

Maggio 2018

L'art. 48 bis del TUB ed il c.d. “patto marciano” nei contratti di credito immobiliare

Alberto Debernardi, Studio Civile Associati

SOMMARIO: 1. Analisi di scenario. 2. L'art. 48 bis TUB: il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato. 3. Il patto marciano nei contratti di credito immobiliare ai consumatori.

1. Analisi di scenario

Il rapporto della Banca Mondiale “*Doing Business 2018*” ⁽¹⁾, colloca l'Italia al 46° posto - tra i 190 sistemi economici analizzati - nella classifica generale di competitività e al 108° posto con specifico riferimento al tema dell'esecuzione giudiziale degli obblighi contrattuali (“*enforcing contracts*”) ⁽²⁾.

Dal medesimo rapporto “*Doing Business 2018*” risulta che, in media, sono necessari in Italia 1.120 giorni per il recupero di un credito in via giudiziaria, a fronte dei 395 giorni richiesti in Francia, dei 499 giorni richiesti in Germania e dei 510 giorni richiesti in Spagna.

A conclusioni non difformi risulta giunta, altresì, la Commissione Europea che nel documento “*Justice Scoreboard 2017*” ⁽³⁾, elaborato annualmente, indica il sistema giudiziario italiano di risoluzione delle controversie civili e commerciali tra i meno efficienti in Europa.

I dati richiamati risultano di per sé sufficientemente eloquenti in merito alla nota e perdurante inefficienza della giustizia civile nazionale, che esplica rilevanti effetti, per quanto direttamente attiene all'ambito bancario, sull'offerta e sul costo del credito, sui correlati assorbimenti patrimoniali, nonché sulla gestione e sul “prezzo” dei crediti deteriorati.

¹⁾ Il documento è disponibile sul sito <http://www.doingbusiness.org>.

²⁾ Il rapporto “*Doing Business 2018*” definisce il tema di indagine “*enforcing contracts*” quale “*time and cost to resolve a commercial dispute and the quality of judicial processes*”.

³⁾ Il documento è disponibile al link <http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files>

L'analisi in termini prospettiva nazionale non muta le predette conclusioni riferite alla ridotta efficienza della giustizia civile.

Risulta ricorrente l'affermazione, contenuta nelle relazioni per l'inaugurazione dell'anno giudiziario, del consistente carico di lavoro cui è sottoposta la magistratura e della conseguente e inevitabile dilatazione delle tempistiche di recupero dei crediti ⁽⁴⁾.

Nelle premesse del recente *“Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia”* sottoscritto tra ABI e CONFINDUSTRIA nel febbraio 2018 si legge poi che *“i tempi lunghi delle procedure esecutive nel nostro Paese incidono negativamente sull'intero sistema economico. (...) l'efficienza della giustizia civile rappresenta uno dei fattori capaci di influire positivamente sulla crescita e sulla ripresa del Paese e il Governo, in questi ultimi anni, ha adottato alcune importanti misure volte proprio a favorire il recupero dei crediti anche attraverso l'escussione delle garanzie; l'introduzione del processo civile telematico e del tribunale delle imprese, che ha determinato una riduzione dei tempi delle cause civili, è stata rafforzata negli ultimi due anni da ulteriori interventi legislativi volti a rendere maggiormente efficaci, efficienti e meno onerose le procedure di recupero del credito”*.

Non è un caso, peraltro, che recenti interventi del legislatore italiano sono stati espressamente finalizzati ad efficientare la fase del recupero del credito ⁽⁵⁾ ed in tale solco pare collocarsi anche l'azione dell'Autorità di Vigilanza ⁽⁶⁾.

⁴⁾ In via esemplificativa, si riporta un estratto della *“Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di Appello di Milano”* presentata dal Presidente della Corte di Appello di Milano, Dott.ssa Marina Anna Tavassi nel gennaio 2018, nel quale viene evidenziato che *“si è registrato un incremento delle procedure esecutive immobiliari rispetto al precedente anno (16.638) e mobiliari, in numero di 4.417 al 31.12.2015, rispetto al 2014 (9.167) a conferma ulteriore della crisi economica in atto. Nella gestione delle medesime è risultata confermata la validità dello strumento della delega al professionista, pur operante in sinergia col giudice dell'esecuzione”*. Analoghe considerazioni sono contenute nella Relazione del Presidente della Corte di Appello di Roma, Dott. Luciano Panzani, di *“Inaugurazione Anno Giudiziario 2018”*, nella quale si legge che *“al 30 giugno del 2017 pendevano presso i Tribunali poco più di 24.000 esecuzioni immobiliari (un incremento dello 0,9% rispetto al 30/06/2016) e circa 37.000 esecuzioni mobiliari (+4% circa rispetto al periodo precedente). Di queste quasi il 73%, circa 27.000 procedure, sono pendenti presso il Tribunale di Roma. Diverso invece il discorso per quanto riguarda le procedure di esecuzione immobiliare, che sul territorio risultano avere una distribuzione molto più omogenea”*.

⁵⁾ In tal senso occorre ricordare il d.l. n. 83/2015 recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, il d.l. n. 59/2016 recante disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché il d.l. n. 50/2017 che modifica la l. n. 130/1999.

⁶⁾ La Circolare di Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 e successive modifiche ed integrazioni pone talune limitazioni alla possibilità per le banche di investire in immobili. Nel marzo 2018 Banca d'Italia ha messo in consultazione un documento attinente per l'appunto alle citate disposizioni di vigilanza e, nello specifico, agli investimenti in immobili, il quale, al fine di incentivare le banche all'utilizzo dei nuovi strumenti messi a disposizione del legislatore e per un più rapido processo di recupero dei crediti, propone alcune modifiche alla Circolare 285. Pur confermandosi i limiti generali agli investimenti in immobili,

In tale contesto, ove più voci richiamano la necessità di una gestione “attiva” dei crediti deteriorati ⁽⁷⁾, si innestano due nuove tipologie di garanzie bancarie previste dagli articoli 48-bis e 120-quinquiesdecies del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito, per brevità, “TUB”) che hanno in comune la prospettiva di ottimizzazione dei tempi e dei valori di recupero dei crediti bancari.

Prima di analizzare tali “nuove” discipline settoriali e speciali, occorre peraltro premettere che, a differenza di quanto previsto, ad esempio, in Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti, l’Italia per lungo tempo non ha avuto una disciplina sulle forme di escussione stragiudiziale delle garanzie immobiliari. Il sistema italiano risultava basato su due linee direttrici, ossia il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* (tuttora vigente) ⁽⁸⁾ e l’accentramento innanzi all’autorità giudiziaria per l’escussione delle garanzie.

necessari per evitare un eccessivo immobilizzo dell’attivo, si consente che detti limiti possano essere superati se gli immobili sono acquisiti nell’ambito del recupero dei crediti, senza alcun requisito aggiuntivo. Le stesse nuove disposizioni proposte in consultazione, inoltre, sopprimono l’obbligo di pronto smobilizzo e chiedono che la dismissione degli immobili avvenga in un arco di tempo ragionevole, tenuto conto dell’obiettivo di preservare il valore di realizzo.

⁷⁾ Segnatamente, le Linee Guida BCE sui crediti deteriorati indicano la necessità di adottare, da parte dei vertici aziendali delle banche, strategie e misure volte alla gestione attiva dei crediti deteriorati, sia in termini di riduzione dello *stock* esistente, sia in termini di individuazione ed implementazione delle dovute misure volte ad una corretta gestione dei crediti *in bonis* ai fini della riduzione e, se del caso, valorizzazione delle future partite deteriorate (*cf. Guidance to banks on non-performing loans*, disponibili su www.bankingsupervision.europa.eu).

Nel marzo 2018 è stato pubblicato un *addendum* alle linee guida BCE (*Addendum to the ECB Guidance to banks on non-performing loans: supervisory expectations for prudential provisioning of non-performing exposures*) il quale prevede che le autorità di vigilanza nazionali debbano determinare se le banche dispongono di metodologie e processi di accantonamento efficaci per poter assicurare l’adeguata copertura dei rischi legati ad esposizioni su crediti deteriorati (anche tenendo conto della *anzianità* dell’esposizione). Nel determinare la propria aspettativa secondo la quale la BCE chiede che le banche realizzino i crediti con tempestività, anche fattori esterni alla banca possono portare a ritenere inefficacia la garanzia e considerare il credito non garantito. Tra questi fattori esterni l’*addendum* alle linee guida richiama espressamente i tempi necessari per la conclusione di un procedimento giudiziario (*the length of time it takes to conclude legal proceedings*). Questo comporta ripercussioni dirette sulle banche, dal momento che quest’ultime devono accantonare somme sufficienti in relazione alle loro esposizioni su crediti che, anche a causa delle elevate anzianità, possono arrivare ad essere considerati non garantiti da un punto di vista prudenziale.

⁸⁾ La giurisprudenza ha peraltro da tempo riconosciuto la legittimità del c.d. patto marciano. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, affinché la clausola marciana possa avere un effetto “salvifico” rispetto al divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*, occorre che la clausola stessa preveda, in caso di inadempimento del debitore, “*un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell’an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere*” al debitore (Cass. 28 dicembre 2015, n. 1625; in senso conforme, Cass. 9 maggio 2013, n. 10986).

E' bene precisare sin da ora che l'introduzione degli articoli 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* del TUB è avvenuta attraverso l'inserimento di previsioni di carattere settoriale e speciale, dovendosi ancora attendere l'introduzione di norme di carattere istituzionale e generale.

2. L'art. 48 bis TUB: il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato

L'art. 2 del D.L. 3 maggio 2016, n. 59 - convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016 n. 119 – (di seguito, per brevità, “Decreto Banche”) ha introdotto l'art. 48-*bis* nel TUB e, con esso, il “*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*”.

La formulazione testuale dell'articolo in parola indica in modo chiaro che trattasi di introduzione nel nostro ordinamento di una garanzia che consente il trasferimento di un immobile in favore del soggetto finanziatore (o di società allo stesso collegata o da questo controllata) a “condizione” dell’“inadempimento” del soggetto finanziato/impresa ⁽⁹⁾.

In particolare, al fine di potersi ritenere verificata la predetta condizione sospensiva, l'inadempimento del debitore deve assumere carattere “qualificato”, peraltro diversificato in relazione alla tipologia del finanziamento:

- nel caso di finanziamento con obbligo di rimborso a rate mensili, il mancato pagamento deve essersi protratto per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive;
- in caso di finanziamento con rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile, si ha inadempimento qualificato decorsi oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata;
- ove non sia prevista la restituzione dell'importo finanziato mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, si ha inadempimento qualificato decorsi oltre nove mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento.

Peraltro, nel caso di finanziamenti con rimborso rateale che siano stati rimborsati in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il termine a partire dal quale si deve calcolare il mancato pagamento è ampliato da nove a dodici mesi ⁽¹⁰⁾.

⁹⁾ E' espressamente escluso il trasferimento di immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge, o di parenti e affini del proprietario entro il terzo grado.

¹⁰⁾ Tale disposizione, introdotta in sede di conversione in legge del Decreto Banche, è volta a tutelare il debitore che si trovi in una situazione di temporanea difficoltà, ma che abbia già adempiuto a gran parte della propria obbligazione di pagamento concedendo a quest'ultimo un termine maggiore per evitare l'attivazione di una misura particolare gravosa, quale è quella della sottrazione del diritto reale sul bene, a fronte di un inadempimento di non rilevante entità.

Qualora ricorra una delle condizioni di inadempimento appena descritte, e il finanziatore decida di avvalersi della garanzia, si avrà il trasferimento dell'immobile in esito al seguente *iter*:

- il finanziatore deve “notificare” a tutti gli interessati (quali il debitore, il terzo datore di ipoteca e soggetti che vantano diritti sul medesimo immobile oggetto di garanzia) una dichiarazione nella quale afferma di volersi avvalere della clausola di garanzia pattuita nel contratto di finanziamento, precisando l'ammontare del credito vantato;
- decorsi 60 giorni da tale notifica, il Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile, su richiesta del creditore procedente, nomina un perito incaricato della stima del bene ⁽¹¹⁾.

A questo punto, si profilano due possibili scenari: qualora il valore dell'immobile o del diritto reale stimato dal perito risulti superiore al debito residuo, al quale andranno aggiunte tutte le spese e i costi di trasferimento del bene, il finanziatore ha l'obbligo di corrispondere tale eccedenza al debitore o al terzo garante (sul conto corrente indicato dalle parti in contratto sin dalla sottoscrizione), e la condizione sospensiva si intenderà realizzata nel momento in cui è corrisposto il pagamento di tale eccedenza.

Se invece il debito residuo risulta maggiore rispetto alla stima operata dal perito nominato dal Presidente del Tribunale, la condizione sospensiva si intenderà realizzata sin dal momento in cui il creditore ha ricevuto la comunicazione di stima da parte del perito.

Peraltro, è bene evidenziare che le parti possono pattiziamente prevedere un *iter* alternativo rispetto a quello appena descritto. L'accordo sottoscritto tra ABI e Confindustria nel febbraio 2018 precisa che possono altresì essere concordate specifiche clausole che integrano il quadro della normativa di riferimento sopra descritto e volte, ad esempio, a prevedere che in caso di stima del valore dell'immobile che si discosti sensibilmente da una soglia predeterminata dai contraenti, ciascuna delle parti può interrompere l'esecuzione della clausola *ex art. 48 bis del TUB* ed azionare l'ordinaria procedura esecutiva.

¹¹⁾ Entro sessanta giorni dalla nomina, il perito dovrà fornire, con relazione giurata, una stima del diritto reale immobiliare, tenendo conto anche del valore attuale di mercato dello stesso *ex art. 568 c.p.c.* e lo comunica entro sessanta giorni ai soggetti interessati come sopra esemplificati, ai quali è attribuito un ulteriore termine di dieci giorni per trasmettere eventuali note al perito. Il perito, per poter assumere l'incarico, non deve trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità disciplinate dall'art. 51 c.p.c. avente ad oggetto il giudice. Anche la Corte di Cassazione, con sentenza n. 16257/2015, ha stabilito che il perito cui è affidata la stima debba essere “persona indipendente ed esperta”. Le eventuali contestazioni, peraltro, non hanno l'effetto di sospendere il procedimento, che prosegue il suo *iter*, ma incidono unicamente sulle somme che il debitore si potrà veder corrispondere.

Non solo. Dal momento che il bene immobile potrebbe essere venduto ad una somma inferiore rispetto al credito residuo vantato dalla banca, ritenuto che il patto *ex art. 48-bis* TUB non prevede alcun effetto esdebitatorio *ex lege*, trattandosi di vendita in funzione di garanzia e non di *datio in solutum*, il sopracitato accordo ABI-CONFINDUSTRIA afferma che le parti possono inserire in contratto una clausola per la quale l'acquisto da parte della banca dell'immobile comporta l'integrale estinzione del debito residuo e l'esdebitazione dell'impresa debitrice. In assenza di tale accordo, si ritiene, non si produrrebbe alcuna esdebitazione in automatico con l'esecuzione del patto *ex art. 48 bis* del TUB.

Descritta brevemente la fattispecie del “*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*” è opportuno in primo luogo annotare che risulta apprezzabile l'equiparazione del patto *ex art. 48 bis* del TUB in analisi all'ipoteca, equiparazione espressamente prevista dal comma 13-*bis* dell'art. 48-*bis* TUB in caso di iscrizione ai sensi dell'art. 2839 c.c.. Tale equiparazione implica, secondo i principi civilistici generali, la prevalenza della trascrizione del patto *ex art. 48 bis* del TUB su tutte le trascrizioni ed iscrizioni eseguite in epoca successiva.

Non solo. Il comma 13-*ter* dell'art. 48-*bis* TUB prevede che la trascrizione del patto produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c., per cui prenderanno lo stesso grado del credito le spese del contratto di trasferimento, quelle di trascrizione e quelle ordinarie occorrenti per l'intervento nel processo di esecuzione.

Ma l'aspetto di maggiore interesse e peculiarità attiene ai finanziamenti già garantiti da ipoteca.

Qualora il finanziamento fosse stato già garantito da ipoteca e, solo in un momento successivo, le parti abbiano deciso di “aggiungere” l'ulteriore garanzia di cui al trasferimento sospensivamente condizionato ⁽¹²⁾, quest'ultimo prende il grado della (precedente) ipoteca, prevalendo su eventuali trascrizioni ed iscrizioni precedenti al patto, ma successive all'ipoteca che originariamente garantiva il finanziamento.

Alla trascrizione del patto *ex art. 48 bis* del TUB è quindi attribuita efficacia retroattiva fino dalla data in cui è stata iscritta l'ipoteca e, pertanto, non saranno opponibili al finanziatore eventuali formalità intervenute tra iscrizione ipotecaria e la successiva trascrizione del patto.

Sempre a tale riguardo, l'accordo che “trasforma” l'originario contratto di credito in un finanziamento ai sensi dell'art. 48-*bis*, TUB e sostituisce l'originaria ipoteca con la proprietà condizionata in funzione di garanzia, può intervenire, in deroga agli artt. 2913 e 2914 c.c., anche dopo l'avvio di una procedura esecutiva sull'immobile dato in garanzia, purché prima della pronuncia del decreto di vendita, di aggiudicazione o di

¹²⁾ Ad esempio, in sede di rinegoziazione del rapporto.

assegnazione (l'originaria ipoteca deve, in ogni caso, essere stata iscritta prima dell'avvio della procedura).

Attraverso tale speciale previsione, pertanto, il finanziatore ed il debitore potrebbero “convertire” la (preesistente) garanzia ipotecaria in una alienazione condizionata, da farsi valere con l'assegnazione del bene nell'ambito dello stesso processo esecutivo e senza pregiudizio per gli altri creditori, dal momento che il concorso del finanziatore (inizialmente ipotecario e successivamente divenuto acquirente condizionato) deve avvenire nei limiti dell'originaria prelazione previsti dall'art. 2855 c.c..

A fronte dei menzionati profili di indubbia utilità per il soggetto finanziatore, possono peraltro essere individuati taluni profili di criticità.

Profilo critico della disposizione in esame è rappresentato dal rapporto - non espressamente disciplinato dalla normativa in esame - tra il patto marciano *ex art. 48-bis TUB* e le prelazioni aventi fonte legale.

In linea di principio, potrebbe apparire connaturata alla funzione stessa delle prelazioni di fonte legale la loro prevalenza su trasferimenti di carattere negoziale (quale quello disciplinato dal patto *ex art. 48 bis* del TUB inserito nel contratto di finanziamento).

Tale considerazione dovrebbe condurre a reputare inefficace l'effetto traslativo di cui al patto *ex art. 48-bis TUB* ogniqualvolta, ad esempio, l'immobile faccia parte dell'azienda esercitata da un'impresa familiare (*ex art. 230 bis*, comma 5, c.c.), oppure rientri nella quota oggetto di alienazione a terzi ad opera del coerede (c.d. “retrato successorio” *ex art. 732 c.c.*) o, ancora, quando si tratti di immobili soggetti a particolari vincoli storico-artistici e lo Stato eserciti la prelazione ⁽¹³⁾.

Occorre altresì considerare il possibile ulteriore profilo di criticità individuabile nel rapporto con le procedure concorsuali.

In particolare, considerato che il patto *ex art. 48-bis TUB* potrebbe essere assimilato, in sede fallimentare, ad “atto costitutivo di diritti di prelazione”, tale patto potrà essere suscettibile di revocatoria:

- quale “atto anomalo”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, comma 1, nn. 3) e 4), l. fall., se il patto di alienazione è successivo alla conclusione del finanziamento, anche come rinegoziazione di un debito già scaduto. Ciononostante, dal momento che viene attribuita continuità qualora il

¹³⁾ A una diversa conclusione potrebbe giungersi “*solo nel caso in cui il trasferimento di cui al patto marciano dovesse assimilarsi, quoad effectum, a una datio in solutum, giacché in tal caso non sarebbe probabilmente esercitabile il diritto di riscatto; a condizione, naturalmente, che l'operazione non sia connotata da illiceità (frode alla legge, motivi illeciti comuni ai contraenti, ecc.). Ma la qualificazione dell'istituto in questi termini (...) non pare agevolmente predicabile*” (S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto Marciano*, in *Dir. Fall.*, 2016, p. 1081).

finanziatore prima della trascrizione del patto fosse già garantito da ipoteca, l'iscrizione di quest'ultima in un periodo antecedente al periodo sospetto di cui alla norma citata dovrebbe far ritenere inapplicabile la disciplina revocatoria al patto intervenuto successivamente all'ipoteca;

- quale “atto normale”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, comma 2, l. fall., se riguarda un debito contestualmente creato, se è stato concluso nei sei mesi che precedono la dichiarazione di fallimento e se vi è prova che il finanziatore conosceva lo stato di insolvenza dell'imprenditore.

3. Il patto marciano nei contratti di credito immobiliare ai consumatori

L'art. 1, comma 2, del d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (di seguito, per brevità, “Decreto Mutui”) ha introdotto, all'interno del TUB, un Capo I-bis rubricato “*Credito immobiliare ai consumatori*”, nel quale si innesta l'art. 120-*quinquiesdecies* che detta la disciplina dell'inadempimento del consumatore.

Il delicato bilanciamento tra l'esigenza di un efficiente e rapido recupero del credito in caso di inadempimento del cliente e l'esigenza di protezione in capo alla “parte debole” del rapporto (il cliente consumatore) è stato raggiunto dal legislatore attraverso un sistema bifasico che è stato definito “*stop e go*” (14).

Tale sistema rispecchia il *favor* a livello comunitario e nazionale verso forme di conservazione del rapporto (15) e impone l'adozione, da parte del finanziatore, di procedure per la gestione proattiva del rapporto con il consumatore che si trovi in uno stato di difficoltà ad adempiere alla propria obbligazione di pagamento (*cf.* art. 120-*quinquiesdecies*, comma 1, TUB) (16).

14) F. Civale, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, consultabile su www.dirittobancario.it.

15) Orientamenti EBA su “*arrears and foreclosure*” (EBA/GL/2015/12), disponibili sul sito internet dell'EBA e Provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009 e successive modificazioni e integrazioni, Sezione VI *bis*, paragrafo 8.

16) Il considerando n. 27 della Direttiva 2014/17/UE espressamente prevede che “*Considerate le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria, è opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce e che si disponga delle misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento. Ove possibile è opportuno trovare soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento. Qualora dopo la procedura di pignoramento permangano debiti residui, gli Stati membri dovrebbero garantire condizioni minime di sussistenza e porre in essere misure che facilitino il rimborso evitando, al contempo, il sovraindebitamento a lungo termine. Almeno nei casi in cui il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore gli Stati membri dovrebbero incoraggiare i creditori ad adoperarsi ragionevolmente per ottenere il miglior prezzo possibile per il bene immobile pignorato alle condizioni di mercato*”.

Solo l'inutile esperimento della prima fase ("stop") consente l'accesso alla seconda fase ("go") di escussione delle garanzie immobiliari.

In particolare, l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB ha introdotto la facoltà di convenire, al momento della conclusione di un contratto di finanziamento, una clausola espressa che disciplini le conseguenze dell'inadempimento del cliente.

In base a tale clausola (che configura, appunto, il "patto marciano"), l'inadempimento del cliente ⁽¹⁷⁾ consente al finanziatore di attivarsi per la "restituzione" o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale, restituzione o trasferimento che comporta l'integrale estinzione del debito residuo del cliente anche laddove il valore dell'immobile "restituito" o il ricavato della sua vendita siano inferiori rispetto al debito residuo ⁽¹⁸⁾.

Dunque, a differenza dell'art. 48-*bis* TUB, il "patto marciano" *ex art.* 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB configura espressamente una forma di esdebitazione *ex lege* del consumatore.

Vi sono poi ulteriori caratteristiche del "patto marciano" *ex art.* 120-*quinquiesdecies* distintive rispetto all'art. 48-*bis* TUB, ossia:

- l'impossibilità per il finanziatore di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione del "patto marciano";
- l'impossibilità per il finanziatore di pattuire la clausola in sede di surrogazione ai sensi dell'art. 120-*quater* del TUB;
- la necessità di assistenza gratuita al consumatore da parte di un consulente al fine di consentire al consumatore stesso di valutare la convenienza della clausola;
- la necessità che il valore dell'immobile sia stimato, in caso di mancato accordo tra le parti e in epoca successiva all'inadempimento, da un perito nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità dell'art. 696 c.p.c..

Il Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero di giustizia, sentita la Banca d'Italia, è chiamato ad emanare le disposizioni di attuazione per la corretta applicazione del "patto marciano" *ex art.* 120-*quinquiesdecies* TUB.

Lo schema di provvedimento recante le misure attuative (di seguito, per brevità, lo "Schema di decreto") è stato posto in pubblica consultazione nel mese di gennaio 2018

¹⁷⁾ Trattasi di un inadempimento "qualificato", ossia configurabile solo in caso di mancato pagamento di un ammontare equivalente a 18 rate mensili.

¹⁸⁾ All'opposto, qualora il valore dell'immobile, quale stimato dal perito (ovvero l'ammontare dei proventi della vendita) fosse superiore al debito residuo, il consumatore avrebbe diritto all'eccedenza.

e, alla data di pubblicazione del presente contributo, non risulta essere stato formalmente adottato il decreto definitivo.

L'inserimento del c.d. "patto marciano" *ex art. 120-quinquiesdecies* TUB in un contratto di credito immobiliare ai consumatori determinare una "facoltà" per il finanziatore, in caso di inadempimento del cliente consumatore, di evitare di intraprendere onerose procedure esecutive immobiliari giudiziarie, acquisendo l'immobile oggetto di ipoteca e potendo rivalersi sul prezzo ricavato dalla vendita.

Come opportunamente chiarito dallo Schema di decreto sopra richiamato, il finanziatore può decidere di risolvere il contratto di mutuo *ex art. 40, comma 2, TUB* ed azionare la procedura di espropriazione giudiziale, ovvero, in via alternativa, può azionare il "patto marciano" *ex art. 120-quinquiesdecies* TUB ed agire attraverso il procedimento stragiudiziale di escussione della garanzia ⁽¹⁹⁾.

Lo Schema di decreto ha altresì chiarito che al fine di non incorrere nel divieto, posto dalla fonte primaria, di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione del "patto marciano", la banca può procedere mediante la consegna al consumatore di due differenti documenti precontrattuali ⁽²⁰⁾, uno contenente il "patto marciano" e uno non contenente tale patto. Al riguardo, appare molto opportuna - in quanto preclude *in limine* possibili dubbi interpretativi - l'espressa previsione contenuto nella Schema di decreto secondo la quale i due contratti di credito proposti possono prevedere condizioni economiche differenti (e, si ritiene, agevolate per il contratto contenente il "patto marciano").

Risultano altresì opportunamente e compiutamente regolati, sempre nello Schema di decreto, i casi di "desistenza" da parte del finanziatore, che può notificare al debitore una dichiarazione, appunto, di desistenza dall'intenzione di avvalersi del "patto marciano".

Passando al profilo delle potenziali criticità connesse al patto marciano nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, si rileva in primo luogo che, tanto nella norma primaria, quanto nello Schema di decreto, risulta solo tratteggiata e non opportunamente definita la disciplina della "vendita privata" nell'*art. 120 quinquiesdecies* del TUB.

Sebbene nello Schema di decreto si prevedono diverse strade percorribili (mandato irrevocabile al finanziatore, vendita da parte del consumatore, conferimento di mandato irrevocabile a notaio, avvocato o dottore commercialista) sarebbe auspicabile che, in

¹⁹⁾ In modo non dissimile da quanto previsto in relazione al patto di cui all'*art. 48-bis* TUB, è prevista la "notifica" nei confronti del consumatore (nonché del terzo datore di ipoteca e di coloro che hanno diritti anche successivi derivanti da titolo iscritto o trascritto sullo stesso immobile) della dichiarazione con la quale il finanziatore manifesta espressamente la volontà di avvalersi della clausola.

²⁰⁾ Si tratta del Prospetto Informativo Europeo Standardizzato (PIES), ossia il modulo attraverso il quale sono fornite al consumatore le informazioni personalizzate relative al contratto di credito, ai sensi dell'*art. 120-novies* TUB.

sede di normativa secondaria, il legislatore declinasse la procedura di vendita privata *ex art. 120 quinquiesdecies* del TUB.

E' di tutta evidenza che i soggetti da tutelare nell'ambito della procedura di vendita "privata" dell'immobile sono molteplici, ossia debitore, creditore procedente, possibile terzo acquirente dell'immobile e possibili ulteriori creditori.

L'assenza di una disciplina della c.d. vendita "privata", ove la stessa non fosse declinata in sede di normativa secondaria, potrebbe essere foriera di notevoli incertezze operative e di conseguente conflittualità nei rapporti con i debitori esecutati.

In merito, si potrebbe attingere, con la dovuta ponderazione data delle specificità dell'ordinamento nazionale, anche alle esperienze dei paesi esteri in cui risulta prevista e disciplinata la c.d. "*non judicial foreclosure*" e la c.d. "*repossession*".

Ulteriori e rilevanti criticità sono connesse all'assenza, nell'attuale disciplina del patto marciano nei contratti di credito immobiliare con i consumatori, di una specifica disciplina in tema di pubblicità immobiliare ⁽²¹⁾, assenza che riverbera rilevanti conseguenze in relazione alle forme di escussione della garanzia.

Di per sé, per quanto concerne le forme di escussione della garanzia, l'art. 120 *quinquiesdecies* del TUB sembrerebbe testualmente consentire sia il "*trasferimento*" del bene immobile, sia il trasferimento "*dei proventi della vendita del medesimo bene*" ⁽²²⁾.

Sembrerebbe quindi consentita l'attivazione della garanzia *ex art. 120 quinquiesdecies* del TUB anche senza il "*trasferimento*" del bene immobile, ossia attraverso una vendita senza preventivo trasferimento del bene alla Banca. Tale modalità di realizzo (vendita senza preventivo trasferimento del bene) consentirebbe alla Banca di non assumere gli

²¹⁾ Pare doveroso precisare che, diversamente dall'art. 48 *bis* del TUB, l'art. 120 *quinquiesdecies* del TUB non tratta in alcun modo il tema del regime delle pubblicità immobiliari

²²⁾ In senso favorevole alla possibilità di "modulare" la disciplina del patto marciano si è espressa una parte della dottrina. In particolare, è stato rilevato che "*la convenzione marciano può venire congegnata dalle parti nella maniera più varia. Essa potrà avere una struttura diversa da quella disegnata dall'art. 48-bis e dall'art. 120-quinquiesdecies TUB, e potrà essere modellata secondo schemi corrispondenti a quelli emersi dalla prassi del patto commissorio. Potrà aversi, perciò, un patto marciano con effetto traslativo sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore o con effetto traslativo immediato risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore; un patto marciano che obbliga il debitore a trasferire il bene al verificarsi dell'inadempimento; un patto marciano autonomo ovvero collegato ad un pegno o ad una ipoteca sul bene destinato ad essere trasferito in proprietà al creditore, e via dicendo. Ciò che non può far difetto, perché la convenzione sia valida, è la previsione di un congegno effettuale che assicuri al debitore il diritto di ottenere l'eccedenza nei casi in cui il valore del bene destinato all'autosoddisfacimento superi l'entità del debito, in base ad una stima da eseguire dopo l'inadempimento, secondo criteri di oggettività dei valori e di terzietà del perito*" (A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, pagg. 10 e ss.)

oneri per la conservazione del bene e consentirebbe al debitore di non dover rilasciare l'immobile stesso sino all'avvenuta vendita ⁽²³⁾.

Le criticità di tale vendita senza preventivo trasferimento del bene, che potrebbe rispondere agli interessi tanto della Banca creditrice quanto del cliente debitore, sono legate all'assenza di uno specifico regime che disciplini la pubblicità immobiliare di tale patto sotto il profilo delle trascrizioni degli atti relativi a beni immobili. Tale carenza di disciplina, peraltro, dovrebbe essere colmata con una normativa primaria, incidendo sul regime delle trascrizioni.

²³⁾ In caso di vendita senza preventivo trasferimento del bene alla Banca, peraltro, risulterebbe opportuno prevedere con il patto marciano un mandato a vendere irrevocabile (*power of sale*), nonché una preventiva notifica al debitore ed ai terzi titolari di diritti sull'immobile di un "avviso di vendita" (*notice of sale*).