

CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

Studio n. 1-2017/C

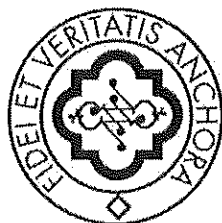
Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario

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 dottrinale 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.*

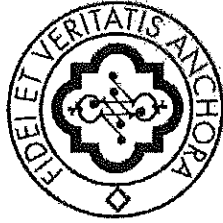
Sommario: 1. Considerazioni generali (R. Lenzi); 2. Il prestito vitalizio ipotecario (R. Lenzi); 3. Le esperienze straniere (R. Lenzi); 4. La riforma (R. Lenzi); 5. Pvi e patto marciano improprio (R. Lenzi); 6. L'effetto esdebitatorio (R. Lenzi); 7. La legittimazione a disporre (R. Lenzi); 8. Concorso 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).



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

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⁽¹⁾. 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



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e soprattutto assai arduo individuare una organicità sistemica 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.

...omissis...



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

...omissis...

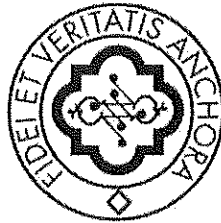
11. L'art. 48 bis, t.u. l. banc. (M. Tatarano)

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» ⁽⁷⁶⁾ «e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico» ai sensi dell'art. 106 t.u. l. banc. ⁽⁷⁷⁾ (comma 1).

Ebbene, la particolarità del contratto di cui si discute, sul piano oggettivo, consiste nella previsione ⁽⁷⁸⁾ che il credito del soggetto finanziatore venga garantito mediante il trasferimento a favore dello stesso o di una sua società controllata o collegata ⁽⁷⁹⁾ «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) ⁽⁸⁰⁾.

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⁽⁸¹⁾), 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⁽⁸²⁾:

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

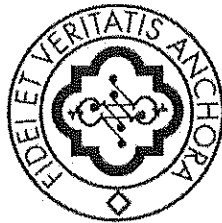
- di dodici mesi, sempre decorrenti dal momento specificato nel comma 5, «qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate [...] il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale».

Emerge dunque anche qui, così come nella fattispecie art. 120 *quinqüesdecies*, 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⁽⁸³⁾, 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⁽⁸⁴⁾.

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.*⁽⁸⁵⁾, 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.⁽⁸⁶⁾, precisandosi al comma 8 che «la condizione sospensiva di inadempimento»⁽⁸⁷⁾, «verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata», a seconda dei casi:

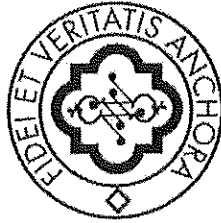
- qualora il valore stimato sia inferiore o pari al debito residuo inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento, «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima», per la quale peraltro non si prevede tuttavia una forma vincolata (la posta elettronica certificata 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⁽⁸⁸⁾, 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) ⁽⁸⁹⁾,

- «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 ⁽⁹⁰⁾, 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



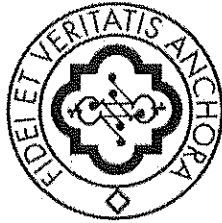
escluso che, una volta reso noto il valore stimato dal tecnico incaricato dal Presidente del Tribunale, insistere nell'attivazione del patto marciano possa al finanziatore non apparire più conveniente. Se è chiaro che l'assenza di ogni ulteriore pattuizione (originaria o sopravvenuta) al riguardo non 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)⁽⁹¹⁾ 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⁽⁹²⁾) 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 (ancóra 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⁽⁹³⁾.



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

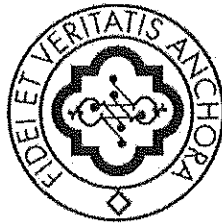
È chiaro che tutte le ipotizzate soluzioni negoziali dovrebbero essere adottate, oltre che nel rigoroso rispetto della generale normativa sulla trasparenza dei contratti bancari (cfr. artt. 115 ss., t.u. l. banc. e relative disposizioni attuative), pure nel rispetto del generale principio di buona fede, 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 conegni 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 marciana 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⁽⁹⁴⁾.



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 ⁽⁹⁵⁾ ipotesi di cui all'art. 120 *quinqüesdecies*, 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 ⁽⁹⁶⁾. 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:

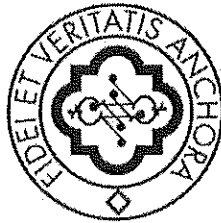
- qualora la stima riconosca all'immobile un valore superiore al debito residuo, il debito risulterebbe estinto ma varrebbe il regime ordinario della restituzione dell'eccedenza, essenziale al fine di evitare lo sconfinamento nel patto commissorio vietato, non potendosi quindi tecnicamente in tal caso 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.) ⁽⁹⁷⁾, il che rende necessario:

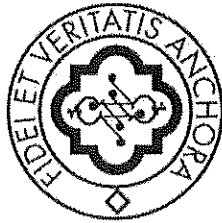
- una volta avveratosi l'evento condizionante nei termini anzidetti, procedere alla cancellazione della menzione stessa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668, comma 3, c.c., norma quest'ultima tuttavia in parte derogata dall'art. 48 *bis*, comma 9, t.u. l. banc., che consente al «creditore, anche 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» ⁽⁹⁸⁾,

- 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) ⁽⁹⁹⁾, 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 ⁽¹⁰⁰⁾.

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 ⁽¹⁰¹⁾, segna il momento a decorrere dal quale risulta prevalente quello del terzo aggiudicatario od assegnatario rispetto a quello del finanziatore procedente. 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

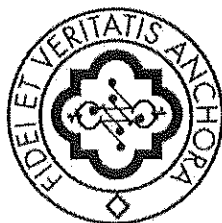


procedura può infine essere impiegata, nei limiti della compatibilità, pure nelle ipotesi di esecuzioni ex d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (comma 11) ed in caso di fallimento del titolare del diritto reale immobiliare intervenuto successivamente alla trascrizione del patto di cui al comma 1, nel quale 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⁽¹⁰²⁾. 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⁽¹⁰³⁾. 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:

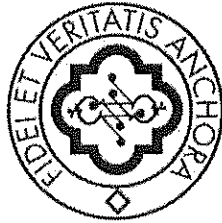
la restituzione del supero al debitore

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.

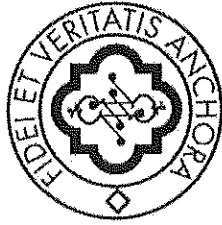
13. Il patto marciano di diritto comune nell'evoluzione giurisprudenziale (R. Lenzi)

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⁽¹⁰⁴⁾. 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

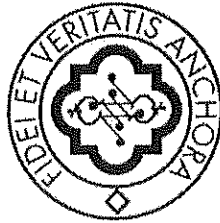


CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

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. ⁽¹⁰⁵⁾, 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



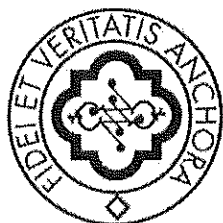
una clausola mirante «*ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito*» ⁽¹⁰⁶⁾. La previsione di una valida pattuizione marciana ha consentito di riconoscere validità ad un mandato irrevocabile a vendere conferito ad una banca in funzione di garanzia del finanziamento concesso ⁽¹⁰⁷⁾, rispetto a precedenti interventi in cui la Suprema Corte ⁽¹⁰⁸⁾ 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 ⁽¹⁰⁹⁾, 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 marciano 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 marciana, 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 svelando 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 marciano 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



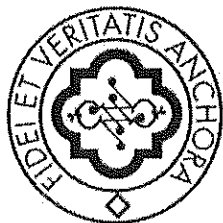
scadenza dell'obbligazione, del valore della *res* e della sua proporzionalità con il credito garantito, talché l'illiceità va verificata in concreto sul piano dell'equilibrio negoziale e della causa concreta quale emerge dal collegamento funzionale tra le pattuizioni poste in essere dai contraenti, 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*» ⁽¹¹⁰⁾. 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)

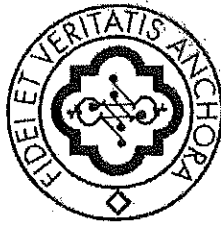
Alla luce di tale percorso definitorio, non sembra quindi che si possa affermare che le nuove disposizioni, insieme al riconoscimento della legittimità del patto marciano, ne fissano anche i limiti di applicazione, nel senso che, tipizzandone la morfologia, ne escludono ogni ulteriore utilizzazione al di fuori delle ipotesi eccezionali ivi previste ⁽¹¹¹⁾. 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 soddisfattivo dell'adempimento, per cui con le leggi speciali si avrebbe soltanto una epifania settoriale di una regola generale ⁽¹¹²⁾. 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⁽¹¹³⁾, 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⁽¹¹⁴⁾. 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 marciando 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⁽¹¹⁵⁾, al marciando 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 marciando 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⁽¹¹⁶⁾. 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 marciando, 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 ⁽¹¹⁷⁾. 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



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

persuasiva ⁽¹¹⁸⁾. 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 ⁽¹¹⁹⁾.

Raffaele Lenzi e Marco Tatarano

...omissis...