deve intendersi in senso generico, riferito cioè a coloro cui spetta il ricavato della vendita, siano essi cessionari del credito al supero o altri creditori del debitore muniti di garanzie reali sul bene in questione <sup>(24)</sup>. Troverebbe spazio quindi una ricostruzione della disciplina ed in particolare del ruolo dell’ipoteca meno eversiva di quella sopra enunciata <sup>(25)</sup>, ma che certamente andrebbe a limitare fortemente le funzionalità applicative del nuovo istituto. L’ipoteca continuerebbe a svolgere la funzione sua propria, costituendo un’alternativa <sup>(26)</sup> rispetto all’esercizio diretto della legittimazione a disporre attribuito al creditore, potere che tuttavia, pur se di fonte legale, si relaziona con il soggetto debitore e non con il bene in sé, per cui non è opponibile ai terzi e quindi arretra laddove venga meno, in capo al debitore-rappresentato, la titolarità del bene. Il richiamo agli effetti del mandato *in rem propriam* non giustifica una diversa soluzione in quanto il problema non è il venir meno della legittimazione a disporre, che viceversa persiste, ma l’oggettiva impossibilità di operare efficacemente per essere il bene uscito dal patrimonio del soggetto, già titolare, che il finanziatore rappresenta. L’effettività di questa particolare forma di garanzia costituita dal potere di disporre sarebbe così assicurata non attraverso la sua opponibilità bensì attraverso l’affiancamento al tradizionale strumento dell’ipoteca, che il creditore potrà attivare qualora per lui venga meno la possibilità di procedere, per le vie brevi, all’alienazione del bene ipotecato. I fautori di questo secondo questo orientamento obiettano infatti che, se si fosse voluto rendere opponibile anche ai terzi aventi causa il potere di disporre del creditore, sarebbe stato più logico introdurre una nuova estensione dell’art. 2645 c.c. <sup>(27)</sup> per prevedere la trascrizione del patto marciano, affiancato dalla legittimazione a vendere attribuita al creditore, a ciò non ostando ormai l’asserita natura obbligatoria del patto. Non è quindi facile, in questa fase, offrire una soluzione interpretativa rassicurante sulle modalità attuative del sistema di garanzia connesso al prestito vitalizio ipotecario, anche se la soluzione secondo la quale il creditore conserva il potere di disporre efficacemente del bene una volta che lo stesso è stato, dal debitore, alienato a terzi, ha il pregio di una maggiore efficienza della garanzia connessa e sembra più rispondente alla funzione del nuovo istituto. L’adesione all’orientamento secondo il quale l’ipoteca, lungi dallo svolgere un ruolo di strumento che consente l’opponibilità *erga omnes* della legittimazione legale a disporre



attribuita al finanziatore, opera secondo i propri tradizionali meccanismi <sup>(28)</sup> frustrerebbe la portata innovatrice della disposizione e ne ridurrebbe gli incentivi all'applicazione da parte del sistema bancario, così depotenziando il contributo che l'istituto può dare all'assistenza patrimoniale alla persona in età avanzata e quindi ad integrare efficacemente il cd. *welfare* privato. E' pur vero che l'ipoteca svolgerebbe comunque una funzione di dissuasione del debitore rispetto ad atti di disposizione del bene che lo sottraggano alla legittimazione ad alienare del creditore, in quanto, in tal caso, il debitore sarebbe comunque soggetto alle conseguenze dell'ipoteca e quindi all'ordinaria azione esecutiva privilegiata sui beni in questione, che non può essere elusa attraverso l'attribuzione a terzi. Inoltre resterebbe comunque ferma la legittimazione ad alienare del creditore per i diritti di cui può ancora efficacemente disporre, come nel caso in cui il bene, pur gravato da garanzia reale a favore di terzi, permanga nella titolarità del soggetto finanziato. Gli stessi fautori di una interpretazione più conservativa pongono in luce come non si tratti certamente dell'esito normativo più efficace per una piena operatività del meccanismo autosatisfattivo ed è certo che l'opponibilità ai terzi della legittimazione ad alienare del creditore sarebbe soluzione più efficiente, ma, a loro avviso, non sembra che il testo normativo offra spunti per una tale interpretazione funzionale <sup>(29)</sup>. Qualora si aderisca all'idea che l'ipoteca non assicuri l'opponibilità *erga omnes* del potere di disporre, merita valutare se l'autonomia privata non possa integrare l'assetto normativo legale con l'introduzione di un vincolo di destinazione di fonte convenzionale, trascrivibile ex art. 2645 ter c.c., collegato con il potere legale ad alienare, al fine di rendere così effettivamente inopponibile al creditore l'eventuale atto di alienazione compiuto dal debitore, permanendo quindi l'effettività della legittimazione ad alienare da parte del finanziatore; se l'obiettivo è quello di rendere opponibile ai terzi la legittimazione della banca, l'apposizione convenzionale di un vincolo di destinazione, trascrivibile ex art. 2645 ter c.c., potrebbe assicurare il risultato voluto, pur con le necessarie considerazioni in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti. Vi è inoltre, nel fiorire di tentativi ricostruttivi di senso, chi ritiene che l'ipoteca non esaurisce la propria funzione nel rendere opponibile la legittimazione del creditore a disporre, con un ruolo del tutto originale, ma conserva anche i propri caratteri tradizionali, costitutivi di una ragione di preferenza del credito qualora il creditore decida di agire attraverso il normale procedimento esecutivo, di cui il testo normativo non sembra sancire la preclusione, anche se, si afferma, sarà molto raro che il finanziatore, pur avendone la facoltà, ricorra all'esecuzione forzata ordinaria per far valere la prelazione ipotecaria. I sostenitori dell'interpretazione che potremmo definire "tradizionale" adducono un ulteriore argomento a conforto della loro ricostruzione; affermano infatti che se la costituzione sul bene di diritti reali a favore di terzi fosse irrilevante per l'operatività del meccanismo satisfattivo semplificato, non si capirebbe la ragione di sanzionare il debitore con la risoluzione del finanziamento e la conseguente anticipata restituzione, a fronte di un atto privo di alcun rilievo giuridico verso il creditore, improduttivo di pregiudizi nei suoi confronti. Al contempo non è affatto chiaro se la risoluzione consegua solo ad atti volontari di



disposizione del bene ipotecato ovvero se sia determinata anche a seguito di accadimenti indipendenti dalla volontà del debitore, come l'iscrizione di una domanda giudiziale sul bene; più precisamente la disposizione non consente di stabilire con sicurezza se la cessazione del rapporto di finanziamento è determinato dall'oggettiva insorgenza di un gravame sul bene ovvero se la conseguenza costituisce una sanzione a carico del finanziato, con ciò implicando necessariamente la volontarietà dell'atto dispositivo posto in essere dal debitore. In quest'ultimo caso la prevista risoluzione si spiegherebbe come strumento sanzionatorio teso a disincentivare atti dispositivi del soggetto finanziato e quindi eventuali dispersioni patrimoniali, perseguendo così una finalità dissuasiva; nel primo caso invece sarebbe il gravame in sé, oggettivamente inteso, a produrre l'insorgenza immediata dell'obbligo restitutorio, con morfologia più prettamente decadenziale, e ciò avrebbe senso solo se l'atto in questione andasse in qualche modo ad alterare il complesso sistema satisfattivo previsto dalla legge. In questo secondo senso orienta l'espressa previsione, nell'ambito del regolamento attuativo del pvi, all'art. 3 lett.h), dell'ipoteca giudiziale come causa giustificatrice della pretesa alla restituzione immediata da parte del soggetto finanziato. L'obiezione tuttavia non sembra decisiva, in quanto la ragione dell'anticipazione del rimborso del finanziamento non deve necessariamente spiegarsi in termini di riduzione della garanzia del creditore bensì per la sopravvenuta frustrazione degli scopi del finanziamento. Se l'istituto viene considerato nella prospettiva assistenziale che ne ha ispirato l'adozione, segnalata dalla pluralità di presupposti decadenziali che nulla hanno a che fare con la congruità della garanzia o con la sicurezza del credito, quali possono individuarsi nel trasferimento di residenza e nella concessione del godimento a terzi, anche a mero titolo di comodato, le evenienze indicate al comma 12 risultano considerate in quanto incompatibili con la funzione prettamente assistenziale del pvi, così che il venir meno della originaria funzione giustifica l'anticipazione del diritto al rimborso da parte del creditore. Non sembra quindi che sussista a carico del finanziato un obbligo di non porre in essere quanto previsto al comma 12, il cui inadempimento potrebbe esporlo ad ulteriori conseguenze di natura risarcitoria, ma più semplicemente l'esercizio legittimo di tali diritti comporta l'anticipazione della restituzione al finanziatore. Sia che si aderisca alla ricostruzione della fattispecie nei termini da ultimo enunciati e quindi con la sussistenza di una duplicità di strumenti satisfattivi a favore del creditore, costituiti dalla legittimazione a disporre del bene e dall'ordinaria esecuzione immobiliare relativa ad un credito assistito da ipoteca, sia che si ritenga l'ipoteca strumento destinato ad assicurare l'opponibilità della legittimazione ad alienare, si pone il problema, dello spazio riservato all'operatività tradizionale dell'ipoteca. In particolare, per gli aderenti alla teoria che abbiamo definito "tradizionale", si pone il problema se l'alternativa tra attivazione dell'ipoteca e potere di alienare in via diretta sia liberamente utilizzabile dal creditore ovvero se l'esecuzione secondo le regole ordinarie sia ammissibile solo ove venga meno la possibilità di attivare il procedimento semplificato, come nel caso in cui il debitore abbia alienato a terzi il bene ipotecato. Essendo l'intervento normativo programmato per un più rapido



soddisfacimento delle ragioni del creditore, che costituisce anche precipuo interesse del debitore, sia per l'effetto esdebitativo, sia per i minori oneri derivanti da una procedura più rapida, sembra più convincente l'idea che il creditore sia tenuto ad utilizzare il procedimento semplificato autosatisfattivo e solo in caso di impossibilità di operare in tal senso potrà agire secondo le ordinarie regole che assistono il credito ipotecario.

L'adesione, qui privilegiata, alla tesi dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre assicurata dall'iscrizione ipotecaria, impone di svolgere alcune ulteriori considerazioni, sia come prova di resistenza della tesi prospettata sia per meglio definire le problematiche operative conseguenti a tale soluzione. Un primo problema nasce dal raccordo con le ulteriori ipotesi speciali di patto marciano legislativamente introdotte con l'art. 48 bis e 120 quinquiesdecies TUB, che verranno specificamente trattate nel seguito del presente studio. Dal raffronto con tale disciplina si deve rilevare che, in tali ipotesi, l'opponibilità del patto marciano è assicurata non mediante l'iscrizione dell'ipoteca ma con la trascrizione della cessione in garanzia alla banca creditrice, secondo quindi il normale operare del sistema della trascrizione e laddove si è voluto attribuire all'ipoteca una funzione non di opponibilità del patto ma meramente prenotativa e attributiva del grado in sede di riparto, si è espressamente affermato "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". La particolare relazione tra ipoteca e patto è quindi in tale disposizione chiaramente esplicitata. Inoltre l'art. 48 bis, tiene in espressa considerazione, seppur offrendo una soluzione non agevolmente decifrabile, il fatto che la garanzia marciانا, a differenza delle altre garanzie reali, sottrae al concorso degli altri creditori il bene oggetto di garanzia, per cui la disposizione detta a tal fine le regole di un complesso procedimento attuativo del credito, finalizzato ad evitare ingiustificati pregiudizi alle ragioni degli altri creditori. Non solo l'art. 48 bis Tub prevede doveri di informazione dal creditore assistito dal patto agli altri soggetti che vantano diritti sul bene; non solo regole di trasparenza, quale il deposito del supero su apposito conto corrente bancario; ma soprattutto il comma 10 dispone che nel caso in cui il bene sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione da parte di altri creditori, la procedura di autosoddisfacimento viene meno e tutto ritorna sotto il controllo giudiziale. La disciplina derivante dall'art. 48 bis evidenzerebbe quindi come il legislatore, continuando a valutare con prudenza, se non con diffidenza, le formule che consentono al creditore di soddisfarsi senza il *medium* giudiziale, limita la piena operatività degli speciali meccanismi di autotutela ai casi in cui la relazione si esaurisce tra creditore e debitore; viceversa, quando sul bene concorrono anche interessi terzi, recupera il ruolo del giudice e non affida completamente al creditore, titolare del diritto all'autosoddisfacimento attraverso la cessione del bene del debitore, anche la tutela delle ragioni degli altri creditori intervenuti sul bene o comunque di altri titolari di diritti sul bene stesso, mediante distribuzione del supero attuata al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale. La tesi dell'opponibilità *erga omnes* del potere di



disporre assicurato dall'ipoteca condurrebbe, si dice, alla conseguenza che un terzo creditore che promuove una azione esecutiva sul bene oggetto di garanzia in un contratto di pvi, vedrebbe disinnescata la propria azione esecutiva a causa della vendita effettuata dal finanziatore, che esercita la propria legittimazione a disporre. Che l'azione esecutiva promossa da terzi creditori sia consentita risulta poi evidente dalla previsione dell'art. 3 lett.h) del Regolamento attuativo della legge sul pvi, che dispone la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia sia assoggettato a "procedimenti esecutivi di importo pari o superiore al venti per cento del valore dell'immobile concesso in garanzia". In questo caso al finanziatore alienante sarebbe affidata non soltanto la restituzione del supero al prestatore della garanzia ma anche la distribuzione dell'eccedenza ricavata a favore degli altri creditori precedenti o inseriti nell'esecuzione ovvero dotati di garanzia reale. Verrebbe così meno, in questa delicata fase, la garanzia derivante dall'intervento del giudice nella fase dell'esecuzione. È questo il profilo più delicato della disciplina del pvi, anche per la responsabilità affidata al finanziatore di gestire il ricavato della vendita, in particolare per la misura eccedente quanto necessario per soddisfare il prestito vitalizio. Si pone in particolare il problema se la banca finanziatrice debba semplicemente custodire la somma, tenendola comunque separata dal proprio patrimonio, affinché su di essa gli eventuali altri creditori che hanno compiuto atti di esecuzione sul bene possano soddisfarsi secondo le ordinarie procedure ovvero se debba provvedere essa stessa alle attività di riparto tra gli aventi diritto; il riferimento agli aventi causa come percettori del supero, risultante dall'enunciato normativo, induce a ritenere questa seconda soluzione più aderente al testo della disposizione. Le cautele espresse quindi dal legislatore nel fissare la disciplina dell'art. 48 bis TUB, anche a costo di rendere meno efficiente il meccanismo di autosoddisfacimento, verrebbero del tutto disattese nel pvi, laddove si aderisca alla tesi, pur così densa di suggestioni, anche testuali, dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione ad alienare, assicurata mediante l'iscrizione ipotecaria. Sul punto torneremo più diffusamente in seguito. Merita inoltre considerare un ulteriore argomento interpretativo. Dopo la morte del soggetto finanziato il legislatore precisa che gli eredi del defunto possono disporre del bene oggetto di garanzia solo "in accordo con il finanziatore". Affronteremo successivamente il problema della natura di tale consenso del creditore, ma merita osservare che l'espressa previsione del necessario accordo con il creditore per consentire agli eredi di disporre appare poco coerente con la prospettata opponibilità *erga omnes* della legittimazione a vendere del creditore. Poco senso avrebbe un trattamento differenziato tra titolare ed eredi quando il creditore è in ogni caso tutelato dalla possibilità di far valere verso chiunque la vendita del bene da lui effettuata in funzione satisfattiva, essendosi assicurato, con l'iscrizione di ipoteca, l'opponibilità *erga omnes* del suo potere dispositivo.

## 6. L'effetto esdebitatorio (R. Lenzi)



La disposizione introduce poi un rilevante meccanismo di esdebitazione, prevedendo che “l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute”. Una volta venduto il bene oggetto di garanzia il debitore è automaticamente liberato. Qui la regola esdebitatoria non sembra ispirata al criterio del *fresh starting*, che invece si sostiene essere alla base della nuova disciplina delle procedure concorsuali, bensì alla finalità di rimuovere eventuali remore all'accesso al finanziamento bancario costituite dal presumibile desiderio del finanziato stesso di non trasmettere il debito ai propri eredi, desiderio che spesso costituisce anche la remora per cui l'anziano è restio a promuovere operazioni di credito. Emerge qui, con palese evidenza, la funzione assistenziale dell'istituto del prestito vitalizio ipotecario, che, salvo diversa volontà degli eredi, esaurisce le dinamiche del rapporto obbligatorio con riferimento al solo specifico bene oggetto del finanziamento, cosicché, unitamente alla possibilità che l'adempimento sia interamente differito *post mortem debitoris*, si viene a creare, in capo al finanziato, una sorta di responsabilità senza debito. Nell'ipotesi estrema di differimento integrale dell'obbligo restitutorio si sostiene che la specificità del prestito vitalizio ipotecario sta nel fatto che non nasce, nell'immediato, alcun rapporto obbligatorio, in quanto non sorge, a carico del soggetto finanziato, alcuna obbligazione di restituire quanto ricevuto a titolo di capitale, né di corrispondere gli interessi corrispettivi (salvo per questi ultimi la possibilità di un diverso accordo). Niente è dovuto dal finanziato, se non nelle ipotesi eventuali e residuali previste dalla legge che determinano l'anticipata insorgenza dell'obbligo restitutorio. Certo, su un rigoroso piano ricostruttivo potrebbe dirsi che il rapporto obbligatorio sorge, che il finanziato è immediatamente debitore di quanto previsto nel contratto di finanziamento e solo il termine di adempimento è differito, nella fisiologia del rapporto, ad un momento successivo alla morte del soggetto finanziato. Ma se a ciò si aggiunge che il debitore non soggiace al principio della responsabilità patrimoniale generica in quanto il ricavato della vendita del bene ipotecato esaurisce le ragioni di credito della banca, non consentendo quindi al creditore di agire anche, sussidiariamente, sui residui beni del finanziato, si assiste, di fatto, al sorgere di un rapporto ove il debitore non è tenuto ad adempiere né risponde con l'intero suo patrimonio; il finanziato si riduce sostanzialmente ad un datore di ipoteca, garanzia ulteriormente assistita dalla legittimazione del creditore a disporre del bene ipotecato. Se l'ipoteca è esclusivamente funzionale a conferire efficacia reale alla legittimazione a disporre, si pone poi il problema della sorte di tale potere nel caso di una iscrizione invalida ovvero nel caso di una successiva cancellazione dell'ipoteca senza che vi sia estinzione del debito; in tali casi infatti si potrebbe dubitare se il creditore conservi comunque la legittimazione a disporre ovvero se tale potere venga meno con il venir meno dell'ipoteca cui accede, con un risultato che sembra più convincente e più coerente con la complessiva soluzione ricostruttiva adottata. Certamente sussiste una stretta correlazione tra potere di disporre ed ipoteca che, se anche non giungesse ad integrare quest'ultima in un originale meccanismo di garanzia, certamente evidenzia una legittimazione a disporre il cui oggetto è



individuato *per relationem* con l'oggetto dell'ipoteca e la cui persistenza sembrerebbe correlata alla persistenza della garanzia ipotecaria. Se l'ipoteca e la legittimazione a disporre vengono considerate come due separate prerogative del creditore, senza che l'una sia accessoria all'altra, si dovrebbe conseguentemente dedurre che il creditore può alternativamente e liberamente decidere se utilizzare, per la soddisfazione delle proprie ragioni di credito, il potere di alienare, con propria iniziativa, il bene ipotecato ovvero promuovere l'ordinario procedimento esecutivo per via giudiziaria. Viceversa deve ritenersi che sussista una stretta connessione tra legittimazione a disporre ed ipoteca, e questo anche nel caso in cui si ritenga che quest'ultima operi secondo i tradizionali meccanismi, costituendo uno strumento accessorio alla garanzia prevalente e caratterizzante costituita dalla legittimazione a disporre. Vi è quindi chi ritiene che la garanzia ipotecaria possa essere attivata solo nelle ipotesi in cui la legittimazione a disporre non potrà operare. Ma anche nel caso in cui l'ipoteca funzioni come strumento di opponibilità della legittimazione a disporre, non sembra possa escludersi che essa continua a svolgere il suo ruolo tradizionale, consentendo al finanziatore di optare per l'ordinario procedimento esecutivo, in qualità di creditore ipotecario. Ma le perplessità interpretative non sono esaurite: se, nelle ipotesi da ultimo prospettate, il creditore decide di promuovere l'ordinario procedimento esecutivo, si pone l'ulteriore problema se l'effetto esdebitativo, per cui, con la vendita, si estinguono le ragioni di credito non soddisfatte, operi anche in tal caso, oppure se la disposizione normativa intende limitare l'eccezionale effetto estintivo del debito eccedente alla sola ipotesi di esercizio, da parte del finanziatore, della propria legittimazione a disporre. A quest'ultimo problema tuttavia sembra ragionevole dare risposta positiva, nel senso che, per la natura del finanziamento, le ragioni del creditore non possono trovare soddisfazione oltre il ricavato della vendita del bene ipotecato, qualunque sia la modalità con cui si perviene alla realizzazione della garanzia, sia essa l'alienazione ad opera del creditore ovvero ad opera degli eredi, d'accordo con il creditore, o, ancora, anche nel caso in cui l'alienazione avvenga attraverso la procedura esecutiva ordinaria, sempre che, secondo quanto sopra prospettato, la si ritenga una modalità attuativa utilizzabile<sup>(30)</sup>. Il prestito vitalizio ipotecario è un contratto di finanziamento significativamente caratterizzato da rilevanti elementi di aleatorietà che penetrano nella funzione stessa del contratto; offrire al finanziato la possibilità di accedere ad un finanziamento che gli permette di ottenere credito con la sicurezza che il proprio rischio, e soprattutto quello dei suoi eredi, è limitato alla perdita del bene offerto in garanzia, ma non potrà gravare oltre tale valore, costituisce un carattere essenziale del pvi e certamente tale profilo non può essere rimesso alla scelta del finanziatore, che potrebbe evitare l'effetto esdebitativo semplicemente optando per la procedura esecutiva ordinaria, obliterando così il profilo di aleatorietà che caratterizza il pvi. Il problema della portata dell'effetto esdebitativo si pone anche, forse con maggior problematicità, nel caso in cui, per il verificarsi di una delle varie cause previste dalla legge, sorga in capo al finanziatore il diritto di esigere immediatamente il credito; può dubitarsi cioè se, stante l'eccezionalità della norma che, in deroga al principio dell'art.



2740 c.c., dispone la limitazione di responsabilità, questo beneficio venga meno nel caso in cui il finanziato non si conformi ai doveri di comportamento che la disciplina del particolare finanziamento ottenuto gli impone, così che la funzione sanzionatoria che determina la risoluzione del rapporto si estende anche agli altri benefici che tale disposizione prevede, con la conseguenza che il creditore potrà agire anche per l'eccedenza, essendo venuto meno, a causa dell'inadempimento, anche il beneficio dell'esdebitazione. Sembra tuttavia ragionevole immaginare che la limitazione di responsabilità al solo ricavato dalla vendita del bene ipotecato costituisce effetto caratterizzante il tipo, che, come tale, sorge automaticamente con la conclusione del contratto e che resta quindi indifferente alle successive vicende del rapporto. Non si tratta di estendere l'ambito applicativo di una norma eccezionale ma soltanto di considerare la limitazione di responsabilità come elemento che caratterizza il prestito vitalizio ipotecario, e che deroga al principio generale proprio per la funzione assistenziale svolta dal tipo contrattuale. Inoltre la disposizione normativa non qualifica l'eventuale alienazione da parte del titolare, così come le altre cause di decadenza, come un inadempimento né prevede espressamente un obbligo di non alienare, cui potrebbe conseguire una risoluzione per inadempimento e quindi una revisione, in funzione sanzionatoria, degli effetti del contratto di pvi. L'alienazione del bene da parte del titolare, destinatario del finanziamento, è considerata come evento fisiologico, rilevante quindi solo in quanto onere, senza nessuna restrizione della libertà di disporre, con l'unica conseguenza di determinare l'immediata esigibilità del credito restitutorio, essendo sostanzialmente venuta meno la funzione assistenziale dell'istituto e, secondo quanto sopra esposto, di poter soccombere a causa del legittimo esercizio del potere di disporre da parte del creditore<sup>(31)</sup>. In considerazione delle particolari modalità attuative del rapporto, per cui la garanzia e il potere di legittimazione a disporre del bene si protraggono oltre la morte del soggetto finanziato, appare conseguente e ragionevole l'espressa previsione normativa per cui "Nei confronti dell'acquirente 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"; tale disposizione è funzionale ad evitare che le dinamiche successorie, ed in particolare il robusto assetto normativo posto a tutela dei legittimari, possano interferire con l'effettività della garanzia e quindi dissuadere i finanziatori dall'utilizzazione dello strumento del pvi. L'opponibilità ai terzi, che caratterizza l'azione di riduzione e la collegata azione di restituzione verso i terzi aventi causa, viene disinnescata dalla disposizione in commento, con la conseguenza che l'acquisto del terzo, conseguente all'alienazione effettuata dal finanziatore o dagli eredi, non rimarrà esposto ai rischi di azioni da parte dei legittimari lesi o pretermessi. La stabilità dell'acquisto, in deroga alla normale ampia operatività della tutela del legittimario, è assicurata al fine di favorire l'adozione dello strumento del pvi. E' stato osservato che l'avvertito bisogno di tale disposizione sembrerebbe riconfermare che ipoteca e legittimazione a disporre operano autonomamente e il potere dispositivo del creditore non trova il proprio fondamento nell'ipoteca,





poiché in tal caso sarebbe bastato far risalire gli effetti dell'atto di alienazione da parte del creditore al momento dell'iscrizione dell'ipoteca (soluzione tra l'altro adottata nel disposto dell'art. 48 bis Tub), o quantomeno rendere l'atto di alienazione opponibile anche ai legittimari in quanto ricollegabile all'iscrizione ipotecaria sorta contro il *de cuius* antecedentemente all'apertura della successione. Non può tuttavia escludersi che il legislatore abbia semplicemente voluto chiarire espressamente la rilevanza dell'esercizio della garanzia sul sistema di tutela dei legittimari, al fine di assicurare la stabilità dell'acquisto e rafforzare così l'efficienza del pvi. Si tratta tuttavia di una disposizione che determina un profondo varco nella protezione dei legittimari, che potrebbe orientare ad utilizzazioni dell'istituto funzionali ad eludere la normativa di tutela; basti pensare che la vendita effettuata dall'erede testamentario, tale in forza di attribuzione lesiva delle ragioni dei legittimari, di un bene già oggetto di un pvi, non potrebbe essere oggetto di azione restituzionale, venendo così meno, quantomeno relativamente al bene in oggetto, la tradizionale tutela reale del legittimario. Il pvi quindi, pur nel suo limitato ambito operativo, consente di superare l'annoso problema della sicurezza della circolazione dei beni di provenienza successoria. Il legislatore, in questa particolare figura negoziale, ha introdotto profonde deroghe al vigente sistema ordinamentale. In primo luogo con l'attribuzione legale al finanziatore del potere di disporre del bene, così superando le perplessità circa una possibile riconduzione al divieto del patto commissorio ed altresì con la sostanziale deroga all'operatività del principio della responsabilità patrimoniale generica, di cui si esclude l'applicazione nel momento in cui si prevede che il credito si riduce alla misura del ricavato dalla vendita del bene ipotecato, con ciò escludendo la possibilità di agire su altri beni del debitore. Ma non da meno è la deroga al sistema di tutela forte dei legittimari; al riguardo non si può non evidenziare come in questa specifica figura negoziale è stato accantonato quel vigente modello di tutela dei legittimari che non è invece stato scalfito da incisive riforme, nonostante le innumerevoli sollecitazioni provenienti dalla prassi e dalla dottrina, consapevoli delle insicurezze indotte al sistema della circolazione giuridica dei beni di provenienza donativa o successoria. Patto commissorio, responsabilità patrimoniale generica, tutela reale del legittimario: sembra proprio che il legislatore abbia reputato talmente rilevante assicurare la funzionalità dello strumento del prestito vitalizio ipotecario, in funzione della sua finalità assistenziale, al punto di superare, nella fattispecie, alcuni degli inderogabili pilastri del nostro sistema giuridico. Il raffronto quindi con le altre modalità di realizzazione del credito deve quindi essere svolto nella consapevolezza della specificità del prestito vitalizio ipotecario, in considerazione delle sue preminenti funzioni assistenziali e del favore con cui esso è visto dal legislatore<sup>(32)</sup>.

### **7. La legittimazione a disporre (R. Lenzi)**

Il prestito vitalizio è quindi caratterizzato dall'attribuzione al creditore della legittimazione a disporre del bene ipotecato al fine di consentirgli di soddisfarsi sul ricavato; legittimazione tuttavia



che non è sottratta al titolare, il quale continua a poter disporre del bene (con la conseguenza dell'obbligo di anticipata restituzione e dell'inopponibilità alla vendita eventualmente effettuata legittimamente dal creditore), né, dopo la morte del debitore, ai suoi eredi, che tuttavia possono disporre solo in accordo con il creditore. Su quest'ultimo punto si prospetta un ulteriore profilo di problematicità nel definire le conseguenze di un'alienazione effettuata dagli eredi senza il necessario accordo con il finanziatore. Chi esclude che, attraverso l'ipoteca, la legittimazione a disporre del finanziatore possa esser fatta valere *erga omnes*, attribuisce al consenso del finanziatore una rilevanza coerente con il principio affermato all'art.1379 c.c., per cui qualsiasi limitazione a disporre imposta al titolare del bene produce effetti soltanto tra le parti del rapporto, con esclusione di qualsiasi rilevanza verso i terzi e quindi sugli effetti dell'atto dispositivo. Conseguentemente viene ritenuto che l'alienazione da parte degli eredi, in assenza di accordo con il creditore, costituisce un illecito contrattuale che determina sole conseguenze risarcitorie a carico degli eredi inadempienti e, tuttalpiù, a carico del terzo acquirente consapevole e quindi concorrente all'illecito, seppur a titolo di responsabilità extracontrattuale. D'altro canto, secondo tale orientamento, il creditore, essendo munito di garanzia ipotecaria, conserverebbe per il suo tramite la tutela reale delle proprie ragioni potendo attivare l'ordinaria operatività dell'esecuzione giudiziale, essendogli preclusa ormai, per l'efficacia dell'atto dispositivo, la possibilità di poter procedere direttamente, per le vie brevi, all'alienazione del bene. Si tratta di una soluzione che non si concilia con il diverso orientamento, secondo il quale il finanziatore, investito del potere di disporre, può farlo valere verso qualunque avente causa del soggetto finanziato, ivi compresi i suoi eredi. Questa soluzione rende tuttavia ancor più complesso spiegare il previsto concorso di finanziatore ed eredi qualora questi ultimi intendano disporre del bene oggetto di garanzia, ancor più considerando che il consenso del finanziatore non è invece richiesto nel caso in cui sia l'originario finanziato a disporre del bene in questione, con un singolare e non facilmente giustificabile trattamento differenziato tra titolare ed eredi. Più convincente l'idea che, trattandosi di una limitazione a disporre di fonte legale e non meramente convenzionale, il richiesto accordo con il finanziatore costituisca una sorta di autorizzazione a disporre, che sembra incidere, limitandola, sulla capacità di agire degli eredi, con la conseguenza che l'atto di alienazione potrebbe essere efficace ma annullabile su istanza del creditore o eventualmente dallo stesso convalidabile. Trattandosi di una causa di incapacità legale di agire, seppur a rilevanza speciale, dovrebbe ritenersi altresì che l'annullamento è opponibile anche ai successivi terzi aventi causa, ai sensi dell'art. 1445 c.c. Ulteriore soluzione prospettabile è invece quella di una mera inefficacia originaria dell'atto dispositivo, venendo la disposizione normativa ad istituire una legittimazione complessa a disporre del bene ipotecato frutto del concorso del creditore ipotecario e degli eredi proprietari del bene; inefficacia quindi per difetto di legittimazione.

#### **8. Concorso tra creditore ex pvi e terzi creditor (R. Lenzi)**



Il nuovo sistema delle garanzie, quantomeno prima delle modifiche intervenute in sede di conversione in legge del cd. decreto banche, si occupava solo marginalmente e parzialmente di un problema assai rilevante, costituito dalla posizione che vengono ad assumere gli altri creditori del soggetto finanziato a seguito dell'attivazione della clausola marciana. Con alcune modifiche intervenute in sede di conversione all'art. 48 bis sembra che il legislatore intenda recuperare il tradizionale orientamento, ostile ad affidamenti convenzionali a strumenti di autotutela esecutiva, in primo luogo limitando la possibilità concessa al creditore di accertare la sussistenza dell'inadempimento, pur con il rigido procedimento formale previsto. Riecheggia qui quell'orientamento dottrinale secondo il quale il fondamento del divieto del patto commissorio risiede non tanto e non solo nel tutelare, sul piano sostanziale, il debitore da possibili approfittamenti, quanto nella volontà di garantire un ruolo preminente allo Stato nella gestione della contesa privata, sulla base della presunta esistenza di un generale principio per il quale non può essere sottratta in via definitiva al potere pubblico la funzione di accertare l'inadempimento contrattuale. Ciò impone una graduazione delle forme di autotutela privata previste dall'ordinamento, secondo meccanismi di verifica e riequilibrio che consentono al potere pubblico di esercitare la propria funzione giurisdizionale a tutela di interessi terzi rispetto alle parti del rapporto. In presenza ed a tutela di altri creditori la legge fissa in maniera rigorosa la procedura di realizzazione del credito, sottraendola al potere privato del creditore. In presenza di un evidente conflitto con altri creditori, che non restano inerti bensì azionano gli strumenti recuperatori del credito che la legge gli riconosce, anche il patto marciano, strumento di semplificazione dell'attuazione del rapporto obbligatorio mediante meccanismi di autotutela satisfattiva, deve recuperare quel minimo di garanzia *lato sensu* giurisdizionale che l'ordinamento richiede quando si controverta in materia di inadempimento contrattuale. La terzietà del perito, l'attualità del valore e la restituzione del supero sono sufficienti a consentire una cauta operatività del patto marciano quando si ha riguardo alla situazione soggettiva del debitore, onde evitarne approfittamenti, ma non sono considerati più sufficienti a sottrarre il procedimento attuativo alla guida giudiziale laddove si deve tener conto delle ragioni di terzi creditori. Nel prestito vitalizio ipotecario fino a quando il finanziatore non proceda alla vendita i creditori potranno iscriverne ipoteca di grado successivo sui beni ovvero promuovere ordinaria azione esecutiva, con ciò rendendo inservibile, per alcuni, la legittimazione a vendere in funzione satisfattiva, attribuita al creditore: tutto quindi viene ricondotto all'ordinaria operatività degli istituti in gioco. D'altro canto la legge prevede espressamente, come fatto che attiva il diritto alla restituzione anticipata, la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile. Qualora invece si ritenga, secondo l'interpretazione alternativa prospettata, che l'ipoteca svolge qui la sola funzione di rendere opponibile ai terzi il potere di alienazione del creditore, rendendo così il bene insensibile, rispetto al finanziatore in forza del pvi, ad eventuali diritti di garanzia assunti da un terzo sul bene stesso, il problema della tutela dei terzi si pone con forza. La disciplina legale



prevede infatti che, nel caso in cui il creditore proceda alla vendita soddisfattiva, il ricavato non portato ad estinzione del suo credito è riconosciuto al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. Qualora il finanziatore faccia valere la propria legittimazione a disporre e proceda all'alienazione del bene, si pone il problema di individuare i soggetti da annoverare nella categoria degli aventi causa. Eventuali ipoteche o alienazioni successive disposte dal debitore non sarebbero opponibili al terzo acquirente dal creditore legittimato a disporre, con la conseguenza che il terzo acquisterebbe il bene libero.

Il finanziatore, una volta soddisfatto, dovrebbe restituire il supero individuando, in conformità al disposto normativo, gli aventi diritto, tra il soggetto finanziato, l'eventuale terzo acquirente del bene stesso o anche di diritti parziali, quale avente causa dal debitore, e l'eventuale creditore ipotecario di grado successivo, qualora si voglia ricomprendere anch'esso nella categoria degli aventi causa evocata nel comma 12, come risultato di una sintesi verbale compiuta dal legislatore. Qualora il supero competesse in ogni caso all'originario concedente la garanzia, gli aventi causa dal finanziato, si intendano per tali il terzo acquirente, anche di un diritto reale minore, o il creditore ipotecario di grado successivo, verrebbero pregiudicati da una eventuale dispersione da parte del finanziato dell'eccedenza ricevuta dal finanziatore e ciò anche nel caso in cui il supero sia ampiamente sufficiente a soddisfare le ragioni dei terzi creditori. Ma vi è di più. Con un tale meccanismo operativo, il finanziato, attraverso una operazione di prestito vitalizio ipotecario, vedrebbe posto al riparo da qualsiasi altro creditore il bene oggetto di garanzia, anche se di valore ampiamente eccedente il debito derivante dal prestito vitalizio. Il pvi, indipendentemente dal rapporto tra credito e oggetto di garanzia, consentirebbe di sottrarre quest'ultimo alla garanzia patrimoniale generica nei confronti della generalità dei creditori del titolare del bene stesso. L'istituto si presterebbe quindi ad una possibile utilizzazione abusiva. In questo senso deve quindi intendersi, e interpretarsi in senso ampio, la disposizione che impone al creditore la restituzione del supero agli aventi causa. La norma, nel fare riferimento agli aventi causa, non si limita a regolare il caso in cui il finanziato sia venuto meno o abbia ceduto a terzi il proprio diritto all'eccedenza, bensì intenda invece imporre al finanziatore di disporre dell'eccedenza secondo i diritti che i terzi hanno acquistato sul bene in oggetto, seppur non opponibili, per quanto attiene alla circolazione del bene, al terzo che ha acquistato dal creditore, nell'esercizio del proprio potere legale di disporre. Il creditore deve quindi provvedere a distribuire l'eccedenza del ricavato agli aventi causa del garante, secondo un ordine di graduazione che egli sarebbe tenuto a ricostruire. Si tratta di una soluzione non esente da rilievi critici <sup>(33)</sup>. Ciononostante la disciplina del pvi prospetta, pur tra le esposte difficoltà interpretative, un procedimento di esecuzione privata affidato al creditore legittimato alla vendita <sup>(34)</sup>.

La disposizione tuttavia non detta alcuna regola che illumini circa il comportamento che il creditore, cui è affidata l'esecuzione, dovrà osservare nell'ambito di tale attività. La questione ovviamente non pone alcuna difficoltà laddove il titolare, originario concedente la garanzia



marciana, non abbia compiuto atti di disposizione del bene stesso e il finanziatore sia l'unico creditore. In tal caso il finanziatore vende, trattiene il dovuto e restituisce il supero al concedente la garanzia o ai suoi eredi. La questione già diviene più complessa quando il concedente la garanzia abbia alienato a terzi il bene in questione; in tal caso la disposizione prevede che il creditore, una volta esercitata la sua persistente legittimazione a disporre, dovrà attribuire l'eventuale supero all'avente causa dal titolare. Ma le vere complicazioni nascono qualora il garante abbia compiuto atti dispositivi di diritti reali minori (es. la costituzione di diritti di usufrutto sul bene oggetto di garanzia). In tal caso la norma sembra affidare comunque al creditore alienante la distribuzione del supero, che dovrà essere distribuito tra i vari titolari di diritti sul bene in questione. Il livello di problematicità si innalza ulteriormente in caso di iscrizioni ipotecarie successive all'iscrizione che assiste il pvi, come nel caso in cui siano stati promossi da altri creditori atti di esecuzione sul bene in oggetto. Se, in via interpretativa, si estende il concetto di aventi causa anche al creditore ipotecario di grado successivo, il finanziatore dovrà distribuire il supero anche avendo riguardo ai creditori ipotecari ed a quelli che hanno promosso azione esecutiva. Ma anche se non si giunge ad estendere il concetto di aventi causa, espressamente richiamato nella disciplina del pvi, qualora si riconosca nel finanziatore alienante l'affidatario di un procedimento di esecuzione privata, non sembra che lo stesso possa semplicemente attribuire il supero al garante titolare del bene senza tenere in alcuna considerazione le eventuali ipoteche di grado successivo o gli atti di esecuzione promossi sul bene oggetto di garanzia. Delle due l'una: o la legittimazione a disporre non è opponibile ai terzi, siano essi aventi causa, creditori ipotecari o creditori esecutanti, e quindi il creditore potrà soltanto far valere la propria garanzia ipotecaria, secondo quella che abbiamo sopra definito teoria "tradizionale", oppure il creditore, in quanto legittimato a disporre con un potere opponibile *erga omnes*, diventa affidatario del procedimento esecutivo, attuato in forma privata, e quindi responsabile della corretta distribuzione del supero agli aventi diritto. Conservare al creditore un'intangibile legittimazione a disporre ed al contempo esimerlo da qualsiasi considerazione in ordine ad una distribuzione perequata del supero vorrebbe dire, come già sopra evidenziato, che il bene oggetto di garanzia di un pvi sarebbe al riparo da qualsiasi azione esecutiva o iscrizione ipotecaria da parte di altri creditori del garante, con sottrazione del bene in questione alle regole di responsabilità verso gli altri creditori, indipendentemente dall'ammontare del credito derivante dal prestito vitalizio ipotecario, rimanendo ai creditori la sola possibilità di agire sul credito eventuale del garante alla restituzione del supero, nella forma quindi del pignoramento del credito. Il creditore del garante quindi, per non dover attendere il naturale svolgersi del prestito vitalizio ipotecario, dovrebbe iscrivere ipoteca sul bene in oggetto, consapevole della sua inefficacia in termini di garanzia, al solo scopo di provocare la decadenza dal beneficio del termine ai sensi del comma 12, e contemporaneamente pignorare il credito eventuale al supero, al fine di evitare che il debitore, in conseguenza dell'alienazione da parte del finanziatore, possa percepire direttamente il supero e disperderlo in pregiudizio delle ragioni dei



creditori in subordine. Il problema non riguarda tanto, o soltanto, la controversa questione della pignorabilità di un credito futuro ed eventuale <sup>(35)</sup>, quanto il fatto che al prestito vitalizio ipotecario conseguirebbe una forma particolare di garanzia reale, potenzialmente sproporzionata rispetto al credito e tale da eludere, di fatto, il principio della responsabilità patrimoniale generica, con pregiudizio dei creditori ulteriori del concedente la garanzia. Se quindi si ritiene che al finanziatore sia affidato il compito di attuare lo speciale procedimento di esecuzione privata, si pone il problema di individuare le regole di comportamento cui il creditore, una volta soddisfatto, deve attenersi nell'esecuzione di tale ufficio e quindi nella gestione del supero e nella sua distribuzione. In questo senso, al di là del generico dovere di comportamento secondo buona fede nell'attuazione del rapporto, indici significativi per definire corrette regole attuative possono trarsi in parte dal procedimento disciplinato all'art. 48 bis Tub, che pure costituisce un'ipotesi di autotutela soddisfattiva del creditore, con particolare riferimento alle disposizioni concernenti i doveri informativi e di trasparenza dell'attività svolta e la necessità di separazione delle somme costituenti il supero <sup>(36)</sup>. Più incisivamente il finanziatore potrà fare riferimento alle disposizioni dettate dal codice di procedura civile in tema di esecuzione, nei limiti di compatibilità con il procedimento di esecuzione privato di cui il finanziatore è investito; in particolare il riferimento è alle disposizioni che stabiliscono i doveri dei delegati (art. 591 bis c.p.c.) e la possibilità di rivolgersi al giudice in situazioni perplesse, ai sensi dell'art. 534 ter c.p.c. <sup>(37)</sup>

In attesa della distribuzione il finanziatore diventa quindi non mero debitore del supero bensì custode della somma relativa, da mantenere separata, mediante l'adozione di strumenti idonei, dal proprio patrimonio generale, anche affidandone a sua volta la custodia a soggetto terzo, affidabile ed indipendente (tra i vari strumenti, anche il deposito presso il notaio rogante l'atto di alienazione), come indice di correttezza nell'attuazione del rapporto, nei casi in cui la distribuzione del supero non possa essere immediata per l'insorgenza di particolari difficoltà nella definizione del progetto di distribuzione. Bisogna poi tenere conto che, nel profilarsi di situazioni complesse, il finanziatore può decidere di optare, per la soddisfazione del proprio credito, per l'ordinario procedimento di esecuzione immobiliare anziché far valere il meccanismo semplificato dell'alienazione diretta, affidando così alle valutazioni del giudice la definizione di un piano di riparto particolarmente complicato e che potrebbe quindi esporlo ad eventuali contestazioni.

### **9. Considerazioni di sintesi sul pvi (R. Lenzi)**

Le problematiche interpretative sopra evidenziate, non consentono, in questa fase, di pervenire a definitive soluzioni ricostruttive della disciplina del pvi; tuttavia la soluzione che riconosce la prevalenza degli atti di vendita posti in essere dal creditore legittimato a disporre del bene stesso in funzione soddisfattiva rispetto agli atti dispositivi posti in essere dal soggetto finanziato, titolare del bene, sembra preferibile sul piano dell'efficienza e funzionalità della garanzia <sup>(38)</sup>. Quali indicazioni operative possono quindi offrirsi in attesa di un più definito quadro



ricostruttivo? In primo luogo sembra necessario dare conto della legittimazione a disporre del finanziatore in sede di iscrizione dell'ipoteca afferente un pvi, trattandosi di ipoteca con effetti speciali, che determina cioè l'opponibilità *erga omnes* del potere dispositivo attribuito dalla legge al finanziatore; allo stato ciò può ottenersi mediante indicazione nel quadro D, auspicando la rapida adozione di uno specifico codice identificativo (ipoteca a garanzia di pvi). L'atto dispositivo da parte del soggetto finanziato, titolare del bene, sarebbe ricevibile ed efficace ma soccomberebbe rispetto all'alienazione successivamente effettuata dal creditore legittimato a disporre, in presenza dei presupposti che a ciò lo autorizzano. Per evitare tale possibilità ed assicurare la stabilità dell'acquisto del terzo da parte del debitore titolare, è necessario che venga eseguito sollecitamente l'integrale rimborso del credito derivante dal pvi, così che il termine annuale, il cui inutile decorso legittima il creditore a disporre, non venga scalfito. Con la prova dell'estinzione del debito la legittimazione legale a disporre in capo al creditore viene automaticamente a cessare. Il problema si accresce di complessità sul piano applicativo qualora il finanziatore, decorso un anno dal verificarsi di uno degli eventi, intenda procedere alla vendita del bene e sia necessario accertare la condizione del bene stesso e l'inesistenza di gravami. In tal caso, aderendo alla tesi dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre, le trascrizioni effettuate successivamente all'iscrizione di ipoteca saranno irrilevanti e non opponibili al terzo acquirente, mentre prevarrà l'atto dispositivo effettuato dal finanziatore ed il bene verrà venduto libero da tutto ciò che possa averlo gravato successivamente all'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del pvi.

Pur con tutte le evidenziate ambiguità e reticenze del testo normativo, si può cercare di trarre alcune considerazioni di sintesi dal tentativo qui svolto di offrire una ricostruzione organica e funzionale del nuovo istituto e precisamente:

In caso di vendita del bene oggetto di garanzia da parte del titolare, in capo al finanziatore permane (in presenza dei presupposti previsti) la legittimazione a disporre, che prescinde dalla mutata titolarità del bene, non opponibile al finanziatore.

Il finanziatore può quindi vendere il bene e venderlo libero da diritti reali minori o ipoteche che possono averlo gravato successivamente all'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del pvi

L'eventuale supero deve essere distribuito dal finanziatore agli aventi diritto (titolare del bene, aventi causa, creditori ipotecari di grado successivo) secondo un procedimento di esecuzione privata affidato al finanziatore, di cui debbono essere definite le modalità attuative secondo generali parametri di buona fede e regole che possono dedursi, nei limiti di compatibilità, dalla disciplina del procedimento esecutivo giudiziale.

In alternativa alla vendita diretta il finanziatore può optare per la procedura esecutiva ordinaria, facendo valere la sua qualità di creditore ipotecario

In ogni caso, qualunque sia il procedimento di esecuzione adottato, opera il meccanismo di esdebitazione previsto dalla legge (il credito non potrà mai eccedere il valore di realizzo), in



quanto tale effetto è collegato al tipo negoziale e non al procedimento di attuazione del credito adottato dal finanziatore.

#### **10. L'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. banc. (M. Tatarano)**

L'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., rientra nel nuovo Capo I-bis, intitolato "Credito immobiliare ai consumatori", del Titolo VI del t.u. l. banc., dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti", il tutto ivi introdotto dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72, con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, d'ora in avanti MCD <sup>(39)</sup>, la quale ha a sua volta definito un «quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti» i contratti di credito concessi «ai consumatori» <sup>(40)</sup> per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile residenziale <sup>(41)</sup> «e garantiti da ipoteca o altrimenti» (art. 1).

La normativa di cui si discute presenta un ambito applicativo rigorosamente perimetrato <sup>(42)</sup> non solo sotto il profilo soggettivo (deve trattarsi di contratti stipulati tra un «finanziatore» ex art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera e, t.u. l. banc. <sup>(43)</sup>, ed un «consumatore» ex art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera b, t.u. l. banc.), ma pure sotto il profilo oggettivo (deve trattarsi di un «contratto di credito», quale definito dall'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c, t.u. l. banc. <sup>(44)</sup>), al di fuori del quale essa non potrà trovare diretta applicazione <sup>(45)</sup>.

In particolare, la norma in commento dà attuazione all'art. 28, MCD, intitolato «Morosità e pignoramenti», che si apre imponendo agli Stati membri di adottare «misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia», finalità che il nuovo art. 120 *quinquiesdecies*, comma 1, t.u. l. banc., che fa salvo il disposto dell'art. 40, comma 2, t.u. l. banc. <sup>(46)</sup>, ha perseguito imponendo alla banca finanziatrice di adottare «procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti», per il resto rinviando il tutto a delle future disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia avendo «riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore».

Allo stesso modo, l'art. 28, comma 2, MCD, che consente agli Stati membri di «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», ha trovato un'attuazione pressoché letterale nell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 2, t.u. l. banc. <sup>(47)</sup>, circostanza quest'ultima che pare, conseguentemente, aver precluso l'esercizio della facoltà pure spettante allo Stato italiano in forza dell'art. 28, comma 3, MCD, di «consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento», nel qual caso sarebbe stato comunque necessario «fissare un limite massimo per tali oneri».





Certamente maggiore interesse suscita, almeno in questa sede, l'attuazione dell'art. 28, commi 4 e 5, MCD, concretizzatasi nelle previsioni dell'attuale art. 120 *quinqüesdecies*, commi 3 ss. <sup>(48)</sup>, t.u. l. banc., che consente alle parti del contratto di convenire mediante apposita clausola che «in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene» comporti «l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore», e ciò «anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita» fossero inferiori, appunto, «al debito residuo».

Occorre innanzitutto chiarire che, pur non essendo previste formule sacramentali, la clausola di cui si discute deve essere «espressa», ed inoltre deve essere contenuta sin dall'origine nel contratto di credito, non essendone possibile una introduzione successiva mediante modifica o rinegoziazione del contratto stesso, e ciò per ovvie ragioni di tutela del consumatore finanziato il quale, in condizioni di difficoltà nel rimborso del prestito, potrebbe essere agevolmente persuaso dalla banca ad accettare una siffatta clausola <sup>(49)</sup>.

Quanto poi ai presupposti che devono necessariamente ricorrere al fine di consentire alla banca di far valere il meccanismo di autotutela di séguito descritto, se il comma 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies*, t.u. l. banc., parla genericamente di «inadempimento», il successivo comma 4, lettera c), offre una tipizzazione dell'inadempimento a tal fine rilevante, consistente nel «mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili» <sup>(50)</sup>, peraltro chiarendo che «non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2», t.u. l. banc.

Dal combinato disposto della norma in commento con quella da ultimo citata, si deduce quindi che, in ipotesi di mutuo fondiario, l'eventuale ritardato pagamento (eseguito cioè «tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata») verificatosi «almeno sette volte, anche non consecutive», abiliterà la banca a risolvere il contratto per inadempimento, ma non le consentirà di fare ricorso alla «nuova forma di tutela, per avvalersi della quale avrà invece bisogno di un inadempimento protratto per almeno diciotto mesi, anche senza che sia preceduto da altri inadempimenti» <sup>(51)</sup>.

La circostanza rivela la preoccupazione del legislatore di calibrare la tutela del soggetto finanziatore in base alla gravità del mancato pagamento da parte del debitore nei termini stabiliti, e ciò in una logica di proporzionalità dei rimedi <sup>(52)</sup> che rappresenta probabilmente la chiave di lettura dell'intera materia che qui interessa, e non solo, essendo il principio di proporzionalità di portata applicativa generale nel sistema <sup>(53)</sup>.

Una volta verificatosi il suddetto inadempimento qualificato, non pare che il meccanismo di autotutela di cui si discute debba rappresentare necessariamente una conseguenza automatica ed inevitabile dello stesso, e che tale avvenimento operi pertanto alla stregua dell'unico evento condizionante dedotto all'interno di un meccanismo rigidamente, appunto, condizionale <sup>(54)</sup>. Se



non altro in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia privata delle parti, la norma <sup>(55)</sup> sembra invece consentire di prevedere che spetti al finanziatore di valutare liberamente se avvalersene o meno, in base ad un meccanismo *lato sensu* riconducibile a quello della condizione unilaterale <sup>(56)</sup> o, secondo alcuni <sup>(57)</sup>, della clausola risolutiva espressa (apposta al contratto di mutuo), essendo comunque presupposto logico-giuridico nel caso di specie <sup>(58)</sup> che il contratto possa ritenersi risolto affinché sorga il diritto della banca di pretendere l'immediata restituzione del credito per capitale ed interessi maturati, con conseguente facoltà di attivare l'autotutela di cui si discute <sup>(59)</sup>.

In alternativa, volendo prescindere dall'ipotizzato meccanismo risolutorio, dovrebbe sostenersi che, parallelamente al contratto di finanziamento, le parti stipulino, subordinatamente alla condizione sospensiva avente ad oggetto l'inadempimento qualificato di cui si è detto, un ulteriore contratto che, a seconda dei casi, potrebbe assumere le sembianze di un mandato ad alienare *in rem propriam*, oppure di un contratto con funzione solutoria analogo, sul piano effettuale, alla *datio in solutum*, in entrambi i casi venendo sterilizzato il rischio commissorio dalla previsione del patto marciano di cui si dirà tra breve.

Quanto al contenuto della clausola di cui si discute, essa prevede letteralmente che «in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del 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» (art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3, t.u. l. banc.).

Il che significa che conseguenza dell'inadempimento di cui si è detto, potrebbe essere, alternativamente, a seconda di quanto sarà stato contrattualmente stabilito:

a) che l'immobile dato in garanzia sia oggetto di «restituzione» al soggetto finanziatore, fattispecie che sembra presupporre <sup>(60)</sup> la pregressa titolarità da parte di costui del diritto di proprietà sull'immobile poi in ipotesi ceduto al consumatore il quale, per poter effettuare l'acquisto, ha contratto con la stessa banca proprietaria il finanziamento garantito. A tale specifico riguardo può segnalarsi che una fattispecie di questo tipo potrebbe in concreto configurarsi pure all'esito di un rapporto derivante da contratto di *leasing* abitativo di cui all'art. 1, commi 76 ss., l. 28 dicembre 2015 n. 208 <sup>(61)</sup>, ipotesi negoziale alla quale, ricorrendone tutti i presupposti di legge, ben potrebbero applicarsi gli artt. 120 *quinqües* ss., t.u. l. banc. <sup>(62)</sup>;

b) che l'immobile oggetto di garanzia sia oggetto di «trasferimento» al soggetto finanziatore, il quale potrà poi, nell'esercizio del suo diritto di proprietà, pure decidere di venderlo a terzi, così come potrà pure utilizzarlo in proprio.

In entrambe le suddette ipotesi, dunque, l'autotutela della banca finanziatrice di fronte all'inadempimento qualificato di cui si è detto consiste nel poter tornare (lettera *a*) o diventare (lettera *b*) proprietaria dell'immobile oggetto di garanzia, circostanze queste che concreterebbero una palese violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. se non fosse per



l'espressa previsione del patto marciano <sup>(63)</sup> di cui si dirà tra breve, mediante il quale si assicura al consumatore la restituzione dell'eccedenza del valore stimato rispetto all'importo del debito residuo. Mancando nei suddetti casi, almeno nell'immediato, un'operazione di compravendita a favore di terzi (rispetto al finanziatore ed al consumatore finanziato), ciò che rileva ai fini della determinazione dell'eventuale eccedenza di cui il debitore avrà diritto alla restituzione, non potrà essere il prezzo di vendita (poiché, si ripete, vendita non v'è), ma sarà il valore determinato nella perizia di stima di cui si dirà tra breve;

c) che l'immobile oggetto di garanzia non sia oggetto di trasferimento alla banca, ma quest'ultima abbia tuttavia (pur essendo lo stesso ancora di proprietà del consumatore) il potere di venderlo a terzi sul mercato, effetto agevolmente realizzabile mediante apposita procura <sup>(64)</sup> all'uopo contenuta nel contratto di finanziamento, a meno che non si voglia ipotizzare un trasferimento alla banca sottoposto alla condizione sospensiva dell'alienazione dell'immobile da parte di quest'ultima a terzi, secondo la ricostruzione tuttora più accreditata in tema di mandato ad alienare senza rappresentanza <sup>(65)</sup>.

Certo è che in tale ultimo caso la banca, nel vendere l'immobile, persegue contestualmente un interesse proprio oltre che un interesse del consumatore finanziato (nonché di suoi eventuali ulteriori creditori postergati), e ciò in quanto:

da una parte, l'estinzione del debito si avrà soltanto quando la banca avrà incassato il prezzo di vendita dell'immobile fino ad allora ancora di proprietà del consumatore,

dall'altra, se, come si dirà, è vero che anche qualora il prezzo ricavato sia inferiore al debito residuo il consumatore sarà comunque liberato, è tuttavia anche vero che, in caso contrario, la banca dovrà restituire a costui l'eccedenza, tant'è che, ai sensi del comma 3 della norma in commento, deve adoperarsi «con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo».

Parrebbe insomma a prima vista profilarsi un diverso funzionamento della tutela marciana a seconda che la clausola preveda, per il caso di inadempimento:

- l'acquisto (o la restituzione) della proprietà del bene da parte della banca (v., *supra*, le precedenti lettere *a* e *b*), nel qual caso la tutela della posizione del mutuatario verrebbe assicurata mediante un meccanismo riconducibile al patto marciano in senso stretto <sup>(66)</sup>, in quanto il valore dell'immobile, che funge da parametro rispetto al quale valutare l'eventuale eccedenza dello stesso rispetto al debito residuo (la quale sarà come sopra oggetto di restituzione al consumatore), viene determinato mediante stima successiva alla scadenza del debito all'uopo redatta «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 all'art. 696, comma 3, c.p.c.» <sup>(67)</sup>,

- la facoltà della banca di procedere alla vendita dell'immobile a terzi (v., *supra*, la precedente lettera *c*), nel qual caso la tutela della posizione del mutuatario (e dei suoi eventuali



ulteriori creditori) potrebbe in teoria ritenersi sostanzialmente rimessa alla capacità della banca di spuntare sul mercato il miglior prezzo di realizzo, il quale rappresenterebbe a sua volta, nell'ipotesi considerata, l'importo rispetto al quale valutare l'eventuale eccedenza dello stesso rispetto al debito residuo (la quale sarà, si ripete, oggetto di restituzione al consumatore). In altre parole potrebbe ipoteticamente dedursi dalla lettera della legge che, in tale specifico caso, non vi sia una stima successiva all'inadempimento (come avviene nel patto marciano in senso stretto) che determini il valore del bene (nella fattispecie, il prezzo al quale effettuare l'alienazione a terzi), ma soltanto una tendenziale convergenza di interessi tra banca, consumatore ed ulteriori creditori di quest'ultimo nella realizzazione del miglior prezzo. Ebbene tale convergenza di interessi non sembra tuttavia rappresentare una sufficiente garanzia per consumatore e suoi ulteriori creditori, in quanto l'interesse della banca<sup>(68)</sup>, in realtà, si arresta al conseguimento di un prezzo almeno pari al debito residuo, laddove quello del consumatore (e di suoi eventuali altri creditori) giunge fino al conseguimento dell'eventuale eccedenza del prezzo rispetto, appunto, al debito residuo, rilievo quest'ultimo che è pertanto lecito auspicarsi che trovi una qualche risposta nelle disposizioni di attuazione che, ai sensi dell'art. 120 *quinqüesdecies*, comma 5, t.u. l. banc., è chiamato ad emanare «il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Banca d'Italia».

Nelle more, comunque, un'interpretazione della norma secondo i richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità impone di considerare necessario che, anche in tale ultimo caso, debba essere predisposta una stima successiva all'inadempimento per determinare il prezzo al quale eseguire la vendita a terzi, come peraltro suggerito dallo stesso tenore letterale dell'art. 120 *quinqüesdecies*, comma 4, lettera d), t.u. l. banc., che, come anticipato, impone la stima da parte di un perito indipendente «agli effetti del comma 3», senza distinguere tra l'ipotesi di acquisto del bene da parte della banca o da parte di terzi aventi causa da quest'ultima. D'altronde, se dovesse concludersi diversamente, non solo verrebbe a configurarsi un'intollerabile disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui si preveda contrattualmente l'acquisto dell'immobile da parte dello stesso finanziatore, ma verrebbe pure di fatto a mancare quella proporzionalità, tra debito garantito e sacrificio economico-giuridico sopportato dal debitore in caso di inadempimento, che riesce a differenziare il patto marciano dal patto commissorio.

Secondo la ricostruzione tuttora prevalente, infatti, il divieto del patto commissorio si giustifica con esigenze di tutela del debitore contro il rischio di abusi da parte del creditore, tant'è che, come si è visto, il patto marciano si reputa valido in quanto «impone in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito»<sup>(69)</sup>.

Ebbene, se si dovesse prescindere dalla stima del bene e lasciare che la banca venda liberamente sul mercato, rimettendo a quest'ultima, di fatto, la tutela del debitore, troppo forte sarebbe il rischio di sacrifici sproporzionati rispetto all'importo del debito garantito, perché in concreto non vi sarebbe alcuna verifica sul reale valore di mercato del bene oggetto di garanzia.



La bontà della conclusione risulta peraltro confermata dalla disciplina prevista in tema di prestito ipotecario vitalizio (art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248), la quale, come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, prevede a determinate condizioni la legittimazione della banca a vendere l'immobile oggetto di garanzia «ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore».

A ciò si aggiunga che la tutela del consumatore risulta ulteriormente affievolita dalla circostanza che, sulla base del tenore letterale della norma, affinché si verifichi l'effetto primario proprio della clausola di cui si discute (a seconda dei casi, si ripete, consistente nel conseguimento da parte della banca della titolarità del bene o del potere di alienarlo a terzi), è sufficiente che si verifichi l'inadempimento rilevante del debitore nei termini anzidetti <sup>(70)</sup>, senza che occorra attendere la materiale redazione della perizia di stima né tantomeno, in presenza dell'eccedenza di cui si è detto poc'anzi, il conseguimento della stessa da parte del debitore medesimo, il che significa di fatto rendere tali ultime circostanze, che sono poi gli elementi essenziali del patto marciano, del tutto inopponibili ai terzi aventi causa dalla banca, così svuotando di fatto l'effettività della tutela <sup>(71)</sup>.

Nell'auspicio che la questione venga risolta ragionevolmente dalle disposizioni attuative di cui si attende tuttora l'emanazione ex art. 120 *quinquiesdecies*, comma 5, t.u. l. banc., anche qui si impone un'interpretazione della norma secondo i richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità che porti a ritenere avverata la condizione da cui dipende l'attivazione dell'autotutela bancaria solo al momento della comunicazione della stima ovvero, in ipotesi di eccedenza del valore stimato rispetto al debito garantito, soltanto al momento di restituzione al debitore dell'eccedenza, analogamente a quanto previsto dall'art. 48 *bis*, comma 8, t.u. l. banc., per l'ipotesi ivi contemplata.

Che la norma ponga un problema di fisiologico squilibrio di posizioni contrattuali, d'altronde, è parso chiaro pure al legislatore, il quale, nell'ultima versione della norma in commento (cfr. art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettere *a* e *b*, t.u. l. banc.), ha introdotto degli accorgimenti volti, da una parte, ad impedire possibili pressioni a danno del consumatore da parte della banca (cui è fatto divieto di «condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola» di cui si discute), dall'altra, a favorire una consapevole prestazione del consenso da parte del consumatore (il quale è assistito a titolo gratuito da un consulente «al fine di» valutare «la convenienza» della clausola stessa) <sup>(72)</sup>.

Allo stesso modo, sempre nell'ottica di attenuare l'oggettivo vantaggio derivante alla banca dall'introduzione nel contratto della clausola in commento, si spiega l'espressa previsione in base alla quale, anche se il valore stimato dell'immobile o, a seconda dei casi, i proventi tratti dalla sua vendita a terzi, risultino di importo inferiore al debito residuo, il consumatore, se da una parte avrà perso ormai definitivamente la titolarità dell'immobile, dall'altra risulterà comunque liberato



dalla propria esposizione debitoria nei confronti della banca (c.d. “esdebitazione” <sup>(73)</sup>), configurandosi, com’è stato felicemente osservato, un «trasferimento solutorio [...] costituente un *surrogato satisfattivo atipico* dell’adempimento» <sup>(74)</sup>, con conseguente deroga al principio di responsabilità patrimoniale perpetua espresso dall’art. 2740 c.c.

Trattandosi, come anticipato, di un meccanismo volto ad attenuare lo squilibrio contrattuale derivante dalla previsione dell’autotutela *ex art. 120 quinquiesdecies*, t.u. l. banc., l’esdebitazione non funzionerà «nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all’espropriazione immobiliare» (comma 6) <sup>(75)</sup>.

Il che significa che in tale ultimo caso, qualora, «a séguito dell’escussione della garanzia, residui un debito a carico del consumatore», quest’ultimo resterà obbligato al relativo pagamento. Ad ogni modo anche in tal caso è prevista una misura favorevole al consumatore, e ciò in quanto, sempre ai sensi del comma 6 della norma in commento, «il relativo obbligo di pagamento decorrerà dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva».

#### **11. L’art. 48 bis, t.u. l. banc. (M. Tatarano)**

Se, come anticipato, la clausola di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc. risulta applicabile soltanto in ipotesi di contratto di finanziamento concluso da un consumatore, qualora il soggetto finanziato sia un’impresa (individuale o collettiva), un’ipotesi di patto marciano può configurarsi nella fattispecie attualmente disciplinata dall’art. 48 *bis*, t.u. l. banc., di recente introdotto dall’art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

La norma da ultimo citata non disciplina semplicemente una clausola, bensì una specifica ipotesi di contratto, denominato di «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato», che viene innanzi tutto definito sul piano soggettivo, nel senso che esso può essere stipulato soltanto «tra un imprenditore» <sup>(76)</sup> «e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico» ai sensi dell’art. 106 t.u. l. banc. <sup>(77)</sup> (comma 1).

Ebbene, la particolarità del contratto di cui si discute, sul piano oggettivo, consiste nella previsione <sup>(78)</sup> che il credito del soggetto finanziatore venga garantito mediante il trasferimento a favore dello stesso o di una sua società controllata o collegata <sup>(79)</sup> «della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell’imprenditore o di un terzo», il tutto sotto la condizione sospensiva dell’inadempimento (comma 1), e sempre che non si tratti di «immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado» (comma 3) <sup>(80)</sup>.

Al contrario di quanto avviene per il patto marciano di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., nell’ipotesi *ex art. 48 bis*, t.u. l. banc., si consente poi che l’operazione venga stipulata in un unico contesto (concessione del finanziamento e contemporaneo trasferimento condizionato a



scopo di garanzia <sup>(81)</sup>), oppure venga suddivisa in due diverse fasi, ipotesi quest'ultima in concreto configurabile non solo per i contratti di finanziamento ancora da stipulare (i quali, in tal caso, potrebbero pure a loro volta condizionare l'erogazione del finanziamento alla concessione della garanzia *de qua*), ma pure per quelli già in corso all'entrata in vigore del d.l., mediante apposita «modificazione delle condizioni contrattuali» (comma 4).

Affinché si configuri inadempimento rilevante ai fini dell'avveramento dell'evento dedotto nella condizione cui è subordinata l'efficacia del trasferimento a scopo di garanzia, occorre che il mancato pagamento si protragga per un periodo <sup>(82)</sup>:

- di nove mesi, decorrenti dal momento specificato nel comma 5, che varia a seconda della tipologia di piano di rimborso rateale del mutuo,

- di dodici mesi, sempre decorrenti dal momento specificato nel comma 5, «qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate [...] il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale».

Emerge dunque anche qui, così come nella fattispecie art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., la preoccupazione del legislatore di dare attuazione al fondamentale principio di proporzionalità in punto di commisurazione delle conseguenze dell'inadempimento alla gravità del medesimo, mediante una tipizzazione delle fattispecie rilevanti ai fini dell'attivazione del sistema di autotutela, che prende in considerazione nei termini anzidetti pure l'entità del debito residuo.

L'affermazione in prima battuta dell'avvenuto inadempimento che, come si vedrà, è solo uno degli eventi condizionanti di una fattispecie condizionale (il cui avveramento è) a formazione progressiva, è di fatto rimesso alla sola banca creditrice <sup>(83)</sup>, la quale dovrà notificare a tutti i controinteressati individuati dallo stesso comma 5 la propria dichiarazione di volersi avvalere del patto di cui si discute, precisando l'ammontare del credito per cui procede <sup>(84)</sup>.

A quel punto decorre un termine di sessanta giorni, scaduto il quale il creditore chiede al Presidente del Tribunale competente per territorio la nomina di un perito per la stima del bene oggetto della garanzia, il quale, in qualità di terzo arbitratore *ex art. 1349, comma 1, c.c.* <sup>(85)</sup>, determina con relazione giurata il valore di stima *ex art. 568 c.p.c.* e lo comunica entro sessanta giorni dalla nomina a tutti i soggetti indicati nel comma 6 dell'art. 48 *bis*, t.u. l. banc. <sup>(86)</sup>, precisandosi al comma 8 che «la condizione sospensiva di inadempimento» <sup>(87)</sup>, «verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata», a seconda dei casi:

- qualora il valore stimato sia inferiore o pari al debito residuo inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento, «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima», per la quale peraltro non si prevede tuttavia una forma vincolata (la posta elettronica certificata è prescritta dal comma 6 solo «ove possibile»). È chiaro tuttavia che, essendo il finanziatore necessariamente un'impresa, come tale soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, essa è obbligata a munirsi di un univoco indirizzo di posta elettronica certificata <sup>(88)</sup>, sicché appare agevole giungere in via interpretativa alla conclusione che la comunicazione della



stima, almeno per quanto riguarda il creditore, debba necessariamente essere eseguita mediante posta elettronica certificata, se non altro in una logica di applicazione del principio di buona fede oggettiva. Trattandosi infatti di evento rilevante ai fini dell'avveramento della condizione di cui trattasi, e quindi, come tale, destinato ad incidere sulla posizione di terzi (debitore ed eventuale terzo garante innanzi tutto), questi ultimi devono essere messi in condizione di conoscere con certezza da che momento dovrà, appunto, ritenersi avverato l'evento condizionante. Nell'ipotesi considerata, dunque, ancorando l'avveramento della condizione alla circostanza che la comunicazione della stima sia stata fatta al creditore (e non invece pure al debitore ed all'eventuale terzo garante), emerge la volontà del legislatore, da una parte, di assicurare che una stima vi sia stata (in mancanza di essa, infatti, si configurerebbe un patto commissorio vietato), dall'altra di degradare eventuali contestazioni da parte del debitore a mere pretese obbligatorie verso il creditore (cfr. comma 7), senza che cioè le stesse possano in alcun modo rilevare sul piano dell'avveramento della condizione, né, quindi avere una qualsivoglia efficacia nei confronti di eventuali terzi (si pensi alla società controllata dal finanziatore che abbia beneficiato del trasferimento)<sup>(89)</sup>,

- «ovvero», in caso contrario, «al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza», appunto, tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento. In quest'ultima ipotesi, dunque, la comunicazione della stima non vale di per sé a far considerare avverata la condizione sospensiva, ma degrada a mero coelemento perfezionativo di un avveramento a formazione progressiva, che si conclude soltanto con la corresponsione al debitore della suddetta differenza, circostanza, quest'ultima sì, agevolmente accertabile, essendo previsto espressamente che «il contratto di finanziamento» contenga «l'espressa previsione di un conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale [...] accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito» (comma 8). Come anticipato, il debitore può contestare la stima, ma ciò non impedisce al creditore («di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1» e quindi) di ottenere il trasferimento dell'immobile<sup>(90)</sup>, poiché «l'eventuale fondatezza della contestazione incide» soltanto «sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare» (comma 7).

È chiaro che la riconduzione del fenomeno nell'ambito del meccanismo condizionale, se, da una parte, consente di colmare le lacune normative mediante il rinvio alla disciplina di cui agli artt. 1353 ss., c.c., dall'altra implica degli automatismi che potrebbero necessitare di appositi accorgimenti negoziali al fine di rendere l'istituto più adatto ai concreti interessi delle parti. In particolare, come anticipato, se è vero che l'attivazione del patto marciano è già di per sé rimessa all'iniziativa del finanziatore, integrando una sorta di condizione unilaterale, e quindi come tale "rinunciabile" dal soggetto interessato (che potrebbe infatti decidere di seguire la procedura esecutiva ordinaria invece della speciale forma di autotutela di cui si discute), non è tuttavia





escluso 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. Se è chiaro che l'assenza di ogni ulteriore pattuizione (originaria o sopravvenuta) al riguardo non potrà che implicare la piena operatività del principio di automaticità del meccanismo condizionale, con conseguente inesorabilità dell'autotutela marciana al verificarsi di uno degli eventi condizionali come sopra legislativamente contemplati (comma 8), non pare diversamente precluso che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, possano pattiziamente stabilire una diversa disciplina convenzionale della vicenda.

Così potrà essere implementato il meccanismo condizionale mediante:

- una clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima sproporzionata (in un senso o nell'altro) oltre una certa soglia prestabilita rispetto al valore determinato dalle parti al momento del contratto, automaticamente resterà preclusa la speciale autotutela di cui si discute (ferma restando l'esperibilità della procedura esecutiva ordinaria): si tratterebbe sostanzialmente di dedurre in condizione un'ulteriore evento (casuale) da cui far dipendere la definitiva inefficacia del contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resta efficace,

- clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima ritenuta sproporzionata (anche non oltre una certa soglia predeterminata), una sola delle parti (o ciascuna di esse) <sup>(91)</sup> possa decidere entro un determinato termine ed unilateralmente di impedire la speciale forma di autotutela di cui si discute (ferma restando l'esperibilità della procedura esecutiva ordinaria): si tratterebbe anche qui di un'ulteriore evento condizionante (non meramente potestativo <sup>(92)</sup>) da cui far dipendere la definitiva inefficacia del contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resta efficace.

D'altronde, se si considera che, ai sensi del comb. disp. comma 2 e comma 8, in ipotesi di valore di stima superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento, la condizione potrà dirsi avverata soltanto nel momento in cui sia stata versata la differenza di cui al comma 2 cit., non pare potersi escludere la possibilità per le parti di inserire una clausola che abiliti il finanziatore, che ritenga la suddetta stima eccessiva, a rinunciare entro un determinato termine all'autotutela marciana per fare ricorso alla procedura esecutiva ordinaria. In particolare, potrebbe pure prevedersi che, se il finanziatore non procede entro il suddetto termine al versamento della differenza, dovrà considerarsi automaticamente rinunciante (e fare quindi ricorso alla procedura esecutiva ordinaria), ed in pendenza del termine potrebbe pure ipotizzarsi, mediante apposita procura *in rem propriam*, la facoltà del finanziatore di vendere l'immobile (ancora di proprietà del garante) sul mercato ad un prezzo non inferiore a quello periziato, soddisfarsi sul ricavato e restituire l'eccedenza, non parendo che la mancata previsione normativa di tale soluzione (come invece avviene nell'ipotesi *ex art. 120 quinquiesdecies*, t.u. l. banc.) sia di per sé preclusiva della stessa <sup>(93)</sup>.



È chiaro che tutte le ipotizzate soluzioni negoziali dovrebbero essere adottate, oltre che nel rigoroso rispetto della generale normativa sulla trasparenza dei contratti bancari (cfr. artt. 115 ss., t.u. l. banc. e relative disposizioni attuative), pure nel rispetto del generale principio di buona fede, che, come anticipato, impone l'individuazione di termini certi per l'esercizio delle correlative facoltà di deroga alla disciplina legale, e che inoltre potrebbe giustificare delle pattuizioni volte a compensare l'ampliamento delle facoltà negoziali del finanziatore (ad esempio in termini di rilascio dell'ipotizzata procura a vendere per un determinato periodo di tempo) con delle previsioni favorevoli al finanziato (ad esempio in termini di sospensione degli interessi moratori per tutto il periodo durante l'ipotizzato termine di esecuzione della procura a vendere, od in termini di accollo degli oneri fiscali connessi alla permanenza interinale della proprietà dell'immobile in capo al debitore).

Insomma, appare chiaro come la normativa in oggetto consegnata agli operatori del settore uno strumento che, adeguatamente implementato con accorgimenti di matrice negoziale nell'equilibrio delle reciproche posizioni contrattuali, potrebbe in concreto prestarsi a soddisfare delle esigenze da tempo avvertite nella prassi degli affari ma finora rimaste inesaudite.

È allo stesso tempo chiaro però che, in tutte le ipotesi sopra considerate, all'eventuale mancata attivazione (*rectius*, disattivazione) della tutela marciaria non dovrà corrispondere la degradazione del finanziatore allo *status* di mero creditore chirografario, poiché ciò significherebbe di fatto condannare l'istituto ad un clamoroso insuccesso.

In quest'ottica potrebbe in linea di principio sostenersi che la prelazione del finanziato che abbia deciso di non avvalersi del patto marciano sia comunque assicurata dall'equiparazione *ex art. 48 bis*, t.u. l. banc., comma 13 *bis*, «ai fini del concorso tra i creditori [del] patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 [...] all'ipoteca», anche se ciò significherebbe ammettere la sopravvivenza della corrispondente formalità, sia pure con una rinnovata funzione, rispetto al patto da essa originariamente pubblicizzato, ormai definitivamente inefficace sul piano sostanziale (per effetto del mancato avveramento degli eventi condizionali rispettivamente contemplati).

Diversamente, facendo leva sul comma 4 che, come si dirà tra breve, prevede un'ipotesi di coesistenza successiva tra ipoteca e patto marciano (finanziamento originariamente stipulato come ipotecario per poi essere posteriormente garantito pure dal trasferimento condizionato), potrebbe più agevolmente ipotizzarsi anche nel caso di specie la concessione di un'ipoteca, questa volta contestualmente alla stipula del patto marciano, e ciò proprio per consentire al finanziatore che non si sia avvalso del patto marciano di far valere nella procedura esecutiva ordinaria la propria prelazione ipotecaria. A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, non essendo il bene oggetto di garanzia destinato ad essere acquisito dal finanziatore, non si verrebbe nemmeno a configurare una fattispecie di ipoteca su bene proprio, come invece avverrebbe in ipotesi di attivazione del patto marciano stipulato su bene ipotecato<sup>(94)</sup>.



Tornando alla disciplina legale dell'istituto di cui si discute, si rileva che nell'art. 48 *bis*, t.u. l. banc., ancora una volta al contrario di quanto avviene nella diversa <sup>(95)</sup> ipotesi di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., non si prevede alcun effetto di "esdebitazione" a favore dell'imprenditore finanziato per l'ipotesi in cui il valore di stima risulti inferiore alla sommatoria di debito residuo e relative spese di trasferimento, con la conseguenza che, in assenza di una deroga espressa al principio di cui all'art. 2740 c.c., il debitore non potrà che restare obbligato per la differenza <sup>(96)</sup>. Ciò non impedisce ovviamente che le parti possano, nell'esercizio della loro autonomia privata, concordare che l'attivazione del patto marciano, con conseguente acquisto della titolarità dell'immobile da parte del finanziatore, implichi la totale estinzione dell'obbligazione anche se il valore del bene risulti inferiore all'importo del debito residuo, secondo un meccanismo in parte analogo, sul piano effettuale, a quello della *datio in solutum*. In particolare, una pattuizione di questo tipo instaurerebbe una sorta di "doppio binario", in quanto:

- qualora la stima riconosca all'immobile un valore superiore al debito residuo, il debito risulterebbe estinto ma varrebbe il regime ordinario della restituzione dell'eccedenza, essenziale al fine di evitare lo sconfinamento nel patto commissorio vietato, non potendosi quindi tecnicamente in tal caso proprio parlare di *datio in solutum* (che, com'è noto prescinde per definizione dal rapporto di valore tra prestazione dovuta e prestazione diversa eseguita: cfr. art. 1197, comma 1, c.c.),

- in caso contrario, il meccanismo sarebbe, sia pure solo sul piano effettuale, riconducibile a quello, appunto, della *datio in solutum*, ed ovviamente non si porrebbe alcun problema di restituzione dell'eccedenza, poiché nell'ipotesi contemplata essa, appunto, mancherebbe (mentre il patto commissorio viene evitato a monte tramite la previsione della stima).

Il contratto di cui trattasi, avendo ad oggetto il trasferimento di diritti reali a scopo di garanzia sottoposto a condizione sospensiva, deve essere sin dall'origine trascritto con menzione nella nota di trascrizione della condizione (cfr. art. 2659, comma 2, c.c.) <sup>(97)</sup>, il che rende necessario:

- una volta avveratosi l'evento condizionante nei termini anzidetti, procedere alla cancellazione della menzione stessa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668, comma 3, c.c., norma quest'ultima tuttavia in parte derogata dall'art. 48 *bis*, comma 9, t.u. l. banc., che consente al «creditore, anche unilateralmente» (e quindi non alla «parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata»), di procedere a tale adempimento pubblicitario mediante apposito atto notarile ricognitivo dell'avveramento della condizione, contenente «una dichiarazione, a norma dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile» <sup>(98)</sup>,

- in ipotesi di corretto adempimento da parte del debitore, procedere all'annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva (che ne deriva), formalità pubblicitaria la cui



esecuzione viene (inspiegabilmente) rimessa all'iniziativa della banca creditrice, la quale deve provvedervi, mediante atto notarile, «entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita» (comma 13). La norma in commento che, come anticipato, prevede una nuova ipotesi di finanziamento bancario, pone evidentemente l'esigenza di coordinare a livello sistematico per quanto concerne la possibile convivenza del trasferimento a scopo di garanzia (sospensivamente condizionato) con la garanzia ipotecaria, ipotesi in relazione alla quale è peraltro espressamente previsto che «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» (comma 4) <sup>(99)</sup>, così di fatto riconoscendosi a quest'ultima un'efficacia prenotativa degli effetti della trascrizione dell'atto di trasferimento a favore della banca, che diverrà titolare del diritto reale oggetto di garanzia prevalendo rispetto ad eventuali terzi aventi causa dal debitore o rispetto ad altri suoi creditori che abbiano trascritto od iscritto il proprio titolo dopo l'iscrizione ipotecaria, anche se prima della trascrizione dell'atto di trasferimento condizionato <sup>(100)</sup>.

Sempre ai sensi del comma 4, poi, tale ultimo principio, applicabile pure qualora l'immobile sia già «stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca» (nel qual caso, come si dirà tra breve, si applica il comma 10), trova un limite tuttavia nell'ipotesi in cui tale procedimento espropriativo abbia già dato luogo all'«aggiudicazione, anche provvisoria», od all'«assegnazione», circostanza che, nel bilanciamento di interessi che, com'è noto, il legislatore è chiamato ad operare con proporzionalità e ragionevolezza <sup>(101)</sup>, segna il momento a decorrere dal quale risulta prevalente quello del terzo aggiudicatario od assegnatario rispetto a quello del finanziatore precedente. Come anticipato, potrebbe accadere che, nonostante la presenza del patto di cui all'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., il bene oggetto del trasferimento condizionato sia stato sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, circostanza quest'ultima che, se, da una parte, non impedisce alla banca di acquistare la titolarità del bene, sia pure all'interno della procedura esecutiva, dall'altra, tuttavia, incide significativamente sulla disciplina in concreto applicabile. In tal caso, infatti, «l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su istanza del creditore» direttamente «dal giudice dell'esecuzione», che nomina un esperto per provvedere alla stima, ed accerta l'inadempimento mediante ordinanza con cui fissa 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» (comma 10). Nell'ipotesi da ultimo contemplata, poi, la condizione si considera avverata solo a séguito dell'avvenuto versamento da parte della banca delle somme di cui sopra, del che dà atto (non il creditore con atto notarile, ma) il giudice dell'esecuzione mediante apposito decreto, che è annotato a margine della trascrizione dell'atto di trasferimento ex art. 2668 c.c. La predetta



procedura può infine essere impiegata, nei limiti della compatibilità, pure nelle ipotesi di esecuzioni ex d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (comma 11) ed in caso di fallimento del titolare del diritto reale immobiliare intervenuto successivamente alla trascrizione del patto di cui al comma 1, nel quale ultimo caso, se la banca creditrice è stata ammessa «al passivo, può fare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile» (comma 12).

Quanto infine ai conflitti della trascrizione del patto marciano (con menzione della condizione ex art. 2659, comma 2, c.c.) rispetto ad eventuali formalità pregiudizievoli iscritte o trascritte successivamente ad essa (o, nell'ipotesi di cui al comma 4, successivamente all'iscrizione ipotecaria) contro lo stesso dante causa, la relativa risoluzione non può che essere affidata ai normali meccanismi di cui agli artt. 2644 ss., c.c., non essendo prevista alcuna purgazione analoga a quella ex art. 586 c.p.c. (mancando, almeno di regola, l'intervento del giudice), né alcun rimedio speciale analogo a quello di cui all'art. 13, comma 4 *quinquies*, d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito in legge dalla l. 1° dicembre 2016, n. 225, ai sensi del quale «le iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sui terreni di proprietà dell'ISMEA in favore dei creditori del compratore ai sensi dell'articolo 1523 del codice civile sono da considerarsi nulle e sono cancellate dalla competente conservatoria dei registri immobiliari su semplice richiesta dell'Istituto e senza oneri per lo stesso».

## **12. Le novità normative e il patto marciano di diritto comune (R. Lenzi)**

Si assiste quindi, nei vari interventi normativi sopra illustrati, all'introduzione della disciplina positiva di un istituto che, come noto, la giurisprudenza ha da tempo ammesso, fissandone i caratteri necessari al fine di salvaguardarne la legittimità, nel confronto con il persistente divieto del patto commissorio<sup>(102)</sup>. Oltre a fissare l'elemento essenziale che caratterizza il patto marciano, per cui al debitore è dovuta l'eventuale differenza di valore, le disposizioni normative sopra indicate prevedono una serie di limitazioni e contrappesi necessari per l'ammissibilità della suddetta struttura autosatisfattiva; in particolare si stabilisce quando l'obbligazione possa ritenersi inadempita e si attribuisce al debitore il diritto di veder stimato il bene da un soggetto terzo ed in epoca successiva all'inadempimento. Si tratta in alcuni casi di un patto marciano nella sua versione paradigmatica, in cui il creditore acquista, a seguito dell'inadempimento, la proprietà della cosa, mentre in altri, in particolare nel pvi, è prevista la variante in cui al creditore è consentito di alienare a terzi il bene, al fine di soddisfarsi sul ricavato. Emerge così una delle più rilevanti incongruenze presenti nel nuovo assetto delle garanzie bancarie immobiliari: nel pvi il creditore è legittimato ad alienare il bene del debitore ma non può acquistarlo direttamente, a meno che non si voglia ritenere che il rigoroso procedimento che conduce alla vendita determini una predeterminazione degli elementi del contratto di vendita tale da escludere il conflitto di interessi; nel finanziamento all'imprenditore di cui all'art. 48 bis del TUB il creditore può acquistare il bene



ma non può autonomamente alienarlo a terzi, salvo che si ammetta che la Banca creditrice possa stipulare anche per persona da nominare, soluzione di cui è lecito dubitare in quanto l'elencazione dei soggetti che possono acquistare, contenuta nella disposizione, orienta verso una tassatività delle categorie di soggetti ivi indicati; nel finanziamento al consumatore di cui all'art. 120 q. del TUB si deve invece ritenere che il creditore, attraverso l'introduzione di clausole pattizie che, per le loro caratteristiche, restino esterne al perimetro del divieto del patto commissorio, può sia acquistare in via satisfattiva il bene sia alienarlo a terzi per soddisfarsi sul ricavato<sup>(103)</sup>. Le tre figure quindi possono accomunarsi in quanto ciascuna contiene, in formulazioni diverse, il riconoscimento della legittimità delle formule riconducibili al patto marciano, essenzialmente caratterizzato da due elementi necessariamente ricorrenti:

la restituzione del supero al debitore

la determinazione del valore del bene aggiornata ad un momento successivo all'inadempimento ed affidata ad un soggetto terzo.

Le figure si distinguono invece, oltre che per la disciplina che, riduttivamente, potremmo definire di dettaglio, soprattutto per la minore o maggiore efficacia della garanzia e per i limiti più o meno ampi di autonomia del creditore nel perseguire la soddisfazione delle proprie ragioni. Si distinguono altresì per il fatto che nel finanziamento tra banche e imprenditori non è prevista la possibilità di introdurre una clausola di esdebitazione del debitore e quindi di una sua limitazione di responsabilità in deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica, come invece è previsto per il pvi e per il finanziamento al consumatore. Se quest'ultimo elemento di distinzione è spiegabile per la diversa natura dei soggetti finanziati, per gli altri elementi non è facile per l'interprete individuare il fondamento razionale di un trattamento differenziato. Tuttavia dal quadro complessivo delle disposizioni emerge nitidamente, come più significativo dato ricostruttivo, il riconoscimento della legittimità del patto marciano e la definizione degli elementi che, per la sua validità, debbono caratterizzarlo. Resta tuttavia da sciogliere il dubbio circa la portata sistematica del nuovo assetto normativo del sistema delle garanzie e l'incidenza della nuova disciplina legale sul patto marciano di diritto comune.

### **13. Il patto marciano di diritto comune nell'evoluzione giurisprudenziale (R. Lenzi)**

Poco prima del recente intervento normativo, la Suprema Corte aveva riconosciuto, in continuità con i provvedimenti più recenti, la generale ammissibilità del patto marciano, fissando l'ambito di operatività del divieto del patto commissorio e definendone gli elementi caratterizzanti, in linea con la tendenza attuale alla progressiva erosione del divieto, andando così a riequilibrare l'orientamento giurisprudenziale che, attraverso una lettura funzionale dell'art. 2744 c.c., ne aveva dilatato l'ambito applicativo<sup>(104)</sup>. La Corte individua l'elemento qualificante la disposizione commissoria nella preordinazione da parte del finanziatore di un disegno diretto a realizzare, sfruttando la condizione di bisogno del debitore, uno scopo di garanzia finalizzato



all'appropriazione, a seguito dell'inadempimento, di un bene di valore sensibilmente superiore all'ammontare del debito garantito. La Suprema Corte conferma che il divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ. può *"estendersi a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato, vietato dall'ordinamento"*, con ciò confermando la rilevanza funzionale del divieto. Ogni struttura negoziale tale da determinare la potenziale coercizione del debitore, da parte del creditore, di trasferire la proprietà di un bene, in conseguenza della mancata estinzione di un debito, può rientrare nel perimetro applicativo del divieto, con la conseguenza che non è possibile individuare in astratto una categoria negoziale idonea ad integrare una stipulazione commissoria. La Corte tuttavia definisce l'ambito applicativo del divieto, fissandone con chiarezza i presupposti ed aprendo quindi ad una diffusione di strutture atipiche di garanzia poste al riparo del divieto, una volta che, con la precisa definizione dell'ambito di operatività della disposizione commissoria, si manifesta la tendenza al superamento del clima di diffidenza verso quegli schemi negoziali che potrebbero, in astratto, essere piegati agli scopi vietati. Si conferma quindi l'interpretazione consolidata che riconosce al divieto natura di "norma materiale", diretta, cioè, a vietare il risultato concreto perseguito dalle parti indipendentemente dalla struttura negoziale adottata per pervenire a tale risultato. La disposizione divietante è quindi applicabile ad ogni contratto con il quale si sia voluto costituire un nesso strumentale tra un bene ed il contratto di finanziamento, tale da determinare il trasferimento della proprietà del bene al creditore come conseguenza del mancato adempimento dell'obbligo restitutorio da parte del debitore. Si tratta dell'esito cui si è giunti definitivamente con due celebri sentenze gemelle delle S.U. <sup>(105)</sup>, ma attraverso un processo che ha condotto in primo luogo alla svalutazione del dato letterale, con conseguente ridimensionamento del profilo strutturale e estensione del divieto anche al patto autonomo, fino alle prime inversioni in senso funzionalista della giurisprudenza della Corte degli anni '80. Esemplare la giurisprudenza che in più occasioni ha manifestato indifferenza all'accertamento della congruità tra il valore del debito garantito e quello del bene definitivamente trasferito al creditore a seguito dell'inadempimento. Si era così determinato un ampliamento della portata del divieto, tale da indurre negli operatori il timore che, in un eccesso di generalizzazione, vi venissero ricomprese tutte le situazioni in cui la funzione di scambio diveniva strumentale ed accessoria rispetto alla preminente funzione di garanzia, con una incertezza tale da amputare il sistema anche di un uso misurato di strutture atipiche di garanzia. Tale lettura radicale del divieto rischiava di travolgere non solo le figure paradigmatiche del patto vietato ma anche, di fatto, contratti tipici come la vendita con patto di riscatto, scoraggiando anche la possibile utilizzazione del patto marciano, nonostante la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ne avessero ammesso la legittimità. Emblematica nel senso di un orientamento costante nel riconoscere validità al patto marciano è l'interpretazione giurisprudenziale in materia di *sale and lease-back* dove, in una logica di tutela della proporzionalità del sinallagma, l'illiceità del contratto viene costantemente esclusa in presenza di



una clausola mirante «*ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito*»<sup>(106)</sup>. La previsione di una valida pattuizione marciiana ha consentito di riconoscere validità ad un mandato irrevocabile a vendere conferito ad una banca in funzione di garanzia del finanziamento concesso<sup>(107)</sup>, rispetto a precedenti interventi in cui la Suprema Corte<sup>(108)</sup> aveva affermato che la procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, può integrare la violazione del divieto del patto commissorio, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale, precisando ulteriormente che l'indagine circa la sussistenza di tale nesso non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti bensì deve considerarne la causa in concreto. In alcune occasioni, tra gli indici ritenuti idonei ad escludere la violazione della disposizione commissoria<sup>(109)</sup>, è stata ricompresa la proporzionalità tra misura del finanziamento e valore del bene alienato. In realtà, nella fase genetica del patto, tale elemento non sembra di per sé rilevante nel definire il quadro configurativo del patto marciiano in quanto tale profilo resta assorbito dalla previsione della restituzione del supero. Il problema della sproporzione, se non rileva ai fini di una deviazione del patto verso l'area del divieto, può invece rilevare, al pari di un abuso di ipoteca, nel senso che può essere indice di un approfittamento del creditore e quindi rivelatore di un comportamento di quest'ultimo non orientato a buona fede. Viceversa, nella fase attuativa, il riconoscimento della legittimità della clausola marciiana, passa anche, all'esito dei complessi percorsi interpretativi della dottrina più recente, sull'asserita conformità al principio costituzionale di solidarietà ed a quello comunitario di proporzionalità: la pattuizione, assicurando programmaticamente l'equilibrio tra valore del bene trasferito in garanzia ed importo del debito garantito, assume tale equivalenza a contenuto stesso dell'operazione negoziale. La giurisprudenza sembra quindi orientata a conservare al divieto del patto commissorio un ambito di operatività che si fonda sulla tutela del debitore quale parte debole, esposta alla coartazione del creditore. Per non ricadere nel divieto gli indici che concorrono ad una valutazione complessiva della vicenda devono essere tali da escludere «l'illecita coercizione del debitore», in quanto i giudici sembrano attribuire assorbente rilievo all'insidia e all'approfittamento del creditore, che potrebbe appropriarsi di un bene di valore sensibilmente superiore all'importo del credito garantito, così disvelando che è la coartazione, unitamente all'approfittamento, il vero elemento su cui si appunta il disvalore delle operazioni colpite dal divieto. Ed è proprio in questa prospettiva che deve ritenersi destinato a trovare coerenza e fondamento il riconoscimento della validità del patto marciiano il quale, assicurando programmaticamente l'equivalenza tra le prestazioni mediante la clausola di stima, evita «il pericolo di abuso sinallagmatico», imponendo in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al credito garantito. Il divieto del patto commissorio implica altresì una valutazione negativa dell'ordinamento nei confronti di una regolamentazione anticipata e definitiva delle modalità di attuazione della responsabilità debitoria, nell'ipotesi di inadempimento, che non prevede alcuna modalità di determinazione, alla





scadenza dell'obbligazione, del valore della *res* e della sua proporzionalità con il credito garantito, talché l'illiceità va verificata in concreto sul piano dell'equilibrio negoziale e della causa concreta quale emerge dal collegamento funzionale tra le pattuizioni poste in essere dai contraenti, come afferma la giurisprudenza ove ritiene che, *in caso di operazione complessa, i singoli atti debbono essere valutati alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, con apprezzamento di ogni circostanza di fatto relativa agli atti compiuti e del risultato concreto che l'operazione nel suo complesso era idonea a produrre ed ha in concreto prodotto*»<sup>(110)</sup>. Tra l'altro una prima apertura normativa al patto marciano, come antecedente logico ai recenti interventi, si è avuta con il d. legis. 21.5.2004, n. 170, come modificato dal d. legis. 24.3.2011, n. 48, di attuazione della dir. n. 44/2009 CE, in materia di garanzie finanziarie, ove all'art. 6, comma 2°, è riconosciuta la legittimità dei contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, «indipendentemente dalla loro qualificazione», con espressa previsione che il trasferimento avvenga secondo il modello del patto marciano, e cioè fino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita e con restituzione dell'eccedenza.

#### **14. Incidenza della disciplina speciale sul patto marciano di diritto comune (R. Lenzi)**

Alla luce di tale percorso definitorio, non sembra quindi che si possa affermare che le nuove disposizioni, insieme al riconoscimento della legittimità del patto marciano, ne fissano anche i limiti di applicazione, nel senso che, tipizzandone la morfologia, ne escludono ogni ulteriore utilizzazione al di fuori delle ipotesi eccezionali ivi previste<sup>(111)</sup>. Per alcuni autori solo la natura altamente professionale dei soggetti coinvolti legittima il patto, in quanto esclude possano realizzarsi quegli squilibri contrattuali che stanno alla base del divieto. Secondo questa ricostruzione, le disposizioni di nuova introduzione, consentendo il patto marciano alle specifiche condizioni, oggettive e soggettive, positivamente fissate, ne escluderebbe ogni altra possibile utilizzazione; così l'alienazione in garanzia o il mandato ad alienare conferito al creditore non potrebbero essere utilizzati nei finanziamenti tra privati ovvero per garantire obbligazioni diverse da quelle pecuniarie, ricadendo in tal caso nel generale divieto del patto commissorio. Anche se per alcuni primi commentatori la fattispecie positivizzata si caratterizza per una tipicità che non tollera la divagazione in un'atipicità convenzionale, non sembra tuttavia che il nuovo assetto normativo conduca a tali risultati; anzi, la disciplina in questione, pur frastagliata e disorganica, conforta l'orientamento giurisprudenziale che ammette, in via generale, la legittimità del patto marciano e la sua autonomia dal patto commissorio vietato. Prevale quindi l'idea che sia sempre consentito un marciano di diritto comune quale surrogato soddisfacente dell'adempimento, per cui con le leggi speciali si avrebbe soltanto una epifania settoriale di una regola generale<sup>(112)</sup>. La novità del marciano bancario sarebbe quindi ad integrazione e non preclusiva di quelle tecniche pattizie variamente affidanti una funzione di garanzia alla correlazione tra finanziamento e cessione del bene. L'analitica disciplina delle tre figure sopra sinteticamente tratteggiate è precipuamente



rivolta alle banche finanziatrici e mira a fissare i limiti regolamentari che esse incontrano nell'adottare e disciplinare queste specifiche modalità di soddisfazione dei loro crediti secondo meccanismi semplificati di attuazione. L'assetto normativo fissa quindi il perimetro di operatività dei finanziatori professionali nelle particolari figure del prestito vitalizio ipotecario, del credito ai consumatori e dei finanziamenti alle imprese. Vi è viceversa chi prospetta che un finanziamento garantito da un trasferimento solutorio di diritto comune, anche a volerne riconoscere connotati di generale ammissibilità attraverso la previsione del giusto prezzo <sup>(113)</sup>, sarebbe comunque affetto, nella versione paradigmatica, da invalidità, e ciò sia per il fatto che l'inadempimento qualificato previsto dalla normativa speciale non è requisito derogabile pattiziamente dai contraenti ed altresì per la necessaria attuazione procedimentalizzata della garanzia, prevista anch'essa nella regolazione delle varie figure tipiche, che pure costituirebbe requisito essenziale per la validità del patto, anche di diritto comune. In realtà la vera questione sta proprio nello stabilire quale grado di preclusività convenzionale consegua alla tipizzazione <sup>(114)</sup>. In questo senso si sostiene che l'articolato sistema prodotto dagli statuti speciali non esclude né limita l'autonomia dei contraenti nel disegnare figure atipiche di garanzia, ma in ogni caso l'autonomia incontra il persistente limite della rilevanza qualificata dell'inadempimento e dell'inderogabilità del formalismo procedimentale di cui commi 5°, 6° ed 8°. Un argomento che sembrerebbe escludere l'effetto configurativo della normativa speciale sul marciano di diritto comune sta nella sussistenza di una pluralità di statuti normativi, con la conseguenza che resterebbe comunque incerto il paradigma orientativo da assumere; se cioè occorre riferirsi, pur con tutte le sue asperità interpretative <sup>(115)</sup>, al marciano dell'art. 120 quinquiesdecies t.u.b., riferito all'area consumeristica, ovvero al regolamento dell'art. 48 bis TUB, che tuttavia opera nell'ambito dei finanziamenti all'impresa. Vi è chi comunque prospetta, come requisito transtipico, la necessaria sussistenza di un inadempimento grave, senza tuttavia individuare con sicurezza la più adeguata categoria di riferimento nella plurale configurazione offerta dalla normativa speciale. In particolare si è obiettato che le disposizioni speciali, ed in particolare l'art. 48 bis del Tub, ammettono l'operatività del patto marciano solo a seguito di un inadempimento qualificato, per cui, in ogni caso, anche nelle applicazioni di diritto comune, il patto potrebbe essere legittimamente utilizzato solo prevedendo una rilevante soglia di inadempimento qualificato <sup>(116)</sup>. Non sarebbe consentito quindi, secondo tale opinione, di prevedere l'operatività del patto per ogni caso di inadempimento: dalle disposizioni speciali quindi si dovrebbe dedurre l'applicazione di un criterio di rilevanza analogo a quello che informa il disposto dell'art. 1455 c.c. In ogni caso il modello legale di patto marciano, contribuendo indirettamente all'identificazione degli interessi che la disposizione divietante è diretta a tutelare, può costituire un efficace parametro di riferimento nel costruire figure atipiche di garanzia ad applicazione generalizzata, ampliando così il novero delle garanzie reali ed aprendo il nostro sistema al concetto di proprietà-garanzia, già da tempo conosciuto ed applicato in altri ordinamenti. In Francia tra l'altro si è posto l'analogo problema dell'applicabilità pattizia della



disciplina civilistica in tema di cessione in garanzia ai contratti d'impresa, disciplinati dal *Code du commerce*, con un regolamento che estende, in tale settore, l'ambito applicativo del divieto, risolto con un nuovo intervento del legislatore nel 2016 che, a fronte di una giurisprudenza fortemente contraria ad una ultrattività della normativa civilistica, ha riallineato il *Code du commerce* alla normativa di diritto comune <sup>(117)</sup>. Dai modelli tipici possono senz'altro trarsi utili elementi per una più sicura applicazione generalizzata del patto marciano di diritto comune, anche oltre le ipotesi speciali positivamente regolate, considerando che, nonostante le recenti aperture giurisprudenziali, le difficoltà di una sicura definizione di un modello applicativo al riparo dal divieto, hanno fin qui indotto gran parte degli operatori a non utilizzare tale strumento di garanzia, a causa dei persistenti margini di incertezza circa la sua validità. Dall'esame dello statuto normativo positivamente introdotto si possono individuare invece alcuni parametri la cui adozione assicura la legittimità del patto marciano: non solo ovviamente la restituzione del supero e la previsione di un procedimento di valutazione del bene oggetto di garanzia che assicuri, al massimo grado, una valutazione aggiornata e svolta da soggetti indipendenti e competenti, ma anche la previsione di un procedimento attuativo che assicuri sicurezza, tempestività e proporzionalità nell'escussione della garanzia e nella restituzione del supero, riducendo al minimo anche l'eventuale pregiudizio per le altre categorie di creditori. Merita inoltre segnalare che l'assetto normativo che deriva dai pur disorganici interventi non si limita a considerare la posizione del debitore, evitandone l'approfittamento e assicurando la proporzionalità dell'operazione, ma prende in considerazione anche la posizione dei creditori concorrenti, come appare evidente nel disposto dell'art. 48 bis tub, in particolare al comma 10, ove si consente ai creditori ipotecari di concorrere all'azione sul bene oggetto del patto, con quella che potrebbe apparire, secondo alcune interpretazioni, una significativa deroga alle regole di opponibilità, in quanto la cessione condizionata del bene oggetto di garanzia dovrebbe sottrarlo nella sua interezza all'azione esecutiva degli altri creditori e non semplicemente creare titolo di preferenza sul ricavato. Qualora, rispetto ad una interpretazione più conforme ai principi, dovesse consolidarsi invece un'interpretazione eversiva nel senso anzidetto, potrebbero affacciarsi nuove problematiche anche in ordine all'ammissibilità di un patto marciano di diritto comune. Si dovrebbe cioè indagare la sua legittimità anche sotto il profilo della tutela della *par condicio creditorum*, nel senso di verificare se il sistema ritenga comunque escluso dall'ambito del divieto un patto marciano convenzionale che, pur conforme al modello che tutela il debitore da approfittamenti, non offre alcuno strumento a tutela dei creditori concorrenti, che dal patto potrebbero risultare pregiudicati per la sottrazione all'azione esecutiva di beni consistenti, anche eccedenti le ragioni del creditore assistito dal patto. Non sembra tuttavia che l'attenzione del legislatore speciale ai creditori concorrenti possa giungere a restrizioni circa l'ammissibilità di un marciano di diritto comune, in primo luogo per l'argomento che una lettura dell'art. 2744 c.c. quale norma preposta alla tutela delle altre ragioni creditorie, sebbene conti più di un sostenitore, mai si è mostrata davvero



persuasiva <sup>(118)</sup>. La legislazione speciale, per la natura specialistica e professionale del creditore, offre un modello articolato e complesso che cerca di realizzare il massimo contemperamento degli interessi coinvolti, ma questo non deve indurre a eccessive ed ingiustificate restrizioni dell'autonomia privata nell'ambito del diritto comune, anche considerando che l'ordinamento offre comunque un assetto rimediabile costituito dall'azione revocatoria, per quanto attiene alla specifica tutela dei creditori, e dal più generale controllo funzionale mediante il filtro dell'abuso e della frode. In ogni caso i creditori concorrenti, pur privati dell'azione esecutiva sul bene oggetto del patto marciano proprio, strutturato quindi come cessione condizionata, se non nei limiti della controversa esecuzione di diritti condizionati, potranno agire esecutivamente sul credito costituito dal supero, che il creditore assistito dal patto dovrà restituire in caso operatività della garanzia a seguito dell'inadempimento. L'analisi della concreta fattispecie consentirà di individuare gli strumenti idonei alla tutela dei creditori concorrenti senza che da tale astratta considerazione possano trarsi conseguenze repressive di una utilizzazione generalizzata del patto marciano, anche oltre i rapporti bancari disciplinati dal recente intervento normativo <sup>(119)</sup>.

*Raffaele Lenzi e Marco Tatarano*

- 
- 1) Non manca tuttavia la dottrina critica della cd. "economia del debito"; di recente M. Lazzarato, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberalista*, Roma, 2012. Tuttavia se il problema può porsi in termini sociologici e macroeconomici, nell'attualità l'introduzione di tali nuovi strumenti mira ad intercettare dei bisogni effettivi.
  - 2) Per alcune prime considerazioni C. Caccavale, *Contratto e successioni, Il prestito vitalizio ipotecario*, in Trattato del contratto a cura di Roppo, VI, Interferenze, Milano, 2006, 525 ss.
  - 3) In questo senso F. Chessa, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in Immobili & Proprietà, n. 5/2006, 305 ss.;
  - 4) Nel Regno Unito, per favorire lo sviluppo degli *equity releases* (l'omologo inglese del nostro "prestito vitalizio ipotecario") nel 1991 viene adottato il *Safe Home Income Plans* (SHIP), un codice di condotta per gli operatori del settore, poi affiancato da ulteriori istituti regolatori e nel 2008 viene costituita una associazione tra gli intermediari finanziari specializzati, al fine di migliorare il livello di comprensione del prodotto. Significativamente lo SHIP prevedeva, tra l'altro, la *No Negative Equity Guarantee*, una clausola che limita la responsabilità degli eredi del soggetto finanziato al valore dell'immobile ipotecato e che, riducendo il rischio, ha grandemente favorito la diffusione del prodotto; G. Hosty, *Pricing, risk and potential in the equity release market*, CML Housing Finance, 2005
  - 5) E. Bacciardi, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in Nuova Giur. Civ. comm., 2015, 302 ss.; già L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1982, 1127
  - 6) P. Buzzonetti – C. Pacella, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del "mutuo al contrario" per over 65*, Milano, 2010, 18 ss.
  - 7) Cfr. A.D. Eschtruth e L. C. Tran, *A Primer on Reverse Mortgages*, Boston College, Center for Retirement Research, 2004
  - 8) La riforma risale al 2008 con l'introduzione dei nuovi artt. L314-1 - L314-20 del code de la consommation
  - 9) In questo senso il nuovo art. L314-8; sulla disciplina francese F. Ogg, *Le pret viager hypothecaire*, in Retraite et société, 2012, 169 ss.



- 10) F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 4, 2006, 501
- 11) T. Rumi, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti* 10/2015, 937 ss.
- 12) S. Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere giuridico*, 2015, 1099 ss.
- 13) A. Agabiti, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 619, ove evidenzia che generalmente nell'erogazione del credito, anche al consumo, vi è una discriminazione nei confronti delle persone anziane, mediante la previsione di limiti massimi di età.
- 14) Il problema dell'anziano house rich and cash poor è fortemente avvertito e nella pratica vengono adottati vari strumenti per fronteggiare il problema; cfr. J. Long, *La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2010, II, 603
- 15) G. O. Mannella-G. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, 25 ss.
- 16) A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, 358 ss.
- 17) Configurazione apparentemente analoga si ha anche nell'equivalente francese, dove però, con sostanziale differenza, al creditore non è attribuito il potere di vendere il bene ma soltanto la scelta tra l'ordinaria esecuzione forzata ipotecaria e l'assegnazione dell'immobile in pagamento, sia mediante sentenza sia mediante un patto marciano traslativo eventualmente stipulato al momento del mutuo.
- 18) A. Chianale, *L'inutilità cit.*, 359
- 19) La centralità dell'ipoteca è invece enfatizzata da Mannella - Platania, *op. cit.*, 118 ss.
- 20) per il diritto inglese v. il Law of Property Act, 1925, sects. 101-107
- 21) Nel senso del testo sembra anche A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 728 ss.
- 22) Mannella-Platania, *op. cit.*, p. 140 ss.
- 23) In dottrina si tende a preferire una ricostruzione in termini di decadenza dal beneficio del termine, in quanto determinata da "circostanze estranee al rapporto obbligatorio e legate al sopravvenire di fatti esterni che incidono sulla situazione patrimoniale complessiva del debitore"; così A. Iuliani, *op. cit.*, p. 729. La risoluzione invece si fonda sull'inadempimento di una obbligazione contrattuale idonea a giustificare lo scioglimento del rapporto.
- 24) Così Mannella-Platania, *op. cit.*, p. 146 ss.
- 25) Si tratta dell'acuta ricostruzione svolta da A. Chianale, *op. cit.*, p. 358 ss.
- 26) G. Petrelli, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, Primo semestre 2015*, p. 63 ss., ritiene che il creditore sia facoltizzato ad adottare l'una o l'altra forma di tutela esecutiva.
- 27) Dopo quelle, note, dell'art. 2645 bis c.c. per la trascrizione del contratto preliminare, dell'art. 2645 ter c.c. per la trascrizione del vincolo di destinazione e dell'art. 2645 quater c.c. per la trascrizione dei vincoli verso la Pubblica Amministrazione.
- 28) Vi sono certamente delle differenze rispetto alla disciplina generale dell'ipoteca; basti pensare alla necessaria disapplicazione dell'art. 2855, comma 2, c.c., che limita la prelazione ipotecaria a due annate di interessi, mentre nel pvi l'ipoteca deve coprire tutte le annualità degli interessi, capitalizzati dal finanziatore, che, nell'ipotesi più radicale, vanno pagati in unica soluzione al momento del rimborso; così Mannella e Platania, *op. cit.*, 122 s. Per A. Chianale, *L'inutilità cit.*, p. 359, l'intero credito è protetto dalla prelazione ipotecaria indipendentemente dall'ammontare dell'ipoteca, in virtù della specialità della normativa.
- 29) Anche se non può non rilevarsi che laddove si è cercato di prevedere un marciano opponibile, come nel caso dell'art. 48 bis, le avvertite esigenze di tutela dei creditori terzi hanno condotto ad una disciplina farragginosa e densa di perplessità interpretative, in particolare con l'introduzione del comma 10
- 30) In questo senso anche Mannella - Platania, *op. cit.*, 178 s.
- 31) Certo non si può mancare di notare che in tal modo, salva l'applicazione di rimedi quali l'abuso o addirittura la frode, il finanziato potrebbe optare per il prestito vitalizio ipotecario al solo scopo di acquisire definitivamente la limitazione di responsabilità e, successivamente alla sua conclusione, far venire scientemente meno alcuni dei presupposti che ne giustificano la persistenza, quali il trasferimento a terzi del bene o la sua locazione a



terzi estranei che vi prendano la residenza o l'esecuzione di opere sullo stesso che ne diminuiscano il valore o ne riducano la commerciabilità; ma in tali casi comunque il rapporto obbligatorio esaurirebbe la sua fase fisiologica e il creditore potrebbe comunque agire per ottenere l'immediata restituzione di quanto gli compete.

- 32)** Si tratta di uno strumento più flessibile rispetto ad altre situazioni riscontrabili nella prassi, come la vendita con riserva di usufrutto o il vitalizio assistenziale, e di maggior tutela per il mutuatario e la sua famiglia.
- 33)** Si sostiene che il problema della gestione del supero verso gli aventi causa, in presenza di situazioni complesse e plurali, dà supporto alla tesi per cui con il pvi non si sono alterati i normali meccanismi operativi dell'ipoteca da un lato e dell'attribuzione di potere rappresentativo a disporre dall'altro, che concorrono a definire l'assetto di garanzia del credito senza tuttavia pervenire all'introduzione di un nuovo tipo di garanzia reale; Mannella-Platania, *cit.*, 64 ss.
- 34)** T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marcianti*, a cura di G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Torino, 2017, 109, rileva che occorre "discostarsi dall'idea che lo Stato abbia il monopolio della funzione esecutiva", ma il suo abbandono deve avvenire nei casi e nei modi previsti dalla legge.
- 35)** sul punto vedi Cass. 26.10.2002, n. 15141; Cass., 10.9.2009, n. 19501, in *De Jure*
- 36)** si pensi al comma 8 dell'art. 48 bis che prevede la necessità di un apposito conto corrente bancario ove depositare le somme, senza spese per l'avente diritto.
- 37)** Anche considerando l'accelerazione che l'esecuzione giudiziale ha subito con le recenti riforme; cfr. A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83/2015... nell'attesa della prossima puntata...*, in *Corr. Giur.* n. 2/2016, 173 ss.; P. Farina, *L'ennesima espropriazione immobiliare "efficiente" (ovvero accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata)*, in *Riv. Dir. proc.*, n.1/2016, 136 ss.
- 38)** La soluzione quindi preferibile secondo criteri di interpretazione logica e teleologica e, seppur con i limiti della trasfusione all'interpretazione dei documenti normativi di regole dettate per l'interpretazione del contratto, anche secondo criteri di interpretazione funzionale; cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 65 ss.
- 39)** Acronimo di *Mortgage Credit Directive*.
- 40)** Quali definiti all'art. 3, lett. a), Direttiva 2008/48/CE (v. art. 4, n. 1, della direttiva del 2013, il cui Considerando n. 10 precisa che tale «direttiva dovrebbe applicarsi a prescindere dal fatto che il creditore o l'intermediario del credito sia una persona giuridica o una persona fisica», senza tuttavia «pregiudicare il diritto degli Stati membri di limitare, conformemente al diritto dell'Unione, il ruolo del creditore o dell'intermediario del credito ai sensi della direttiva stessa alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche»). Sul punto v. tuttavia l'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera b), t.u. l. banc., che, ai fini della normativa di cui si discute, definisce «"consumatore" [...] una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».
- 41)** Ma v. il Considerando n. 13, ai sensi del quale «la [...] direttiva non osta a che gli Stati membri estendano le misure adottate in conformità della stessa per proteggere i consumatori con riguardo a contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili, o disciplinino altrimenti tali contratti di credito». A tale specifico riguardo v. l'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c), t.u. l. banc., che, ai fini della normativa di cui si discute, definisce «"contratto di credito" [...] 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». Dalla norma non emerge chiaramente se la disciplina di cui si discute debba ritenersi applicabile pure al prestito vitalizio ipotecario (di cui all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248), anche se depone in senso contrario il Considerando n. 16 della MCD, ai sensi del quale «la presente direttiva non dovrebbe applicarsi» a «prodotti basati su prestito vitalizio ipotecario (*equity release*) o» ad «altri prodotti specializzati equivalenti».
- 42)** Cfr., sul punto, M. LEO, C. LOMONACO, L. PICCOLO e F. TRESCA, *I nuovi obblighi informativi per i contratti di credito*, in *Segnalazioni novità normative del 4 novembre 2016*, in *webrun.notariato.it*.



- 43)** E cioè «un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito».
- 44)** V., *retro*, nota 38.
- 45)** Per una sintetica casistica delle ipotesi pertanto escluse dall'ambito applicativo della normativa in commento v. 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, 2016*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), p. 1 ed *ivi* nota 1.
- 46)** Norma dettata in tema di mutuo fondiario, la quale, com'è noto, consente alla banca di invocare «come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive», *ivi* precisandosi che «costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata».
- 47)** La norma, nel riferirsi agli «oneri, derivanti dall'inadempimento», sembra alludere ad eventuali voci di spesa aggiuntive richieste indebitamente dall'istituto finanziatore, senza così precludere l'ordinaria applicazione degli interessi moratori (*contra* F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in AA.VV., *I nuovi marciatori*, Torino, 2017, p. 186 s., secondo il quale tale norma implicherebbe che «il mancato rispetto del termine di pagamento della rata, in quanto ritardo, fa scattare gli interessi moratori ma calcolati al tasso previsto per gli interessi corrispettivi»).
- 48)** A tale riguardo deve essere preliminarmente chiarito che, da una parte, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d. lg. 21 aprile 2016, n. 72, la clausola di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc., «non può essere inserita nei contratti aventi a oggetto la rinegoziazione di un contratto di credito» (come definito dall'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c, t.u. l. banc.), concluso anteriormente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, dall'altra, i commi 3 e 4 dell'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., «si applicano decorsi 60 giorni dall'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione previste dal comma 5 del medesimo articolo, da adottarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore del [...] decreto» da ultimo citato.
- 49)** Alla stessa ratio di tutela pare ispirata pure l'espressa inapplicabilità della clausola in commento in ipotesi di surrogazione nel contratto di credito ex art. 120 *quater*, t.u. l. banc., poiché, anche in questo caso, la medesima avrebbe potuto agevolmente essere imposta dalla banca interessata a concedere il finanziamento con surrogazione quale condizione per attivare il relativo procedimento di c.d. «portabilità» (condizionamento vietato pure nell'ipotesi ammessa di stipulazione contestuale al finanziamento originario: cfr. l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettera a, t.u. l. banc.). Sul punto cfr. A. BULGARELLI, *o.u.c.*, p. 2.
- 50)** Chiaramente, se l'ammortamento del finanziamento fosse diverso da quello mensile, perché possa configurarsi inadempimento rilevante ai fini che qui interessano, occorrerebbe il mancato pagamento di un numero di rate corrispondente al medesimo periodo di tempo legislativamente considerato (ad es., in ipotesi di piano di rimborso a rate trimestrali, occorrerebbe il mancato pagamento di sei rate).
- 51)** Così, correttamente, A. BULGARELLI, *o.l.u.c.*
- 52)** Emerge pure l'esigenza di evitare che il debitore debba abbandonare troppo rapidamente i propri beni (oggetto di garanzia), nella consapevolezza che, una volta iniziata la fase dell'autotutela, essa si esaurirà in un tempo presumibilmente molto più breve rispetto ad un ordinario procedimento esecutivo immobiliare (E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, 2016, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 35 s., che sottolinea come la tutela indifferenziata della classe debitrice finisca per favorire pure debitori in concreto non bisognosi di protezione).
- 53)** Principio operante sia in senso verticale, e cioè tra pubblica amministrazione e privati (cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, *passim*), sia in senso orizzontale, e cioè nei rapporti tra privati, ove funge da parametro di regolazione dell'accordo privato, essendovi riferimenti a detto principio nella stessa Carta costituzionale (si pensi agli artt. 36 e 53 cost.: sul punto v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 384, ed *ivi* ulteriori riferimenti), così come nel codice civile (cfr. artt. 1384, 1455, 1525, 1941 e 2873) e nella normativa speciale, *ivi* inclusa quella relativa ai contratti bancari (cfr. art. 39, comma 5, t.u. l. banc. Sul problema della necessaria proporzionalità delle garanzie prestate rispetto al credito garantito v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 345), in una logica di



attuazione del più generale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost. (Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1189; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 409, *ivi*, p. 3398 ss.; Corte cost., 25 novembre 1993, n. 417, *ivi*, p. 3447 ss.), di cui sono proiezione pure i (contigui ma distinti) principi di ragionevolezza ed adeguatezza (sul collegamento tra i suddetti principi v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., p. 340 ss.).

- 54)** Sulla operatività automatica della condizione a séguito dell'avveramento dell'evento in essa dedotto v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2015, p. 557 ss.
- 55)** Pare militare in questa direzione pure l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 6, t.u. l. banc., che detta una disciplina specifica per l'ipotesi in cui il finanziatore faccia ricorso all'ordinario procedimento di espropriazione immobiliare (così quindi parendo implicitamente ammettere che la relativa scelta sia rimessa all'autonomia della banca), con riferimento ai casi «diversi da quelli di cui al comma 3» (il che potrebbe tuttavia, in senso contrario, essere formalisticamente letto nel senso di escludere il ricorso all'espropriazione immobiliare in ipotesi di previsione contrattuale della clausola di cui, appunto, al comma 3 della norma in commento).
- 56)** Sulla natura giuridica della condizione unilaterale v. G. TATARANO, *La condizione*, in G. TATARANO e C. ROMANO, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 163 ss.
- 57)** Così A. BULGARELLI, o.u.c., p. 1 s., che parla di «clausola risolutiva espressa» implicitamente contenuta nel contratto di finanziamento cui acceda la clausola *ex art. 120 quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc.
- 58)** Al di fuori dell'ipotesi considerata dalla norma in commento, esistono comunque casi in cui il diritto della banca di pretendere immediatamente l'integrale restituzione del debito residuo prescinde del tutto dalla preventiva risoluzione del contratto: si pensi alla decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c., applicabile solo al ricorrere degli indici presuntivi del futuro inadempimento previsti dalla norma. Nella fattispecie normativa in commento nel corpo del testo, invece, l'inadempimento deve già essersi configurato (nei termini *ivi* precisati) affinché possa attivarsi l'autotutela di cui al comma 3 dell'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc.
- 59)** Nello stesso senso G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in AA.Vv., *I nuovi marciari*, cit., p. 11 ed *ivi* nota 22, sia pure con riferimento all'art. 48 *bis*, t.u. l. banc.
- 60)** In tema v. però le riflessioni di A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)*, 2016, in *dirittobancario.it.*, secondo il quale, sul punto, «il Decreto ha letteralmente riportato, senza ulteriormente specificare, alcune parole chiave dell'art. 28 della Direttiva (come “restituzione” del bene immobile, che non so quale applicazione possa avere nel nostro ordinamento) senza approfittare dello spazio necessariamente lasciato dal legislatore europeo». Sul punto v. pure S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 195, che intravede delle ambiguità «più nella (lasca) traduzione italiana che in quella inglese – *return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit*».
- 61)** Ove peraltro è già prevista un'ulteriore ipotesi di patto marciano, anche se lì il bene oggetto di garanzia è di proprietà del creditore e non dell'utilizzatore (cfr. art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015 n. 208).
- 62)** Così S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, 2016, in *dirittobancario.it*.
- 63)** In giurisprudenza cfr. Cass. Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 104, che ha superato i precedenti orientamenti restrittivi di Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Mass. Giur. it.*, 1978; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Mass. Giur. it.*, 1980. Sulla riconsiderazione del fenomeno alla luce della teoria della causa concreta (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 355 ss.), v., *ex multis*, Cass., 9 marzo 2011, n. 5583, in *Giur. it.*, 2012, 3, c. 575, con nota di G. RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Per un'analisi in concreto degli indici rivelatori di un patto commissorio all'interno di una compravendita con patto di riscatto v. S. SIDERI, *Indici identificativi della “vendita con patto di riscatto”*, *Studio n. 668-2009/C*, in *webrun.notariato.it*. È ormai da tempo opinione consolidata in dottrina (v., in luogo di tanti, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 3009) ed in giurisprudenza (di





legittimità: Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, 7, p. 791; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, c. 11; e di merito: App. Roma, 26 gennaio 2006, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1271) quella che ritiene inapplicabile il divieto dell'art. 2744 c.c. al patto marciano, e ciò in quanto esso, assicurando al debitore la restituzione dell'eccedenza di valore del bene trasferito in garanzia rispetto all'importo del debito residuo, varrebbe a paralizzare *ex ante* ogni possibile locupletazione del creditore a danno del debitore stesso. D'altronde, già nel codice civile sono presenti ipotesi di realizzazione coattiva del credito che risultano ammesse solo in quanto sono ivi previsti dei sistemi volti ad evitare che il creditore consegua più di quanto gli è dovuto: cfr. artt. 1851, 1982, 2798 e 2803, c.c. All'obiezione, poi, che il patto commissorio è vietato dalla norma codicistica da ultimo citata indipendentemente da ogni sua possibile fattuale convenienza dal debitore, si replica che «la differenza tra patto commissorio non svantaggioso per il debitore – illecito – e patto marciano – lecito – sta in ciò, che nel primo la vantaggiosità per il debitore è del tutto casuale, mentre nel secondo è assunta a contenuto stesso del programma negoziale» (R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e lease-back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 5, p. 540). È chiaro che una siffatta soluzione presuppone l'individuazione del fondamento del divieto del patto commissorio, alternativamente, nella necessaria proporzionalità delle garanzie rispetto al diritto di credito garantito (L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943, p. 649; ne ravvisa un'applicazione del principio di solidarietà N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 157; sul punto v. pure S. NARDI, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, p. 329), oppure nella «dannosità sociale del patto in quanto suscettibile di diffondersi in tutte le dazioni di beni in garanzia con indebito approfittamento a carico del debitore» (così C.M. BIANCA, *Diritto civile, VII, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 283, di cui si riporta il corsivo presente nel testo citato; in senso analogo v. pure V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 19, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997, p. 560), rischi che verrebbero entrambi eliminati *in nuce* dal patto marciano, che «impone in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito» (C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 288). Diversamente, più difficilmente appare conciliabile il divieto *de quo* con l'affermata ammissibilità del patto marciano qualora si ravvisi il fondamento del divieto ex art. 2744 c.c. nell'inderogabilità della procedura esecutiva, riservata all'autorità giudiziaria, mediante forme convenzionali di autotutela (E. BETTI, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689) o nella tutela della *par condicio creditorum*, che verrebbe comunque compromessa dal patto di cui si discute, in quanto, per effetto della sua attuazione, il bene che ne forma oggetto verrebbe sottratto alla pretesa soddisfattiva dei creditori non aderenti al patto (F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 888 ss.; ID., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. trim.*, 1946, II, p. 156). Ad ogni modo va osservato che, se è vero che il patto marciano impedisce al creditore di appropriarsi indebitamente di un *surplus* di ricchezza rispetto a quanto gli spetta legittimamente, deve anche essere vero che esso consente implicitamente di tutelare pure gli altri creditori, i quali ben potranno soddisfarsi su tale *surplus* una volta che lo stesso sia stato restituito al debitore. Sul punto v. pure F. MASTROPAOLO, *Divieto legale e nullità di patti per ragioni di garanzia*, in *Tratt. contr.* Gabrielli e Rescigno, 5, II, p. 1799 ss., secondo il quale, se è vero che «tutti i patti commissori [...] vanificherebbero ogni controllo giudiziario dell'esecuzione» ed «il *par concursus* di altri creditori» (p. 1802 s.), è tuttavia pur vero che «il patto marciano» dovrebbe comunque «essere ritenuto legittimo perché non consente una totale trasmissione di beni, ma solo una trasmissione proporzionata, [...] e la cui valutazione non sfugge al controllo giudiziale, anche se effettuata mediante intervento arbitrale» (stante il sistema delle impugnative dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c.). In giurisprudenza la validità del patto marciano viene affermata nel presupposto che «il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretende di regola una garanzia eccedente l'entità del credito» (Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, cit.); nello stesso senso v., da ultimo, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., secondo la quale «fondamento dell'effetto salvifico» del patto marciano «è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto [...] (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione dei valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato), e, dall'altro lato, la sua



capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco».

- 64) Così pure, da ultimo, G. D'AMICO, *o.u.c.*, p. 31 ed *ivi* nota 69. Al di fuori dell'ipotesi considerata dalla norma in commento o, più in generale, in assenza di patto marciano (cfr. Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *Ced. Cass.*), pure la procura a vendere conferita dal mutuatario al mutuante potrebbe in concreto violare il divieto di cui all'art. 2744 c.c.: Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, p. 10062, con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?*; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Foro it.*, 2012, IV, 1, c. 1172; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135.
- 65) In questa direzione v., per tutti, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 87 s.; più di recente v. A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VIII, Torino, 2007, p. 475 (*contra* R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 189 ss., il quale ipotizza che dal conferimento del mandato ad alienare senza rappresentanza non derivi nei rapporti interni alcun effetto reale, bensì derivi il conferimento al mandatario della legittimazione a disporre del bene, che resta di titolarità del mandante, in base ad un modello autorizzatorio che ricalca quello previsto dal § 185 BGB); in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 5 maggio 2004, n. 8512, in *Gius.*, 2004, p. 3600. *Contra*, tuttavia, Cass., 27 maggio 2003, n. 8393, in *Contratti*, 2004, 1, p. 70, la quale, nel presupposto che «non esiste un aggancio testuale sul quale fondare l'idea che il mandato è capace di spiegare effetti traslativi e che la «causa mandati» non è idonea a giustificare un trasferimento di diritti tra mandante e mandatario», conclude per l'inammissibilità del «mandato senza rappresentanza ad alienare, in modo particolare per quanto concerne i beni immobili ed i beni mobili registrati». La sentenza è stata di recente criticata da R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, XIX, Torino, 2016, p. 79 s.
- 66) Ossia «il patto che conferisce al creditore il diritto di soddisfarsi su un determinato bene del debitore o di un terzo secondo giusta stima successiva alla scadenza del debito» (così, letteralmente, C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 287, di cui si riporta il corsivo presente nel testo citato).
- 67) In tal caso, ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettera d), t.u. l. banc., si applica l'art. 120 *duodecies*, t.u. l. banc., il quale, da una parte, impone ai soggetti finanziatori di assicurare che i terzi cui viene affidata la valutazione degli immobili oggetto di garanzia adottino standard affidabili, dall'altra prescrive per i periti dei requisiti di professionalità ed indipendenza, deferendo ad ogni modo alla Banca d'Italia l'emanazione delle relative disposizioni di attuazione, anche tenendo conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate (in relazione al quale v. art. 120 *septiesdecies*, t.u. l. banc.). A tale specifico riguardo si ricorda che le disposizioni relative alla valutazione dei beni immobili, contenute nel § 2.2, allegato A, capitolo 3, Titolo IV, parte prima, della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, come aggiornata in data 27 settembre 2016 (aggiornamento n. 17), nonché nel § 2.5, Titolo III, capitolo 1, sez. VII, della Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015 (aggiornamento n. 2), si applicano a partire dal 1° novembre 2016, mentre le valutazioni degli immobili effettuate prima di tale data saranno aggiornate, in base ai criteri ed agli standard previsti nelle citate disposizioni, in occasione della prima verifica del loro valore.
- 68) Per quanto sia tenuta *ex art.* 120 *quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc. ad adoperarsi «con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo».
- 69) C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 288.
- 70) Soluzione ritenuta ad ogni modo lecita dalla più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., secondo la quale «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».
- 71) Sul punto v., per tutti, R. LENZI, *La cessione in garanzia*, *Studio n. 341-2009/C*, in *webrun.notariato.it*.
- 72) Con riferimento agli obblighi informativi del soggetto finanziatore v. pure l'art. 5, comma 5, d.m. 29 settembre 2016, che impone al finanziatore di fornire al consumatore «informazioni sul contenuto specifico della



clausola» ex art. 120 quinquiesdecies, comma 3, t.u. l. banc., «sulle caratteristiche dell'inadempimento di cui al comma 4, lettera c), del medesimo art. 120 *quinquiesdecies* e sui possibili effetti per il consumatore».

- 73)** Sull'opportunità di un ulteriore intervento normativo volto a coordinare la disciplina in commento con quella della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui agli artt. 6 ss., l. 27 gennaio 2012, n. 3, ove è contemplata un'ipotesi di (vera e propria, in quanto di natura concorsuale) esdebitazione, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 14 *terdecies*, l. ult. cit., v. A. LUPOI, *o.l.u.c.*
- 74)** Così, testualmente, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 197, che correttamente osserva come tale circostanza ponga una delicata questione di «giustizia esterna, cioè [di] *par condicio creditorum*», poiché «il discorso su di un mancato approfittamento, assicurato dalla regola della proporzionalità, tiene fin quando il mutuante sia il solo creditore, molto meno allorché i creditori siano più d'uno e l'immobile attribuito rappresenti il solo cespite o comunque quello più capiente sul quale potersi soddisfare».
- 75)** Com'è stato felicemente osservato, «si tratta» insomma «di un modello ibrido: che a scelta delle parti può trasformarsi in "*recourse*"», e quindi consentire alla banca di avviare il procedimento esecutivo ordinario pretendendo l'eventuale pagamento del residuo o «"*non-recourse*"», che, a fronte della speciale autotutela concessa alla banca, consente al cliente di estinguere il debito trasferendo la proprietà del *collateral*, e cioè del bene oggetto di garanzia (E. BRODI, *o.u.c.*, p. 15 ed *ivi* nota 36).
- 76)** Anche non commerciale: così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l.n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *ilcaso.it*, 2016, p. 2.
- 77)** Il che, com'è stato correttamente osservato, rende il relativo contratto di finanziamento incredibile a soggetti diversi da quelli contemplati dalla norma (così S. AMBROSINI, *o.l.u.c.*, che non esclude però del tutto la cessione a costoro del credito garantito).
- 78)** Contemporaneamente alla stipula del contratto di finanziamento «o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore» della normativa di cui si discute, «per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali» (comma 4). Per «data di entrata in vigore» sembra doversi intendere quella del decreto legge, e ciò in quanto il testo del d.l., prima della legge di conversione, già prevedeva testualmente che «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 al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali», sicché non pare trattarsi di disposizione per la prima volta introdotta con la legge di conversione. In particolare, se pure il testo modificato dalla legge di conversione si riferisce oggigiorno alla «data di entrata in vigore della presente disposizione», appare evidente come tale norma non possa considerarsi innovativa *in parte qua* e non possa pertanto ritenersi rientrare tra quelle «modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione» che, ai sensi dell'art. 15, comma 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, «hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente».
- 79)** La norma, nel prevedere l'indicazione *ab initio* del soggetto beneficiario del trasferimento (sotto condizione sospensiva dell'inadempimento), sembrerebbe sul piano letterale precludere la possibilità di ipotizzare la previsione contrattuale del trasferimento a favore di un soggetto diverso inizialmente non determinato, come avviene nella fattispecie di cui al comb. disp. artt. 588 e 590 *bis*, c.p.c., non essendo quivi previsto un meccanismo analogo a quello *ivi* contemplato. Allo stesso modo, sembra preclusa sul piano generale la previsione di una riserva di nomina da parte del finanziatore secondo lo schema del contratto per persona da nominare (artt. 1401 ss., c.c.), ma ciò non tanto sulla base del tenore letterale dell'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., quanto piuttosto in considerazione dell'accessorietà del rapporto contrattuale con causa di garanzia rispetto al contratto di finanziamento, che di per sé sembra impedirne una circolazione se non unitamente, appunto, al rapporto creditizio cui accede, ovviamente nel rispetto dei requisiti soggettivi di cui si è detto. Così ragionando, la prescrizione di cui all'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., sembrerebbe allora avere la limitata portata di imporre al finanziatore di determinare sin dall'inizio se a beneficiare del trasferimento debba essere esso stesso oppure una sua società controllata o collegata, secondo uno schema che appare pertanto riconducibile a quello del contratto a favore del terzo ex art. 1411 c.c. (in cui, pur essendovi, almeno di regola, l'indicazione sin dall'inizio del soggetto beneficiario, non manca chi ne ammette una designazione successiva), piuttosto che al contratto per persona da nominare (la società controllata o collegata eventualmente



beneficiaria acquirerà infatti la titolarità dell'immobile oggetto di garanzia, ma non la relativa posizione contrattuale), e tutto ciò anche ai fini dell'esecuzione della trascrizione immediata del trasferimento (con menzione della condizione *ex art. 2659, comma 2, c.c.*). A séguito di tale designazione, il soggetto beneficiario sarà comunque titolare di un diritto subordinato a condizione sospensiva (dell'inadempimento), sicché, applicando i principi generali, non può aprioristicamente escludersene una successiva cessione a favore di terzi (cfr. art. 1357 c.c.).

- 80)** La circostanza deve ovviamente essere verificata al momento della stipula del contratto di finanziamento, dovendosi ritenere del tutto irrilevante, salvo diversa previsione pattizia che comunque non inciderebbe sulla validità del contratto, che i soggetti di cui all'art. 48 *bis*, comma 3, t.u. l. banc., trasferiscano successivamente la residenza nell'immobile precedentemente fatto oggetto di garanzia.
- 81)** Come tale, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 15 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, non soggetto ad alcuna imposta aggiuntiva oltre all'imposta sostitutiva già corrisposta in sede di finanziamento *ex art. 17, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601*.
- 82)** Su tale specifico punto v. M. LEO, *D.l. n. 59/2016: la cessione dei beni in garanzia nel contratto di finanziamento tra banche e imprenditori (nuovo art. 48 bis TUB)*, in *Segnalazioni novità normative del 15 aprile 2016*, in [webrun.notariato.it](http://webrun.notariato.it).
- 83)** In tale direzione v., in particolare, M. LEO, *o.l.u.c.*, che sottolinea come «nell'ipotesi in cui l'istituto di credito intenda avvalersi degli effetti del patto, non [sembri] essere prevista nessuna procedura "indipendente" che conduca all'accertamento dei presupposti dell'inadempimento del debitore», sicché pare mancare «una fase di accertamento dell'inadempimento del debitore nella procedura stragiudiziale», al contrario di quanto avviene «nell'ipotesi in cui il diritto reale immobiliare sia sottoposto ad esecuzione forzata, in cui è invece rimesso espressamente al Giudice dell'Esecuzione quell'accertamento».
- 84)** La norma tace sull'eventuale contestazione da parte del debitore della sussistenza stessa dell'inadempimento affermato unilateralmente dalla banca, sicché dovrebbe in teoria dedursene (così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *AA.VV., I nuovi marciatori*, cit., p. 55 ed *ivi* nota 61) la facoltà del debitore stesso di «agire in sede ordinaria per vedere accertato l'adempimento (o l'inadempimento "sotto soglia")», circostanza che, qualora fosse idonea «a bloccare il procedimento di stima e il successivo trasferimento alla banca», si porrebbe tuttavia «in flagrante contrasto con le esigenze di celerità nel recupero del credito cui è dichiaratamente improntato l'istituto» (S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 10 s.). Diversamente, in ipotesi di fallimento, «l'accertamento della ricorrenza o meno dell'inadempimento viene effettuato [...] dal giudice delegato, con conseguente reclamabilità del provvedimento *ex art. 26 l. fall.*» (S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 17 s.).
- 85)** Sul punto v. G. FALCONE, *Le altre "particolari operazioni di credito"*, in M. RISPOLI FARINA e G. FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in *Tratt. contr. Gabrielli e Rescigno*, XXI, Torino, 2016, p. 1462, per il quale «non è del tutto chiaro il senso del richiamo compiuto all'art. 1349 c.c.: è possibile che l'intenzione del legislatore sia stata quella di individuare, per mezzo di detto richiamo, i rimedi contro la valutazione "manifestamente iniqua o erronea"». In tale direzione, da ultimo, A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 2016, 12, p. 1487.
- 86)** I quali «possono, entro dieci giorni dalla [...] comunicazione, inviare note al perito» che, a sua volta, «entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti» (comma 6).
- 87)** L'espressa qualificazione normativa della fattispecie in termini di «condizione sospensiva di inadempimento» viene sminuita da S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 931 ss., secondo il quale «se davvero fosse una condizione sospensiva di inadempimento, ed infatti non lo è, allora il suo avveramento 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».
- 88)** Cfr. Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico in data 9 maggio 2014, prot.n. 77684, in [www.sviluppoeconomico.gov.it](http://www.sviluppoeconomico.gov.it).



- 89)** Nell'attribuire al finanziato la facoltà di contestazione di cui al comma 7 in commento, la norma sembra prendere in considerazione l'eventualità che la stima dia luogo ad una valutazione ritenuta da quest'ultimo inadeguata rispetto al valore reale dell'immobile. Diversamente, nulla si dice con riferimento all'ipotesi in cui la stima dia luogo ad una valutazione ritenuta eccessiva rispetto al valore reale dell'immobile, circostanza dalla quale deriverebbe l'obbligo del finanziatore di restituire un'eccedenza considerata troppo elevata a fronte dell'acquisto della titolarità di un bene per un valore che non ritiene congruo. La norma tuttavia, come anticipato, richiama l'art. 1349, comma 1, c.c., che consente comunque di adire il giudice in ipotesi di determinazione «manifestamente iniqua o erronea», tutela che deve ritenersi spettante pure al finanziatore in base alla predetta norma generale. Così ricostruito il sistema, potranno pertanto aversi i seguenti scenari: - se la stima è ritenuta inadeguata, il debitore potrà contestarla in base alla norma speciale ex art. 48 *bis*, comma 7, t.u. l. banc., ma ciò non impedirà al creditore di procedere con la speciale forma di autotutela, e quindi di acquistare la titolarità dell'immobile versando la differenza sulla base della stima di cui al comma 2 (benché contestata ex comma 7): parallelamente, se in autonomo giudizio viene data ragione al finanziato, quest'ultimo avrà diritto alla restituzione della differenza; - se la stima è ritenuta eccessiva, il creditore potrà chiedere al giudice di determinare il valore stimato in base alla norma generale dell'art. 1349 c.c. e questa volta, in mancanza di norma speciale (come quella ex comma 7 di cui sopra), deve ritenersi che tale autonomo giudizio sospenda gli effetti del patto marciano fino alla sua definizione, a meno che le parti non abbiano ritenuto di convenire diversamente (mediante una clausola che, salve le inderogabili norme di legge, consenta al finanziatore di acquistare comunque la proprietà dell'immobile al valore stimato, versando la relativa eccedenza, promuovere autonomo giudizio ex art. 1349, comma 1, c.c., e quindi chiedere indietro l'eventuale differenza).
- 90)** Potrebbe, diversamente, opinarsi che poiché, come anticipato, la contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare, indirettamente essa dovrebbe incidere pure sull'avveramento dell'evento condizionante, che dovrebbe potersi ritenere configurato soltanto dopo la corresponsione dell'eccedenza come definita a séguito della contestazione, il cui esito verrebbe sostanzialmente a sostituire il contenuto della perizia di stima. Una lettura di questo tipo pare tuttavia eccessivamente garantista per il debitore (che potrebbe sfruttare tale facoltà di contestazione al solo fine di allungare i tempi dell'autotutela bancaria) e sembra contrastare con il dettato letterale della norma in commento che, come anticipato, da una parte, riconosce al creditore il diritto di avvalersi comunque «degli effetti del patto di cui al comma 1» (comma 7), e dall'altro, nell'ancorare l'avveramento della condizione al versamento della differenza, per individuare quest'ultima fa espresso riferimento al comma 2 (comma 8), e non pure, appunto, al comma 7.
- 91)** Sarebbe invece del tutto inutile una clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima ritenuta sproporzionata (anche non oltre una certa soglia predeterminata), entrambe le parti possano convenzionalmente impedire il proseguimento della speciale forma di autotutela di cui si discute, dovendosi sempre e comunque ritenere possibile un mutuo dissenso dal contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resterebbe comunque efficace, e fermi restando ovviamente in tal caso eventuali diritti di terzi nel frattempo acquisiti.
- 92)** Sul punto v., in particolare, E. BRODI, *brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *ilcaso.it*, p. 15 ed *ivi* nota 40.
- 93)** Come invece sembra ritenere G. D'AMICO, *o.u.c.*, p. 33.
- 94)** Sul punto v., infatti, M. LEO, *o.l.u.c.*
- 95)** Nello stesso senso v. S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 12, secondo il quale «le peculiarità sottese alla legislazione consumeristica [...] rendono alquanto disagevole invocare [...] una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 48-bis diretta a scongiurare un'ingiustificata disparità di trattamento».
- 96)** Così pure M. LEO, *o.l.u.c. Contra* S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744, cit.*, il quale, coerentemente all'assunto da cui parte, e cioè quello della riconducibilità del patto di cui si discute alla figura della *datio in solutum*, sia pure nella fattispecie stipulata in via anticipata, così argomenta: «contro l'immagine di un art. 48 *bis* legittimante un patto – titolo per un'estinzione parziale militano almeno tre argomenti: tecnico il primo (l'anomalia di concepire una *datio in solutum* parziale), assiologici il secondo ed il terzo (la *ratio* della novella non è, come si diceva, scopertamente quella di abbattere il contenzioso dell'esecuzione forzata ? Quale



vantaggio poi trarrebbe da detto patto un imprenditore che neanche potesse contare sulla circostanza che il trasferimento o i proventi della vendita almeno realizzeranno la sua esdebitazione? Ed inoltre: non è forse vero che, in caso contrario, gli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüiesdecies* darebbero un senso troppo diverso al principio (?) della *par condicio creditorum*? Gli è infatti che un'estinzione parziale non spoglierebbe il mutuante, avvalendosi degli effetti del patto, della garanzia generica sui beni residui del debitore, nonostante questi rappresentino all'evidenza i soli cespiti su cui gli altri creditori, chirografari o con un titolo di prelazione postergato, possano pensare di soddisfarsi. In via esclusiva però e non in concorso col primo, già avvalendosi di un diverso adempimento» (corsivo presente nel testo citato). È chiaro che lo scenario cambierebbe del tutto qualora si dovesse ravvisare nel patto di cui si discute una figura tipica autonoma rispetto alla *datio in solutum*, poiché in questo caso la sua attuazione potrebbe ben non avere efficacia liberatoria per il debitore in ipotesi di valore del bene inferiore all'importo del debito garantito. Né deve stupire che tale circostanza non risulti assolutamente vantaggiosa per l'imprenditore, non essendo quest'ultimo il protagonista della vicenda legislativa, se non indirettamente, in quanto, nelle intenzioni del legislatore, la novella dovrebbe invogliare le banche a concedere maggior credito alle imprese, assicurando alle medesime una tutela particolarmente forte. Se così è, si spiega anche la partecipazione della banca al concorso con gli altri creditori sul patrimonio del debitore residuo a séguito dell'alienazione a scopo di garanzia, circostanza che, sia detto per inciso, sembra pure essere confermata dal comma 13 *bis* dello stesso art. 48 *bis*, t.u. l. banc., che, come anticipato, testualmente equipara «ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 [...] all'ipoteca» (così riconoscendo al patto la natura di causa legittima di prelazione *ex art. 2741*, comma 2, c.c.) il che, per quanto qui di interesse, si tradurrebbe innanzi tutto nell'applicazione alla banca dell'art. 2911 c.c. Ulteriore proiezione applicativa di tale equiparazione è poi rappresentata, oltre che dalla necessità che la nota di trascrizione del patto di cui al comma 1 contenga gli elementi di cui all'art. 2839, comma 2, nn. 4), 5) e 6), c.c., pure dal riconoscimento a tale trascrizione degli stessi effetti di cui all'art. 2855 c.c. con conseguente estensione della copertura della garanzia pure ad interessi ed accessori per le due annualità precedenti, con l'unica differenza che qui dovrà aversi riguardo non al pignoramento, bensì alla notificazione della dichiarazione di volersi avvalere del patto *ex art. 48 bis*, comma 5, t.u. l. banc. (comma 13 *ter*).

- 97) Oltre che degli elementi di cui all'art. 2839, comma 2, nn. 4), 5) e 6), c.c., stante quanto disposto dall'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc.
- 98) Sul punto v., ancora M. LEO, *o.l.u.c.* Pur non essendo detto espressamente come invece avviene nelle ipotesi di cui all'art. 13, comma 4 *bis*, d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito in legge dalla l. 1° dicembre 2016, n. 225, con riferimento ai contratti stipulati dall'ISMEA ai sensi dell'art. 1523 c.c., la suddetta dichiarazione di avveramento dell'evento condizionante contemplato nel contratto di finanziamento, se in forma di atto pubblico (l'art. 48 *bis*, t.u. l. banc., comma 9, c.c., parla d'altronde di «atto notarile»), dovrebbe valere pure a perfezionare un titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile, ricorrendo i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. (in relazione ai quali v., per tutti, AA.Vv., *Questioni in tema di titolo esecutivo per il rilascio*, Studio n. 7-2007/E, in *webrun.notariato.it*; E. ASTUNI, *Novità in materia di titolo esecutivo*, Studio n. 8-2006/E, *ivi*).
- 99) Come anticipato, l'ipotesi presa in considerazione dalla norma è esclusivamente quella di coesistenza successiva tra ipoteca e patto marciano, a séguito di apposita modificazione delle precedenti condizioni contrattuali, il che fa chiaramente pensare ad un successivo contratto tra gli stessi soggetti (imprenditore e finanziatore originario), piuttosto che ad una surrogazione da parte di un finanziatore terzo *ex art. 120 quater*, t.u. l. banc. (sempre possibile in ipotesi di micro-imprese: cfr. art. 120 *quater*, comma 9, lettera a *bis*, t.u. l. banc.) cui si accompagni la previsione per la prima volta del patto marciano (così pure M. LEO, *o.l.u.c.*). Non sembra tuttavia potersi escludere in assoluto la possibilità, da una parte, che in relazione allo stesso finanziamento sia prima stipulata una surroga a séguito di nuovo mutuo e poi si proceda alla modificazione di quest'ultimo mediante introduzione di un patto marciano (nel qual caso si porrebbe il problema di coordinare l'effetto prenotativo di cui all'art. 48 *bis*, comma 4, t.u. l. banc., con gli effetti dell'annotazione *ex art. 2643 c.c.*), così come non appare astrattamente da escludere che un finanziamento già assistito da ipoteca e da patto marciano sia fatto oggetto di surrogazione (nel qual caso si porrebbe l'ulteriore problema di come realizzare sul piano della pubblicità immobiliare il subentro anche nella garanzia marciana).
- 100) Com'è stato acutamente osservato (S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744*, cit.), la norma solleva, con riferimento ai «contratto pendenti alla data di entrata in vigore della novella», «una (delicata) questione di



diritto intertemporale, una prevalenza del marciano andando qui palesemente a detrimento dei diritti dei creditori concorrenti, i quali abbiano sì iscritto o trascritto dopo l'ipoteca dell'istituto, ma facendo affidamento, nel valutare la solvibilità del comune debitore, sulle risultanze pubblicitarie correnti al momento dell'iscrizione del loro titolo, ove di detto marciano non v'era evidentemente traccia».

- 101)** Come insegna la migliore dottrina (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 582 s.), da una parte, il brocardo *in claris non fit interpretatio* poggia «sul presupposto che la norma sia un'unità logica ben isolata empiricamente», dall'altra, «la norma non è mai sola, ma esiste ed esercita la sua funzione all'interno dell'ordinamento, e il suo significato muta con il dinamismo e la complessità dell'ordinamento medesimo; sì che s'impone un'interpretazione evolutiva della legge» e «gli enunciati normativi espressi non sono in sé conclusivi: essi vanno esplicitati in conformità a ciò che dispone la tavola dei valori a fondamento dell'ordinamento».
- 102)** A. Chianale, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in Riv. Not., 2016, III, 754, segnala che, per il mutuo ai consumatori, la nuova disposizione precisa espressamente che la nuova disposizione opera “fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c.”
- 103)** Perplessità interpretative suscita poi l'ambigua formula “restituire” utilizzata nel testo dell'art. 120 quinquiesdeciesTub
- 104)** Sul divieto del patto commissorio la letteratura, anche recente, è amplissima. Fra tutti C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in Giur. Compl. Cass. civ., 1945, I, 161; G. Pugliese, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in Riv. Dir. Civ., 1956, I, 1071; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 335 ss., ora in *Diritto Civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 360 ss.; G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense ed italiana*, Milano, 1974; G. Tucci, voce *Garanzia. III) Diritti di garanzia – dir. comp. e stran.*, in Enc. Giur., XIV, Roma, 1989; E. Gabrielli, *Il pegno “anomalo”*, Padova, 1990; G. Piepoli, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980; F. Carnelutti, *Note sul patto commissorio*, in Riv. dir. Comm. 1916, II, 887 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; F. Anelli, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; A. Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; O. T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, 16 ss. In giurisprudenza Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in Nuova giur. civ. comm., 1985, I, 97, con nota di E. Roppo; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, in Nuova giur. civ. comm., 1987, I, 742; Cass. Sez. Un. 29 aprile 1989, n. 1907, in Giust. civ., 1989, I, 1821, con nota di M. Costanza, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*; Cass. 6 luglio 1990, n. 7161, in Corr. giur., 1990, 1137, con nota di A. Busani, *La Cassazione ritorna sull'alienazione in garanzia*; Cass. 19 settembre 1992, n. 10749, in Giust. civ., 1993, I, 3055; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in Corr. giur., 1995, 1360; Cass. 4 novembre 1996, n. 9540, in Riv. Not., 1998, 1013; Cass. 27 maggio 2003, n. 8411, in Giust. civ., 2004, I, 3121; Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in Giust. civ. Mass., 2004, 7; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621, in Giust. civ., 2007, 12, 2716.
- 105)** Cass., sez. un., 3.4.1989, n. 1611; Cass., sez. un., 21.4.1989, n. 1907 in De Jure
- 106)** Cass. 28.1.2015, n. 1625; nello stesso senso Cass. 9.5.2013, n. 10986 in De Jure
- 107)** Cass. 18.3.2015, n. 5440 in De Jure
- 108)** Cass. 10.3.2011, n. 5740 in De Jure
- 109)** Cass., 17.3.2014, n. 6175 in De Jure
- 110)** Cass., 10.3.2011, n. 5740, cit.
- 111)** Nel senso del testo, pur evidenziando come si tratti di un problema aperto, A. Chianale, *Qualche pensiero cit.*, 754 ss.
- 112)** così dubitativamente S. Pagliantini, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.*, in Nuove leggi civ. comm., 2016, 948
- 113)** A. Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 309 ss.
- 114)** S. Pagliantini, op. ult. cit., 965
- 115)** S. Pagliantini, op. ult. cit., 966, nota 121



CONSIGLIO  
NAZIONALE  
DEL  
NOTARIATO

- 116)** S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 965  
**117)** S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 967  
**118)** Così S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 955, che richiama L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale, cit.*, 213 ss.  
**119)** Certamente non sfugge che il meccanismo potrebbe essere utilizzato in frode ai creditori concorrenti; basti pensare ad una concessione di credito a lungo termine, che rinvia ad un tempo futuro assai remoto il momento restitutorio e quindi la definizione dell'esito delle garanzie, con la conseguenza che ai creditori concorrenti, pur dotati di crediti scaduti ed esigibili, sarebbe di fatto preclusa una azione esecutiva immediata sui beni in questione ed anche sull'eventuale supero, con un inevitabile differimento della soddisfazione delle loro ragioni creditorie.

*(Riproduzione riservata)*