

Febbraio 2018

## **Patto marciano: osservazioni alla bozza di decreto attuativo in consultazione**

*Angelo Chianale, Notaio in Torino, Professore Ordinario di Diritto Civile all'Università di Torino*

### **1. Il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori**

La Dir. Mutui 2014/17/UE (finanziamenti ai consumatori), è stata recepita con il D.Lgs. 21.4.2016, n. 72 (in vigore dal 4 giugno 2016), che introduce nel TUB il nuovo art. 120-*quinquiesdecies*: “Fermo quanto previsto dall’articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l’estinzione dell’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo”. A questi fini “costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili”, fermo restando il diritto del finanziatore alla usuale risoluzione del mutuo ex art. 40 TUB. La stima del valore del bene è eseguita “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 una perizia successiva all’inadempimento”.

Il 5 co. attribuisce al Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con quello della Giustizia, sentita la Banca d’Italia, il potere di dettare disposizioni di attuazione delle disposizioni ora riportate. Il MEF ha reso pubblica la bozza di decreto qui in esame.

In nocciolo della disposizione di legge è apparentemente semplice: essa consente la clausola negoziale, che permette al creditore di vendere l’immobile ipotecato, oppure di divenirne proprietario, con il correttivo marciano (stima del valore e restituzione dell’eccedenza al debitore), con effetto esdebitativo anche il debito residuo supera il ricavato della vendita dell’immobili o il suo valore. Si presenta quindi una clausola

marciana parallela all'iscrizione ipotecaria, con le variegate conseguenze operative di cui si dirà tra breve.

La lettera della legge è alquanto ermetica: si contempla “la restituzione o il trasferimento del bene” dato in garanzia, oppure “dei proventi della vendita del medesimo bene”. L’art. 120-*quinquiesdecies*, co. 3 e 4, costituisce l’attuazione dell’art. 28, co. 4, della Direttiva Mutui: “Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito”. Perlomeno la versione italiana della Direttiva elimina l’incongruenza presente nei testi inglese, francese e tedesco, dove restituzione, trasferimento o vendita sono riferiti direttamente alla garanzia reale, anziché all’immobile dato in garanzia (*return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security; la restitution ou le transfert de la garantie ou du produit de la vente de cette garantie; die Rückgabe oder Übertragung der Sicherheit oder des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit*). Però il termine “restituzione” in realtà è privo di senso (esso curiosamente non compare nella versione in spagnolo della Direttiva). L’unica alternativa logica si basa sui due possibili esiti, in caso di inadempimento qualificato: trasferimento al finanziatore dell’immobile ipotecato; oppure vendita a terzi del bene con apprensione del ricavato ad opera del finanziatore.

## 2. La legittimazione del patto marciano

Per valutare la bozza di decreto è utile richiamare brevemente l’evoluzione del patto marciano. In Italia le alienazioni di beni in garanzia si sono sempre scontrate con il divieto del patto commissorio, sancito dall’art. 2744 c.c., con la indiscussa eccezione della cessione di crediti in garanzia. L’alienazione in garanzia di beni immobili era ammessa dagli interpreti se si presentava con i correttivi del patto marciano: è valida l’alienazione in garanzia con il duplice obbligo per il creditore, in caso di inadempimento, di far valutare da un terzo il valore del bene e di versare al debitore la differenza tra quel valore e il debito non pagato. In mezzo secolo le sentenze favorevoli si contano sulle dita di una mano perché le esigenze della prassi, che richiedevano la stipula di patti commissori, non hanno potuto trovare alcuno sbocco costruttivo nell’esercizio della *ars notaria*, e sono state indirizzate verso contratti simulati.

In questo quadro è intervenuta la Cassazione, che ha fissato i limiti entro i quali l’interprete deve muoversi (Cass., 28.1.2015, n. 1625, che conferma Cass., 21.1.2005, n. 1273, e Cass., 9.5.2013, n. 10986; segue poi Cass., 21.1.2016, n. 1075). Il patto marciano, secondo la Suprema Corte, ha un “effetto salvifico” perché ristabilisce l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e scongiura l’attuazione coattiva del credito senza controllo dei valori patrimoniali in gioco; è necessario che le parti prevedano “meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che ... permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito dal creditore, ed entità del credito”; che quindi si preveda “per il caso ed al

momento dell'inadempimento ... un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale... La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima ... L'essenziale è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito”.

Nell'arco di un paio di anni il legislatore ha innovato la materia ben cinque volte, con norme che modellano vari sottotipi di patto marciano in differenti ambiti: il prestito vitalizio ipotecario (l. 2.4.2015, n. 44), che permette al finanziatore di vendere il bene; l'art. 120-*quinquiesdecies* TUB, qui in esame; il c.d. decreto salva-banche (D.L. 3.5.2016, n. 59, convertito con L. 30.6.2016, n. 119), che all'art. 2, disciplina il “finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato”, introducendo nel TUB un nuovo art. 48-*bis*; ancora il c.d. decreto salva-banche introduce all'art. 1 il pegno non possessorio, consentendo al creditore di appropriarsi dei beni vincolati o di venderli sino a concorrenza del proprio credito; infine l'art. 1, co. 136 ss. della l. 4 agosto 2017, n. 124, relativo alla locazione finanziaria, che obbligano la società di leasing, che trattiene la proprietà del bene, a restituire l'eccedenza al cliente inadempiente.

### 3. La bozza di decreto attuativo

Sorgono però numerosi problemi applicativi, soltanto in parte affrontati dal decreto di attuazione. In generale si può osservare che il decreto adotta numerose regole tratte dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario e da quella del trasferimento marciano di cui all'art. 48 *bis* TUB.

Il decreto dispone di indicare nel quadro D della nota di iscrizione dell'ipoteca la pattuizione marciana. Ma la regola è incoerente, come vedremo, perché il quadro D non serve per rendere opponibile alcunché.

Il patto marciano non opera in modo automatico, pur in presenza di un inadempimento qualificato, ma richiede una dichiarazione con la quale il finanziatore manifesta la volontà di avvalersi del patto. Questa dichiarazione deve essere notificata al mutuatario, all'eventuale terzo datore di ipoteca, e a coloro che vantano diritti, anche successivi, risultanti da formalità pubblicitarie. L'attivazione del patto marciano si blocca in tre ipotesi: a) se il debitore effettua pagamenti successivi alla notifica predetta, di ammontare almeno pari alla metà del residuo non pagato; b) se il debitore fa pagamenti successivi di minore entità, ma il finanziatore li accetta e revoca la propria dichiarazione; c) se il mutuo prevede il potere di revoca del finanziatore in una nutrita serie di casi, tra i quali figurano gli atti di disposizione del bene fatti dal proprietario ipotecato, la presenza di irregolarità edilizie che lo rendono incommerciabile, l'assenza dell'abitabilità, la rilevante perdita di valore per atti imputabili al proprietario, l'impossibilità per il perito di accedere all'immobile per la stima, la differenza per oltre

un quarto tra la stima del perito e la valutazione fatta al momento della conclusione del mutuo. In sostanza viene riproposta buona parte degli eventi pregiudizievoli elencati nel decreto del Ministro dello sviluppo economico 22 dicembre 2015, n. 226, attuativo del prestito vitalizio ipotecario. La desistenza da parte del finanziatore, esercitabile sino al trasferimento o alla vendita del bene, è irrevocabile.

L'inadempimento qualificato, che permette al finanziatore di invocare la nuova disciplina, viene accertato: mediante riconoscimento, con atto autentico, da parte del debitore, insieme all'eventuale terzo datore di ipoteca; oppure mediante un'apposita decisione arbitrale, se pattuita nel mutuo, rimessa a un arbitro unico ex art. 808 ter c.p.c., nominato dal Presidente del tribunale dove risiede il mutuatario, se questi contesta la dichiarazione del finanziatore di avvalersi del patto marciano; oppure ancora mediante accertamento giudiziale. In ogni caso sono fatte salve le eccezioni spettanti al debitore che un terzo acquirente, il quale trascriva prima dell'accertamento dell'inadempimento, può opporre al creditore ex art. 2859 c.c.

Per la stima del bene si precisa la competenza territoriale per la nomina del perito, che spetta al Presidente del tribunale dove si trova l'immobile; si chiariscono i suoi requisiti di indipendenza; si richiama l'art. 120 *duodecies* TUB sugli standard affidabili per la perizia. Inoltre il decreto dichiara applicabile alla stima l'art. 1349, 1 co., c.c., che demanda al giudice la valutazione se essa manca o è manifestamente iniqua o erronea: ne segue che se al perito non è permesso accedere all'immobile (caso questo che consente la desistenza del finanziatore dall'utilizzo della clausola marciana), il finanziatore potrebbe chiedere al giudice la valutazione.

Il decreto attuativo regola nel dettaglio i due possibili esiti dell'inadempimento qualificato (trasferimento del bene al creditore, oppure vendita a terzi), di fronte al quale il finanziatore si avvale del patto marciano. Peraltro va considerato che la clausola marciana consente, di regola, entrambi gli esiti (pur nella differenza di stesura degli artt. 11 e 12); le parti ben possono, però, escludere sin dalla stipulazione del mutuo l'una o l'altra delle soluzioni.

Il primo esito è il trasferimento del bene al finanziatore, sospensivamente condizionato all'inadempimento, previsto dal patto marciano, con disciplina che l'art. 11 della bozza prende a prestito dall'art. 48 *bis* TUB. L'alienazione condizionata può anche essere disposta a favore di una società appartenente al medesimo gruppo del finanziatore, che possa acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari. Questo trasferimento in garanzia, che presenta il modello tipico del patto marciano, deve essere trascritto ex art. 2643 c.c. contro il debitore (o il terzo datore della garanzia) e a favore del finanziatore (o della società destinataria dell'alienazione in garanzia). Ne segue che l'opponibilità ai terzi dipende dalla trascrizione dell'alienazione in garanzia, anziché dalle regole pubblicitarie relative all'ipoteca, che invece non viene escussa. L'avveramento della condizione viene fatto constare con "atto notarile" (termine impreciso che vuole indicare atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizioni

autenticata), annotato a margine della trascrizione dell'alienazione in garanzia ex art. 2668 c.c.

Se il valore di stima è superiore al debito residuo, la condizione sospensiva si considera avverata al momento del versamento dell'eccedenza da parte del finanziatore: in questa ipotesi l'atto autentico predetto attesta l'esecuzione del versamento.

Il secondo esito è la vendita a terzi dell'immobile, che il finanziatore persegue al "miglior prezzo di realizzo" (art. 12), in forza del "conferimento di un mandato irrevocabile" incluso nel mutuo. Si ripropone qui il problema già sorto per il prestito vitalizio ipotecario, che il decreto purtroppo non affronta. La vendita del bene è stipulata dal finanziatore in nome e per conto del debitore proprietario dell'immobile (o del terzo datore di ipoteca). Cosa avviene se l'immobile ipotecato, prima che si concluda l'iter satisfattivo diviso dalla clausola marciana, è stato intanto alienato a terzi? L'art. 6 consente in questo caso al finanziatore di desistere dall'utilizzo della clausola e di iniziare l'ordinaria azione espropriativa. Ma se il finanziatore prosegue nell'utilizzo del patto marciano, deve limitarsi al trasferimento del bene, che prevale sull'acquirente perché trascritto, oppure può ancora procedere alla vendita del bene per soddisfarsi sul ricavato? Il mandato a vendere, conferito al finanziatore, secondo i principi generali si dovrebbe estinguere con l'alienazione fatta dal debitore (o dal terzo datore). Qui però quella estinzione non opera: infatti il co. 9 contempla l'ipotesi di vendita del bene, curata dal finanziatore, pur in presenza di titolari di diritti trascritti ai quali sia opponibile la vendita. Si consideri poi che la procedura di vendita del bene a terzi potrebbe essere vanificata da un debitore malizioso, che poco prima della vendita proceda egli stesso ad alienare (anche simulatamente) l'immobile: se ne seguisse l'estinzione del mandato a vendere il debitore sarebbe in grado di impedire la vendita a terzi a proprio piacimento.

Il problema grave, da risolvere con il decreto, è dunque la permanenza del mandato a vendere. A nulla serve indicare la clausola marciana nel quadro D della nota di iscrizione dell'ipoteca, richiesta dall'art. 2 della bozza: le menzioni nel quadro D hanno valore di mera pubblicità notizia e non di pubblicità dichiarativa. Neppure basta qualificare come "irrevocabile" il mandato: ex art. 1723 c.c. esso non si estingue soltanto per revoca, per morte e per sopravvenuta incapacità del mandante; l'esercizio del potere di vendita da parte del debitore estingue invece il mandato. Il problema è sorto anche nel prestito vitalizio ipotecario, dove però il mandato è dato dalla legge e si può ammettere che esso possa essere esercitato dal finanziatore anche nei confronti degli aventi causa del debitore. La bozza di decreto purtroppo non risolve il problema.

E' anche consentito che il mutuo preveda la possibilità per il debitore di curare personalmente la vendita, oppure di conferire un mandato irrevocabile a un professionista che svolge le aste giudiziarie, sempre restando impregiudicato il problema dell'estinzione del mandato a vendere sopra illustrato. Ancora il contratto può

prevedere, come avviene per il prestito vitalizio ipotecario, la riduzione del valore di stima di una percentuale non superiore al 15% per ogni 12 mesi di mancata vendita.

Ogni contestazione della stima fatta dal perito non pregiudica l'efficacia del trasferimento sospensivamente condizionato o della vendita del bene ad opera del finanziatore. L'accoglimento della contestazione incide esclusivamente sulla differenza da versare al debitore o al terzo datore.

Quando il valore dell'immobile trasferito al creditore oppure il ricavo della sua vendita superano il debito residuo, l'eccedenza viene versata dal finanziatore al debitore (o al terzo datore), ovvero ad altro avente diritto, inclusi i creditori con prelazione anteriore, dedotti gli oneri connessi con l'esecuzione della clausola marciana e le somme necessarie per la liberazione del bene dai vincoli a garanzia dei crediti con prelazione anteriore. Se il finanziatore può vendere, pagando gli *altri aventi diritto*, si deve concludere che il mandato a vendere può essere esercitato anche nei confronti dei successivi proprietari del bene. La clausola marciana può anche prevedere che il finanziatore paghi l'eccedenza ai terzi, che ne abbiano diritto in forza di atti trascritti o iscritti "ai quali è opponibile il trasferimento o la vendita del bene": la relativa procedura è minuziosamente descritta dall'art. 9. Nuovamente si presuppone che il potere di vendere il bene prevalga sui terzi con formalità successiva all'iscrizione dell'ipoteca.

Gli oneri connessi con l'esecuzione della clausola marciana, inclusi gli oneri fiscali, sono anticipati dal finanziatore e ne può essere richiesto il rimborso nei limiti dell'eccedenza dovuta al debitore (o al terzo datore).

L'effetto di esdebitazione è intimamente legato alla clausola marciana. Quindi se il finanziatore non si avvale di essa, ma opta per l'escussione dell'ipoteca secondo le regole generali, non si verifica alcun effetto liberatorio per il debitore, che rimane obbligato a pagare il debito che residua dopo la ripartizione della somma incassata in sede esecutiva.

Il mutuo può prevedere il divieto di alienare l'immobile concesso in garanzia fino all'estinzione dell'intero debito, a pena di decadenza dal beneficio del termine (art. 11, 6 co.). Questa disposizione ha l'effetto di individuare ex lege nella durata del mutuo (nella prassi bancaria anche quarantennale) il conveniente limite di tempo, che l'art. 1379 c.c. richiede per la validità dell'obbligo contrattuale di non alienazione. Poiché il vincolo ha efficacia soltanto obbligatoria, la norma aggiunge come sanzione la decadenza dal beneficio del termine; peraltro sembra applicabile anche la regola generale relativa al risarcimento del danno eventualmente causato dalla violazione.

Sul piano fiscale il decreto fa rientrare nell'agevolazione di cui al d.p.r. 601/1973 l'atto autentico di riconoscimento dell'inadempimento e gli atti di accertamento dell'avveramento della condizione sospensiva di inadempimento e mancato definitivo

avveramento di essa, quando invece il debito è adempiuto dal mutuatario, nonché le relative formalità.

#### 4. Osservazioni sulla bozza

La bozza di decreto può essere migliorata.

1. Intanto è opportuno eliminare il riferimento alla “restituzione” del bene, che appare superfluo: trasferimento al creditore (o alla società di gestione) oppure vendita a terzi sono le uniche modalità di attuazione della clausola marciana.

2. La menzione della clausola marciana nel quadro D della nota di iscrizione dell'ipoteca è del tutto inutile. Il trasferimento condizionato all'inadempimento va trascritto autonomamente ex art. 2643 c.c.; invece manca l'opponibilità ai terzi del potere di vendere il bene. Occorre quindi prevedere l'autonoma trascrizione della clausola marciana (contro il debitore o il terzo datore dell'ipoteca; a favore del finanziatore), chiarendo che il mandato a vendere non si estingue con l'alienazione del bene fatta dal debitore (o dal terzo datore) e che gli effetti della trascrizione della vendita fatta dal finanziatore prendono data dalla trascrizione della clausola marciana. In questo modo la trascrizione del patto marciano opera come prenotazione degli effetti della trascrizione della vendita, secondo lo schema accolto dal codice civile, ad esempio, per la trascrizione delle domande giudiziali (art. 2652 c.c.) o per la trascrizione del preliminare di vendita (art. 2645 bis c.c.). Così non occorre sancire l'opponibilità di un contratto (mandato) ai terzi titolari di diritti successivamente trascritti o iscritti sull'immobile, ma si risolve il problema prenotando gli effetti della trascrizione della vendita fatta dal finanziatore.

3. Nell'art. 11, co. 2 e 3, il termine “atto notarile” va sostituito con “atto pubblico o scrittura privata autenticata” (adoperato con maggior precisione nell'art. 7, co. 2, e nello stesso art. 11, co. 5).

4. Sul piano fiscale manca l'estensione delle agevolazioni del d.p.r. 601/1973 alla pattuizione marciana e in particolare al trasferimento dell'immobile in garanzia: pare ovvio che debba essere così, perché si tratta della concessione di garanzia per finanziamenti agevolati; ma indicare espressamente l'agevolazione per alcuni atti potrebbe far ritenere all'Agenzia delle entrate, che dovrà a sua volta dare istruzioni ai propri uffici, che ogni altro negozio non sia agevolato. Così pare che la perizia di stima del bene, il mandato a distribuire il ricavato della vendita a soggetti ai quali la clausola marciana è opponibile (art. 10, co. 2), e la procedura arbitrale di accertamento dell'inadempimento non siano agevolati, anche per il bollo. Meglio sarebbe estendere l'elenco degli atti e delle procedure agevolate, in particolare comprendendo il trasferimento dell'immobile sospensivamente condizionato.

5. Connesso al punto precedente, è opportuno, per non aumentare i costi a carico del consumatore, specificare che il finanziamento, il trasferimento dell'immobile

sospensivamente condizionato, il mandato irrevocabile a vendere e quello eventuale a distribuire il ricavato ex art. 10, co. 2, se contenuti nel medesimo atto, “si considerano come una sola stipula” (con le parole dell’art. 39, ult. co., TUB) ai fini dei compensi e dei diritti spettanti al notaio e ai fini della tassa di archivio notarile.