

La resistibile ascesa del patto marciano

di *Giovanni D'Amico*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Disciplina legislativa del “patto marciano” e crisi del processo esecutivo. – 3. Il “patto marciano” nel nuovo art. 48-*bis* T.U.B. – 3.1. Analisi della disciplina normativa: *a*) l’“inadempimento” che consente l’attivazione della clausola marciana. – 3.1.1. *Segue*. – 3.2. *b*) l’esdebitazione quale conseguenza del trasferimento del diritto. Confronto con la disciplina del prestito vitalizio ipotecario. – 3.3. Su alcuni profili di disciplina relativi agli effetti della trascrizione del patto marciano, e al fallimento del debitore. – 3.4. Il problema della qualificazione del patto marciano previsto e regolato dall’art. 48-*bis*. – 3.5. Qualche conclusione (provvisoria) sulla “attrattività” del patto marciano *ex art.* 48-*bis*. – 4. Il “patto marciano” previsto dal “Decreto-mutui” n. 72/2016. – 5. Il prestito vitalizio ipotecario secondo la L. 44/2015 e i poteri di “autotutela” attribuiti alla banca creditrice. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Esaminando e decidendo un’ennesima controversia in materia di *lease back*, e valutando il tipo di pattuizioni che possono evitare che l’operazione economica in questione incorra in una sanzione di invalidità per violazione del divieto del patto commissorio, la Cassazione tracciava – non più tardi di un paio di anni fa – una sorta di “profilo” del patto marciano, confermandone (in conformità – del resto – ad una lunga tradizione) la idoneità a neutralizzare i possibili inconvenienti (in particolare in punto di “equilibrio sinallagmatico”) che sono alla base (secondo l’opinione, ribadita – anche in questa occasione – dai giudici della Corte) del divieto delle alienazioni commissorie (a scopo di garanzia)¹.

¹Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, 791 ss., con commento di SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*; nonché in *Giur. it.*, 2015, I, 2341 ss., con commento di VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*.

La pronuncia è interessante sotto molteplici profili, e anzitutto perché si ritrova in essa il tentativo di individuare nell'ordinamento una trama di disposizioni nelle quali la realizzazione (coattiva) dei diritti del creditore *in via di autotutela*² è esplicitamente prevista (e ammessa) dallo stesso legislatore, epperò salvaguardando anche l'interesse del debitore (e – aggiungiamo – degli altri creditori) a che quel creditore non riceva “più di quanto in effetti gli spetti”³.

²Non tutte le disposizioni che citeremo possono ricondursi al concetto tecnico di “autotutela”, e, in particolare, di “autotutela esecutiva” (su cui v., ad es., BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984; e cfr. altresì BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 130), ma tutte sono accomunate dalla circostanza di consentire una realizzazione (coattiva) del diritto del creditore con l'assegnazione/attribuzione al medesimo di uno o più beni del debitore, beni rispetto ai quali il creditore acquisisce la proprietà o la facoltà di disporre (al fine di soddisfare il proprio credito).

³Vedremo più avanti come questo sia solo uno dei problemi che sono sollevati dal tema dell'autotutela creditoria. Un altro, non meno importante, problema consiste nel garantire che il bene (del debitore) sul quale avviene la realizzazione del credito sia “valorizzato” in maniera adeguata (garanzia che potrebbe non essere, di per sé, assicurata da una “liquidazione” affidata ad un soggetto, il creditore, il cui interesse è solo quello di realizzare il proprio credito).

Può osservarsi sin d'ora, inoltre, che la caratteristica della stipulazione marciana non è tanto quella di essere basata sul presupposto di una “equivalenza” (di valore) tra l'immobile oggetto di (eventuale) trasferimento e il credito garantito, quanto piuttosto di prevedere un meccanismo che non consenta al creditore di appropriarsi di una eventuale eccedenza (*verificata al momento dell'inadempimento*) del valore dell'immobile rispetto al credito *residuo*. Il che spiega perché sia ben possibile che il credito “garantito” possa essere, in origine, superiore al valore che in quel momento possiede l'immobile oggetto della “garanzia”, mentre al momento in cui si realizza l'inadempimento (evidentemente, solo *parziale*) del debito, il credito *residuo* possa risultare inferiore al valore dell'immobile (tanto che questo valore sia rimasto immutato rispetto all'epoca della conclusione del contratto, quanto che esso abbia subito invece delle variazioni).

Detto altrimenti, quel che differenzia veramente il “patto marciano” (lecito) dal “patto commissorio” (vietato) è l'*aestimatio*: la quale rileva però (è questo il punto) non tanto per il fatto di garantire una equivalenza *ab origine* tra credito e garanzia, ma piuttosto e soprattutto per il fatto di garantire detta equivalenza *nel momento in cui si realizza l'inadempimento*, e quindi con riferimento all'entità effettiva del credito “residuo” (che potrebbe essere anche di molto inferiore a quella originaria). Nel patto commissorio, invece, non è previsto un meccanismo per “adeguare” il valore del bene trasferito all'entità del credito “residuo”, che presuppone un avvenuto adempimento “parziale”; e l'effetto è simile a quello di una “clausola penale” il cui importo non possa essere ridotto neanche in caso di esecuzione parziale della prestazione, così addivenendo ad un risultato sicuramente iniquo (tant'è che l'art. 1384 c.c. lo impedisce). È dunque – *inter alia* – anche questa iniquità “potenziale”, insita nel patto commissorio (per la ragione e nell'ipotesi appena richiamata), a indurre il legislatore a ritenerlo inammissibile (*recte*: illecito). Si aggiunga, poi, che per questo stesso motivo, il patto commissorio può rivelarsi un incentivo per il debitore a non adempiere completamente l'obbligazione, nel timore che un adempimento (sol tanto) parziale non impedisca il trasferimento del bene al creditore, né imponga a quest'ultimo alcun obbligo di parziale restituzione (del valore) del bene.

Ben vero, dunque, che il divieto contenuto nell'art. 2744 c.c. integra gli estremi di una “nor-

Riprendendo l'esposizione che si legge nella pronuncia richiamata⁴, può ad es. ricordarsi l'art. 1851 c.c., il quale – con riferimento all'ipotesi in cui a garanzia di uno o più crediti sia stato costituito un pegno irregolare (vincolando depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre) – stabilisce che “la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti” (precisando che “la eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti”).

Ancora: nella cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss. c.c.) si prevede che i creditori, ai quali il debitore abbia conferito l'incarico di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne il ricavato a soddisfacimento dei propri crediti, debbano trasferire al debitore “il residuo”, ossia l'eccedenza del ricavato rispetto all'ammontare dei crediti da soddisfare (art. 1982 c.c.).

Vengono in rilievo, poi, le norme che: *a*) consentono al creditore pignoratizio di chiedere l'assegnazione (*in pagamento*) del bene, precisando che essa può essere chiesta «*fino alla concorrenza del debito*, secondo la stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato» (art. 1798 c.c.); *b*) in caso di pegno a garanzia di un credito scaduto, consentono *al creditore che abbia riscosso il credito* di «ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente» (art. 2803 c.c.), oppure di chiedere che «gli sia *assegnato in pagamento* il credito ricevuto in pegno, fino a concorrenza del suo credito» (art. 2804 c.c.).

Dall'insieme di queste (ed altre) disposizioni i giudici del Supremo Collegio ricavano un principio che, riferito al contratto di *lease back*, richiede che «sin dalla conclusione del contratto ... siano stati previsti *meccanismi oggettivi e procedimentalizzati* che, *sulla falsariga delle disposizioni ora ricordate*, permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito (...)».

Ciò può avvenire – essi scrivono – anche attraverso la previsione di una clausola marciana, a condizione che «essa preveda, per il caso ed al mo-

ma materiale”, onde esso vieta propriamente un “risultato” (quale che sia il mezzo attraverso il quale detto risultato possa essere conseguito). Ma il “patto marciano” sta fuori dall'orbita gravitazionale della norma in esame per la semplice ragione che esso non consente di raggiungere il risultato che quella vieta.

⁴ V., in particolare, il § 2.5 della motivazione.

mento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. (...) L'essenziale – concludono i giudici – è che dalla struttura del patto risulti 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 ...»⁵.

È qui tracciato (del resto in accordo con una configurazione consolidata e risalente della convenzione in esame) il profilo del “patto marciano”, di cui non è difficile scorgere i contorni nelle recenti epifanie legislative, che negli ultimi due anni hanno dato consistenza normativa ad una figura che sin qui era rimasta espressione esclusivamente dell'autonomia privata, e come tale sottoposta al controllo di meritevolezza (oltre che di liceità) da parte della giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi appunto sulla idoneità di una *alienazione in garanzia* circondata dalle “cautele” sopra evidenziate, a non incappare nel divieto del patto commissorio (sancito dall'art. 2744 c.c.).

È evidente che la prospettiva stessa di considerare il “patto marciano” come *diverso* dal patto commissorio (previsto dall'art. 2744 c.c., e da tale disposizione vietato) presuppone – specie nel pensiero della giurisprudenza – una chiara identificazione di quest'ultimo patto (o meglio *delle ragioni del suo divieto*) sulla base, verisimilmente, dei seguenti dati: *a*) la supposizione di un “abuso” che sarebbe ad esso sotteso, per l'approfittamento da parte del creditore di una situazione di debolezza del debitore nel momento in cui questi consente al trasferimento (non importa se condizionato sospensivamente o risolutivamente) del proprio diritto per l'ipotesi che si verifichi l'inadempimento dell'obbligazione⁶; *b*) l'idea che la stipulazione

⁵ Cass. n. 1625/2015, cit., § 2.5 della motivazione.

⁶ Il dato è esplicito nella motivazione di Cass. n. 1625/2015, cit., dove si legge (sempre al § 2.5 della motivazione) che deve ribadirsi che l'art. 2744 c.c. *presume* l'esistenza di una sproporzione (tra il valore del bene “alienato” e l'importo del credito “garantito”) e, dunque, l'approfittamento da parte del creditore.

È bene precisare che solo la supposizione di cui parliamo (ossia la presunzione di una *sproporzione tra il valore del bene alienato e l'importo del credito garantito*) avrebbe consentito (come, di fatto, ha consentito, anche prima dell'esplicito riconoscimento legislativo) di escludere dall'orbita del patto commissorio (in quanto caratterizzato da tale sproporzione, e *perciò* vietato

commissoria danneggi (non solo il debitore, ma) anche gli altri creditori, sottraendo agli stessi una parte del valore del bene, che altrimenti sarebbe stata attingibile anche da parte loro⁷.

Ed è appunto sulla suddetta (assunta) *diversità* che si è costruita la *atipicità* della “alienazione marciana” rispetto alla struttura (“*tipizzata*” nel modo appena descritto) della “alienazione commissoria”, e la possibilità pertanto di sottrarre la prima al giudizio di “illiceità” che colpisce invece la seconda.

Quel che, già da ora, interessa mettere in evidenza è che, sino a quando il “patto marciano” (o, se si vuole, l’alienazione in garanzia strutturata con le cautele del “marciano”) non ha formato oggetto di una regolamentazione *legislativa* (così rimanendo una stipulazione “*atipica*” la cui ammissibilità era rimessa al consueto giudizio di “meritevolezza” previsto dall’art. 1322 c.c.) non solo è rimasta aperta la possibilità di ritenerlo (eventualmente) *immeritevole di tutela*⁸, ma sono rimaste (per così dire) “aperte” e “flessibili” anche le condizioni alle quali i giudici avrebbero potuto, per converso, ritenere sussistente quella meritevolezza.

La regolamentazione legislativa del patto marciano⁹ sembra, allora, de-

dall’art. 2744 c.c.) il patto marciano (che, all’opposto, non presenta tale inconveniente). Se, invece, l’“abuso” si individuasse *nel fatto stesso* dell’essere il debitore “costretto” a consentire al trasferimento di un proprio bene per “garantire” un creditore, allora l’esigenza di reprimere un tale (asserito) abuso si sarebbe posta (sempre, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*) anche nel caso del patto marciano (l’idea sottesa a quest’ultima impostazione è riassunta da un autore, osservando che «... La clausola di stima [tipica del marciano] scaccia, è vero, il pericolo di un abuso sinallagmatico, ma è inefficiente rispetto all’*illibertà* di una vicenda traslativa irreversibile in quanto ogni garanzia espressa nella forma di un’alienazione immobiliare è una garanzia reale, per di più *atipica*, “eccessivamente intensa”: così PAGLIANTINI, *Sull’art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, infra, in questo volume, testo e nt. 47, ove il richiamo al pensiero di Pugliatti).

Va da sé, poi, che anche ad accogliere quest’ultima prospettiva (che ci sembra – tuttavia – sempre più difficile da sostenere, anche alla luce della giurisprudenza puntualmente richiamata da PAGLIANTINI, nel § 4 del contributo citato), l’ipotetico divieto del patto marciano (considerato – allora – come una mera “variante” del patto commissorio) varrebbe ormai soltanto nell’area “residuale”, costituita dalle fattispecie diverse da quelle oggi specificamente regolate dalla legge (ossia, dall’art. 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* T.U.B., e da tutte le altre disposizioni che variamente prevedono la validità di alienazioni in garanzia, richiamando il meccanismo della *aestimatio*). Un’area che sarebbe comunque, di fatto, abbastanza esigua.

⁷Nonostante le infinite “variazioni” che la dottrina esibisce sul tema della *ratio* del divieto del patto commissorio, quelle indicate nel testo sono – in definitiva – le giustificazioni alle quali la giurisprudenza (tutto sommato, in maniera abbastanza costante e omogenea) ha sempre ricondotto il divieto di cui all’art. 2744 c.c.

⁸Magari per ragioni diverse dal contrasto con l’art. 2744 c.c., ad es. – poniamo – per la contraddizione con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

⁹Anzi – come vedremo – di una pluralità di “varianti” di patto marciano.

terminare anzitutto due conseguenze: 1) consacrare in via definitiva la liceità, a certe condizioni, di trasferimenti *a scopo di garanzia* (cavendi causa); 2) tipizzare le relative fattispecie (o molte di esse).

Epperò si ha la sensazione che queste due conseguenze possano, paradossalmente, produrre un esito complessivo *controfunzionale* rispetto all'obiettivo dell'intervento normativo (che è essenzialmente quello – attraverso il rafforzamento della tutela del creditore/banca – di rivitalizzare un mercato del credito, colpito negli ultimi anni da una gravissima crisi). La consacrazione legislativa della ammissibilità di alienazioni in garanzia, invero, se da un lato rimuove indubbiamente un fattore di incertezza che gravava su questo tipo di convenzioni¹⁰ e fungeva da remora al ricorso alle stesse, dall'altro, avvenendo per il tramite di una regolamentazione legislativa in larga misura inderogabile, comporta al contempo un "irrigidimento", che potrebbe costituire in futuro un motivo di "fuga" dai "patti marciano" tipizzati, capace persino di sopravanzare l'effetto "incentivante" derivante dal loro "riconoscimento" da parte del legislatore (e non più solo dei giudici).

2. Disciplina legislativa del "patto marciano" e crisi del processo esecutivo

Come già accennato, sono diverse le normative che hanno dettato – nei tempi recenti – una regolamentazione del patto marciano. Si tratta – va subito evidenziato – di discipline non del tutto omogenee, onde uno dei problemi che si pone è quello di verificare se, nonostante le diversità tra le varie fattispecie, sia possibile discorrere di una figura legislativa pur sempre *unitaria* di "patto marciano", o se non debba piuttosto parlarsi di una pluralità di "patti marciano" (o, come forse meglio dovrebbe dirsi: di una pluralità di *meccanismi di tipo marciano*¹¹, previsti dal legislatore).

Le diversità di disciplina sono in parte giustificate dalla diversa condizione soggettiva del soggetto "finanziato", che si riverbera da un lato sulla natura del bene che forma oggetto dell'eventuale trasferimento in proprietà, e dall'altro sugli interessi sottesi all'operazione di finanziamento.

¹⁰ Lo dimostra l'esito dei primi due gradi del giudizio concluso dalla più volte cit. Cass. n. 1625/2015.

¹¹ Non presuppone, infatti, la stipulazione di un "patto" (ossia di una specifica convenzione tra le parti) l'applicazione del meccanismo marciano previsto dalla disciplina del c.d. "prestito vitalizio ipotecario" (sulla quale è di recente intervenuto il legislatore, modificando, con la L. 2 aprile 2015, n. 44, l'art. 11-*quaterdecies* della L. 248/2005).

Sul punto si vedano le considerazioni che svolgiamo *infra*, nel § 5.

E così, ad es., il patto regolato dal nuovo art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. (introdotto dal D.Lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della direttiva europea n. 17/2014) concerne un'ipotesi di finanziamento *ad un consumatore*, garantito da un'ipoteca su un immobile, che le parti convengono (con clausola espressa) costituisca oggetto di trasferimento alla banca mutuante in caso di inadempimento.

Per converso, l'art. 48-*bis* (introdotto, qualche mese dopo, nel medesimo T.U. bancario dall'art. 2 della L. 30 giugno 2016, n. 119) regola – come si legge nella rubrica – una fattispecie di finanziamento *all'impresa*¹², “garantito” in via autonoma (ossia a prescindere dalla costituzione di una ipoteca)¹³ dalla previsione convenzionale del trasferimento al creditore della

¹² Il che non esclude che (la “garanzia” accordata attraverso) il patto marciano intercorra tra la banca e un soggetto diverso dall'imprenditore mutuuario (ad es., il coniuge), come è confermato dal comma 1 dell'art. 48-*bis*, che parla di trasferimento della proprietà di un immobile (o di altro diritto immobiliare) dell'imprenditore *o di un terzo*.

Su questa ipotesi si sofferma, in particolare, PAGLIANTINI, nel § 2 del suo contributo (in questo volume). L'interrogativo che – acutamente – l'A. prospetta è se, in questo caso, la pattuizione marciana sia da considerare alla stregua di una “convenzione con un consumatore” (ammesso, appunto, che il “terzo”, datore della “garanzia”, *non* agisca nell'esercizio della propria eventuale attività professionale o imprenditoriale), o se non ci si trovi piuttosto di fronte ad una equiparazione *in parte qua* della posizione di questo soggetto a quella (“professionale”) del debitore garantito (P. usa, in proposito, l'espressione “*professionista di rimbalzo*”). Senza scendere in particolari, riteniamo che, comunque, la circostanza che la possibilità di accordare la “garanzia marciana” sia attribuita anche ad un *terzo* (e che questi, segnatamente, possa essere anche un “consumatore”), e quella per cui anche in tale caso trova applicazione la disciplina *legale* (che, oltre tutto, lascia pochi margini a “deroghe” pattizie, le quali – ove convenute – sarebbero nulle per contrarietà a norma imperativa, *prima ancora che per una loro ipotetica “vessatorietà”*; mentre, in caso di conformità alla disciplina legale, il giudizio di vessatorietà è di per sé escluso), rendano tutto sommato residuale (se non meramente “teorica”) la possibilità di individuare margini per l'applicazione della disciplina dei contratti dei consumatori (a tutela ulteriore del “garante”-consumatore).

Più intrigante è – semmai – una seconda ipotesi che Pagliantini prospetta, e cioè quella del subentro di un “consumatore” in una convenzione marciana originariamente stipulata *ex art. 48-bis* tra una banca e un'impresa: ipotesi che si può, tipicamente, presentare in materia di mutui edilizi, allorché l'acquirente di una unità immobiliare si accollì *pro quota* il mutuo che il costruttore abbia stipulato con la banca, e al quale (in ipotesi) accedeva anche una clausola marciana. In tal caso è difficile – in effetti – stabilire se continui ad applicarsi (alla pattuizione marciana) la disciplina dell'art. 48-*bis* (il che – fra l'altro – potrebbe portare alla sopravvenuta inefficacia della pattuizione marciana, qualora l'immobile sia adibito ad abitazione principale dell'acquirente) o se debba (e possa) applicarsi la disciplina dell'art. 120-*quinquiesdecies*.

¹³ La compresenza di una ipoteca (alla quale il patto marciano *si aggiunga*) è meramente eventuale. L'ipotesi è prevista dall'art. 48-*bis* con riguardo al caso in cui la pattuizione marciana venga introdotta in un rapporto antecedente all'entrata in vigore della normativa in esame, e a seguito della sua modificazione, così come consentito dal comma 4 dell'art. 48-*bis* (sul punto v. anche *infra*, quanto osserviamo nella nota 45). Ma nulla sembrerebbe ostare alla costituzione di

proprietà o di altro diritto su un bene immobile (che, nella specie, è un *immobile a destinazione commerciale*, e comunque non può essere – dice la legge – un immobile adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge, né di parenti o affini del proprietario entro il terzo grado) al verificarsi dell'inadempimento del debitore.

Dato comune ad entrambe le fattispecie – come già si accennava – sembrerebbe essere la finalità di favorire la concessione del credito¹⁴, incentivando in tal senso il finanziatore attraverso la prospettiva di una tutela più rapida (e tendenzialmente *satisfattoria*) in caso di inadempimento da parte

una ipoteca anche a garanzia di un rapporto di finanziamento “nuovo” (ossia successivo all'entrata in vigore dell'art. 48-*bis*), ancorché per lo stesso sia stata prevista anche la clausola marciana. Per la banca, infatti, da quest'ultima pattuizione (per come regolata dall'art. 48-*bis*) sorge solo la *facoltà* (diritto potestativo) di ottenere il trasferimento del bene, il che non esclude che essa possa preferire seguire la via ordinaria dell'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore: nel qual caso, disporre (anche) di una garanzia ipotecaria a beneficio del proprio credito significa mantenere (sia pure in forma diversa) un sicuro vantaggio rispetto agli altri creditori (cfr., sul punto, PAGLIANTINI, *op. cit.*, testo e nt. 28).

¹⁴La previsione (contenuta nel comma 4 dell'art. 48-*bis*) secondo la quale «Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali», evidenzia come *ratio* della introduzione del nuovo istituto anche quella di concedere un beneficio anche alle banche che hanno negli anni passati concesso credito alle imprese, e si sono trovate coinvolte nel fenomeno delle diffuse inadempienze collegate alla nota crisi economica che stiamo attraversando da diversi anni (cfr., sul punto, PAGLIANTINI, *op. cit.*, § 4.1, dove si indica nell'obiettivo di “ovviare al fenomeno delle sofferenze bancarie prodottesi negli ultimi anni, all'origine della spirale perversa che vede una situazione endemica di *credit crunch* zavorrare la ripresa economica” la «seconda *ratio* della novella»).

La stipulazione (successiva) di un patto marciano può, infatti, rappresentare per tali banche un motivo per soprassedere (almeno momentaneamente) all'idea di far valere immediatamente l'inadempimento (in ipotesi già attuale) dell'imprenditore, chiedendo la risoluzione del rapporto di mutuo (non sembra invece che l'art. 48-*bis* possa trovare applicazione in caso di finanziamento mediante apertura di credito in conto corrente, atteso che la norma allude chiaramente a un rapporto di finanziamento che preveda la restituzione *rateale* della somma oggetto di finanziamento, mentre nel caso di apertura di credito il debito di restituzione del correntista sorge *per intero*, e solo nel momento della chiusura del rapporto, in particolare attraverso la revoca dell'apertura di credito).

Peraltro, andrebbe aggiunto che il beneficio per la banca sussiste soprattutto nel caso in cui il suo credito sia già garantito da un'ipoteca (rispetto alla quale, la stipula del patto marciano aggiungerebbe il vantaggio di una realizzazione del valore del credito sottratta alle lungaggini delle ordinarie procedure di esecuzione forzata ovvero di liquidazione fallimentare dei beni). Ove, infatti, questa preesistente garanzia manchi, la stipula *ex novo* di un patto marciano non si sottrarrebbe all'azione revocatoria (*ex art. 2901 c.c.*) degli altri creditori, o all'eventuale revocatoria (*ex art. 67, legge fall.*) esercitata dal curatore fallimentare, e tanto basterebbe probabilmente a dissolvere per la banca l'incentivo a “ritardare” i tempi della risoluzione del rapporto con l'imprenditore in difficoltà.

del debitore (o dei suoi eredi). Sotto questo profilo l'esplicito riconoscimento (da parte del legislatore) della validità del patto marciano si collega strettamente all'esigenza di porre un rimedio alla vera e propria "crisi" delle procedure esecutive pubbliche, rivelatesi sempre più inefficienti sia per i tempi eccessivi del loro svolgimento, sia per i deludenti risultati in termini di realizzazione del valore dei beni sottoposti ad esecuzione coattiva. Del resto, la medesima tecnica – basata sull'incentivo al credito attraverso la concessione di deroghe alle ordinarie norme che governano la realizzazione del diritto e l'operatività delle relative garanzie – è alla base del risalente meccanismo del credito fondiario¹⁵.

Sono "deroghe" che riguardano – come vedremo – specificamente (ed esclusivamente) i rapporti in cui sia parte una banca¹⁶. Il legislatore non si occupa (o – se si preferisce – non si preoccupa) di regolare l'ammissibilità e la validità del "patto marciano" con riferimento *alla generalità dei rapporti di credito*, lasciando aperta la questione se – al di fuori dei casi in cui parte del rapporto di credito sia una banca – il patto marciano sia comunque da ammettere (in virtù della generale autonomia contrattuale¹⁷), non potendosi ravvisare in esso alcun contrasto con la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio. Conclusione a favore della quale – la notazione appare, sin da ora, quasi scontata – sembrerebbe militare oggi l'espressa consacrazione della soluzione marciana da parte del legislatore, attraverso le fattispecie che passiamo adesso a prendere in considerazione.

3. Il "patto marciano" nel nuovo art. 48-bis T.U.B.

L'analisi delle nuove normative in materia di patto marciano può muovere dalla disciplina più recente (e, anche, maggiormente complessa ed ar-

¹⁵ Ed è significativo che un'estensione di alcune delle norme relative al credito fondiario (e precisamente di quelle contenute nell'art. 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, T.U.B.) sia esplicitamente prevista nella disciplina del c.d. "prestito vitalizio ipotecario" (sul quale v. *infra*).

¹⁶ Che si tratti, ancora una volta, di meccanismi che hanno come destinatari (e beneficiari) principali, se non esclusivi, le banche, non deve di per sé stupire più di tanto (salvo a verificare la ragionevolezza delle soluzioni adottate), se si considera che è al sistema bancario che è affidata istituzionalmente la funzione della erogazione del credito.

¹⁷ Che non avrebbe in questo caso bisogno di essere specificamente regolamentata, attesa la presumibile *occasionalità* dell'erogazione di credito da parte di soggetti non istituzionalmente e professionalmente dediti a tale attività. Si lascerebbe, in questo caso, alla valutazione dei giudici (come è sin qui avvenuto) il compito di stabilire se concrete pattuizioni "marciane" (che resterebbero – in quanto non regolate dalla legge – pattuizioni *atipiche*) siano *meritevoli di tutela* ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.

ticolata), che è quella contenuta nell'art. 48-*bis* del T.U.B.

In base a tale disposizione, l'inserimento – nell'operazione di finanziamento tra una banca e un imprenditore – di una “clausola marciana” comporta la *facoltà*¹⁸ del creditore di attivare, al verificarsi dell'inadempimento del debitore, un procedimento che porterà al trasferimento alla banca (o ad una società dalla stessa controllata o ad essa collegata) della proprietà di un bene immobile, attraverso il quale soddisfare il proprio credito.

3.1. Analisi della disciplina normativa: a) l'“inadempimento” che consente l'attivazione della clausola marciana

Senza entrare, per il momento, nel merito delle alternative qualificatorie che possono prospettarsi con riferimento alla convenzione in esame (e sulle quali ci soffermeremo brevemente più avanti), e procedendo anzitutto con l'esegesi della disciplina legislativa, è da evidenziare come un primo profilo che la disposizione dell'art. 48-*bis* si premura di regolare (con norma da ritenersi inderogabile) attiene alla determinazione della “soglia” che l'inadempimento deve raggiungere per essere idoneo a rendere (almeno potenzialmente¹⁹) “efficace” la pattuizione marciana. Si richiede, al riguardo, che – ove sia previsto un obbligo di rimborso a *rate mensili*²⁰ – si

¹⁸La circostanza che il trasferimento del diritto non sia automatico, ma presupponga invece l'esercizio di un diritto potestativo sorto in capo al creditore in conseguenza dell'inadempimento, parrebbe segnare un elemento differenziale tra il patto marciano “tipico” regolato dall'art. 48-*bis* e quello sin qui conosciuto dalla prassi contrattuale.

La possibilità del creditore – secondo quanto previsto dall'art. 48-*bis* – di “rinunciare” al trasferimento della proprietà (e di attivare, per converso, le ordinarie forme di tutela “esecutiva” sul patrimonio del debitore) sembra da ricollegare (quasi a volerne costituire una sorta di “contrappeso”) alla attribuzione al trasferimento marciano di un valore “esdebitatorio” (sul punto ci soffermeremo *infra*, nel § 3.2), in presenza del quale il creditore (ove il suo credito dovesse risultare *superiore* al valore del bene oggetto del patto) potrebbe appunto preferire di mantenere ferma la possibilità di aggredire anche altri beni del debitore.

Non ci sembra invece possibile il cumulo di entrambi i vantaggi: ossia di acquisire senz'altro (facendo valere la clausola marciana, e dunque al di fuori della procedura esecutiva ordinaria) la proprietà (o il valore) del bene oggetto del patto, e, contestualmente, di conservare la possibilità, in caso di incapacienza di tale bene, di aggredire i restanti beni del debitore. Ciò, infatti, non significherebbe tanto pattuire un marciano “atipico”, quanto piuttosto ammettere una deroga all'effetto “esdebitativo” che il legislatore ha attribuito – con disposizione che si direbbe “inderogabile” – alla previsione marciana “tipica”. Sulla questione cfr. anche PAGLIANTINI, *op. cit.*

¹⁹Occorre, infatti, ulteriormente che il creditore manifesti la volontà di avvalersi della clausola marciana.

²⁰Si noti come tanto nella fattispecie dell'art. 48-*bis* quanto in quella dell'art. 120-*quinquiesdecies* del T.U.B. sono disciplinate ipotesi di finanziamenti con rimborsi rateali, e dunque basati su un piano di ammortamento.

debba cumulare l'inadempimento di almeno tre rate (anche non consecutive), che si protraggano per oltre nove mesi dalla scadenza (comma 5)²¹.

La previsione suscita non pochi dubbi e problemi.

Premesso che l'attivazione da parte del creditore del procedimento volto ad avvalersi della clausola marciana presuppone che il contratto venga risolto²² – e che, dunque, l'"inadempimento", determinato ai sensi del comma 5, deve intendersi come idoneo *ex lege* (se pur non automaticamente, occorrendo al riguardo una manifestazione di volontà del creditore) a determinare siffatta conseguenza – è da osservare anzitutto come possa apparire singolare che il legislatore abbia fissato la "soglia" di rilevanza (della "gravità") dell'inadempimento facendo riferimento al numero delle rate insolute, e non alla percentuale dell'importo inadempito rispetto al totale del debito²³.

È agevole, invero, osservare che il numero di rate inadempite può corrispondere ad importi del tutto differenti (e ad altrettanto differenziate percentuali sul totale del debito) a seconda del periodo di tempo entro il quale deve avvenire il rimborso del finanziamento²⁴. Ed è del tutto eviden-

Invece, il prestito vitalizio ipotecario prevede – come vedremo – un rimborso integrale, in unica soluzione (salva solo la possibilità che il finanziato concordi, al momento della stipulazione del contratto, e *limitatamente alla quota degli interessi e delle spese*, modalità di rimborso graduale).

²¹ Mentre, per periodicità di pagamenti superiori al mese, basta addirittura l'inadempimento anche di una sola rata (purché, anche in questo caso, risulti non "sanato" per almeno nove mesi).

Anche con riferimento a questo profilo la previsione normativa si palesa incongrua. Solo se la rata è *trimestrale* (a parità di importo e di durata del finanziamento) il suo inadempimento è equivalente al mancato pagamento di tre rate mensili; ma l'inadempimento – poniamo – di una rata *semestrale* equivale al mancato pagamento di sei rate mensili, e, per converso, il mancato pagamento di una rata *bimestrale* corrisponde all'inadempimento di 2 rate mensili. Non si capisce perché queste diverse situazioni debbano essere considerate tutte equivalenti dal punto di vista del trattamento.

Nel testo – comunque –, per semplicità, prenderemo in considerazione unicamente l'ipotesi di rimborso del finanziamento attraverso rate *mensili*.

²² Sebbene l'art. 48-*bis* non parli di risoluzione (del contratto), è evidente che questa costituisca la premessa perché il creditore possa avvalersi della clausola marciana, ed attivare la procedura che condurrà al trasferimento del bene, per lo meno quando il periodo di nove o di dodici mesi previsto dal comma 5 dell'art. 48-*bis* cada prima dello scadere del periodo previsto per il rimborso del finanziamento.

Riteniamo – peraltro – che anche nel caso in cui il suddetto periodo (di nove o dodici mesi) scada dopo la conclusione del rapporto la risoluzione debba essere chiesta, perché se il creditore intende avvalersi della clausola marciana (come, a quel punto, è suo diritto), deve avere uno strumento per impedire al debitore di adempiere (tardivamente; *id est*: dopo i nove mesi), e questo strumento non può che essere la risoluzione del contratto.

²³ Come avviene, ad es., nell'art. 1525 c.c.

²⁴ E, così, ad es., supposto un finanziamento della durata di un anno che preveda la restitu-

te che un conto è prevedere che la “condizione” cui è subordinato l’esercizio della facoltà del creditore di attivare il procedimento per avvalersi del patto marciano si verifichi in presenza di un inadempimento per un importo corrispondente al 25% dell’ammontare totale del finanziamento (cosa che accadrebbe in caso di *durata annuale* del piano di rimborso)²⁵, altro è che detta condizione si ritenga verificata al concretizzarsi di un inadempimento pari ad appena il 5% dell’ammontare totale del finanziamento (come avviene, ad es., in caso di *durata quinquennale* del piano di rimborso).

C’è – insomma – il rischio che (in alcuni casi) la banca possa azionare la clausola marciana quando l’inadempimento non è ancora divenuto così grave da giustificare l’escussione della “garanzia” (e, dunque, la perdita del bene da parte del debitore), anche se va osservato che attenua, almeno in parte, questo rischio la circostanza che si richieda altresì che l’inadempimento si sia protratto per oltre nove mesi (il che vuol dire che la banca deve attendere almeno nove mesi prima di poter attivare la “clausola marciana”, e sempreché il mutuatario non abbia nel frattempo rimborsato almeno qualcuna delle rate per cui è moroso). Inoltre, non è escluso che anche in tale ipotesi (ossia, trascorsi i nove mesi) – se il (perdurante) mancato pagamento di tre rate corrisponda (in termini assoluti) ad un importo esiguo rispetto all’entità complessiva del finanziamento (ad es. al 5%, se si ipotizza un finanziamento che debba essere rimborsato in cinque anni) – la banca non abbia interesse ad “escutere” la garanzia marciana, posto che ciò comporta dover “riconoscere” al mutuatario una somma corrispondente al valore di mercato del bene quale stimato da un perito indipendente (e detratto, ovviamente, l’importo del credito residuo vantato), assumendosi peraltro il rischio che, vendendo il bene, il ricavato *concreto* che la banca stessa riuscirà a conseguire (in tempi ragionevoli) sia (magari, anche sensibilmente) inferiore al valore di mercato²⁶.

zione in rate mensili di un importo complessivo (comprensivo degli interessi) di 1,5 mill. di euro, ciascuna delle 12 rate di rimborso sarà pari a € 125.000, e tre rate corrisponderanno a € 375.000 (pari al 25% dell’importo totale). Ma, se il medesimo finanziamento deve essere restituito in due anni, la rata mensile sarà pari a € 62.500, e tre rate insolute corrisponderanno a € 187.500 (pari al 12,5 % dell’importo totale); se dovrà essere restituito in tre anni, ciascuna delle 36 rate di rimborso sarà di importo pari a € 41.666, e tre rate corrisponderanno a € 125.000 (pari all’8,33% dell’importo totale); se dovrà essere restituito in cinque anni, la rata mensile sarà pari a € 25.000 e tre rate ammonteranno a € 75.000 (pari al 5% dell’importo totale da restituire).

²⁵ V. la nota precedente.

²⁶ Si supponga il seguente esempio (nel quale ipotizziamo che lo *spread* tra il valore del bene oggetto del patto marciano e l’ammontare della somma da restituire sia del 20%, secondo la regola – propria del credito fondiario – in base alla quale il finanziamento non può superare l’80% del valore del bene oggetto di ipoteca):

3.1.1. Segue

L'aver individuato la soglia dell'inadempimento che consente alla banca di attivare la clausola marciana mediante il riferimento al "mancato pagamento di tre rate mensili" (anziché avendo riguardo *ad una percentuale* dell'importo del finanziamento da rimborsare), oltre all'inconveniente di cui abbiamo discusso nel paragrafo precedente (ossia, quello di collocare ad un livello eventualmente troppo "basso" l'inadempimento rilevante), può aprire la strada ad un altro inconveniente (dovuto, questa volta, al requisito per cui l'inadempimento suddetto deve protrarsi per almeno nove mesi), in certo senso speculare al primo: ossia, di consentire l'esercizio del diritto di azionare la clausola marciana solo quando il livello dell'inadempimento è ormai *troppo elevato*.

– valore del bene (stimato al momento del contratto)	€ 1.000.000
– ammontare da restituire	€ 800.000
(pari ad un capitale erogato di € 673.350, da rimborsare in 5 anni ad un tasso di interesse del 7%);	
– durata del contratto	5 anni
– rimborso in n. 60 rate mensili di	€ 13.333
– inadempimento di n. 3 rate =	€ 40.000
– valore di mercato del bene al momento dell'inadempimento	€ 1.050.000

Se, adesso, immaginiamo che la banca attivi la clausola marciana in corrispondenza dell'inadempimento "minimo" di tre rate previsto dalla legge (ossia per un inadempimento pari a € 40.000), maturato in ipotesi quando il credito residuo per rate ancora a scadere fosse di € 480.000, ne discende che la banca dovrà restituire al mutuatario una somma pari a:

– valore di mercato del bene	€ 1.050.000 –
– importo da rimborsare	€ 800.000 +
– interessi (7%) su rate a scadere	€ 48.180 +
– rate scadute e pagate	€ 320.000 =
	<hr/>
– somma da restituire al mutuatario	€ 618.180

Si immagini, adesso, che la banca riesca a vendere il bene immobile ad un prezzo inferiore del 15% rispetto al valore di mercato, ossia al prezzo di € 892.500. Dovendo restituire al mutuatario l'importo di € 618.180, la banca potrà trattenere la cifra di € 274.320, che – sommata alle rate del mutuo che le erano state rimborsate, per un ammontare pari a € 320.000 – porta a complessivi € 594.320 l'importo delle somme "recuperate" dalla banca sul capitale erogato (pari – come abbiamo ipotizzato – a € 673.350).

In questa situazione, la banca – specie se i pagamenti nei (nove) mesi successivi alle tre rate inadempite sono stati regolari – potrebbe ben valutare, allora, come maggiormente conveniente non escutere la garanzia marciana, confidando che anche per le rate a scadere il rapporto prosegua senza inconvenienti (nel qual caso, se anche le tre rate in questione continuassero a rimanere insolute – ma non si aggiungessero ulteriori inadempimenti – i pagamenti che alla fine la banca riceverebbe ammonterebbero a € 760.000, ben superiori ai 594.320 €, che si sarebbero conseguiti nell'ipotesi prima descritta).

L'ipotesi può prospettarsi, in particolare, quando – essendo (relativamente) breve il periodo entro il quale deve avvenire il rimborso del finanziamento (supponiamo: 24 mesi) – l'importo di tre rate mensili di inadempimento può assommare ad una cifra di una certa consistenza²⁷.

In tal caso, poiché la banca deve attendere almeno nove mesi prima di poter chiedere l'esecuzione della clausola marciiana (e, con essa, il trasferimento del bene immobile individuato come garanzia dell'adempimento), e poiché non si può escludere che in questo periodo rimangano inadempite anche altre rate (successive alle prime tre non pagate) ne deriva che la banca potrebbe essere costretta ad attendere troppo a lungo prima di poter (risolvere il rapporto e) chiedere il trasferimento del bene²⁸.

Ciò induce, anzitutto, a ritenere ragionevole la soluzione secondo cui il mutuante conservi comunque la possibilità – epperò *rinunziando ad avva-*

²⁷ Se riprendiamo l'esempio della nota precedente – in cui abbiamo immaginato che la banca eroghi un capitale di € 673.350 da restituirsì in rate mensili calcolate sulla base di un interesse annuo del 7% – e supponiamo, adesso, che la restituzione debba avvenire in 2 anni (anziché nei 5 dell'esempio precedente), la rata mensile da pagare sarà pari a € 30.147,62, sicché all'inadempimento di 3 rate corrisponderà un importo complessivo di € 90.442,86 (pari al 12,5% di € 723.542,80, che costituisce la somma totale, comprensiva degli interessi, che dovrà essere restituita alla banca in questo caso)

²⁸ Si supponga che, dopo aver pagato, la prima rata, il mutuatario cominci a non adempiere più. La banca, per chiedere l'esecuzione del patto marciiano, dovrà attendere che si completi il 13° mese dall'inizio del rapporto (quando mancheranno solo undici mesi allo scadere del contratto). Esercitata l'opzione per il trasferimento marciiano, e supposto che il valore di mercato stimato per il bene sia rimasto immutato (e sia pari, dunque, a un milione di euro, secondo l'esempio che stiamo seguendo), la banca dovrà restituire al mutuatario la seguente somma:

– valore di mercato del bene	€ 1.000.000 –
– importo da restituire	€ 723.543 +
– interessi (7%) su rate a scadere	€ 11.144 +
– rate scadute e pagate	€ 30.148 =
–	–
somma da restituire al mutuatario	€ 317.749

Supposto, poi, che la banca non riesca a vendere il bene se non ad un prezzo inferiore del 15% rispetto al valore di mercato, ossia al prezzo di € 850.000, e atteso che essa deve restituire al mutuatario l'importo di € 317.749 (come sopra determinato), le resterà la cifra di € 532.251, che, sommata alla (prima e unica) rata del mutuo che le era stata rimborsata, per un importo pari a € 30.148, porta a complessivi € 562.400 l'importo delle somme recuperate dalla banca (su un capitale erogato pari – come abbiamo ipotizzato – a € 673.350).

Come si vede, anche in questo caso la banca non ottiene grandi risultati dalla (sia pur immediata, questa volta) attivazione della clausola marciiana, e anche la maggiore rapidità di una “liquidazione privata” del cespite (senza dover subire le lungaggini di una procedura esecutiva “pubblica”) finisce per essere in qualche modo “annullata” (o comunque limitata nel vantaggio che di per sé potrebbe produrre) dalla circostanza di dover attendere nove mesi (dal cumularsi dell'inadempimento di almeno tre rate) prima di poter far valere la clausola marciiana.

lersi della clausola marciana – di chiedere e ottenere la risoluzione del contratto (e la condanna del mutuatario al risarcimento del danno, cui far seguire l’inizio della procedura esecutiva)²⁹ secondo le regole ordinarie (senza attendere il decorso dei nove o dodici mesi previsti dal comma 5 dell’art. 48-*bis*)³⁰, sempreché naturalmente sia accertato (questa volta, giudizialmente, e senza basarsi su “soglie” legali) il requisito della “gravità” dell’inadempimento ai sensi dell’art. 1455 c.c.

In ogni caso, poi, la regola che impone di attendere nove mesi (dal maturare di un inadempimento pari ad almeno tre rate di rimborso del mutuo) induce a ritenere che l’attivazione della clausola marciana (e la risoluzione del contratto che di essa costituisce logica premessa) possa essere chiesta dalla banca anche quando il suddetto periodo di nove mesi venga a maturazione *dopo la scadenza del termine finale del contratto*. Tale scadenza, infatti, non fa evidentemente venir meno l’interesse del mutuante di avvalersi della clausola marciana, e negargli la possibilità di farlo sarebbe del tutto illogico, anche perché rischierebbe di alimentare comportamenti maliziosi del debitore, il quale potrebbe (ad es.) deliberatamente “programmare” il proprio inadempimento nella fase finale del rapporto, confidando così di impedire al creditore l’utilizzazione della clausola marciana³¹.

3.2. b) l’esdebitazione quale conseguenza del trasferimento del diritto. Confronto con la disciplina del prestito vitalizio ipotecario

L’art. 48-*bis* non risolve esplicitamente il problema se il trasferimento del diritto in attuazione della clausola marciana, estingua (per intero) l’obbligazione verso la banca, anche quando il valore dell’immobile sia (risulta-

²⁹ Ovviamente, l’alternativa descritta nel testo presuppone che il patrimonio (aggregabile con l’esecuzione forzata) del mutuatario sia sufficientemente capiente. Non bisogna infatti dimenticare che, nell’ipotesi dell’art. 48-*bis*, il “patto marciano” non si accompagna (di norma) alla presenza di una tradizionale garanzia reale (ipoteca), e quindi il credito della banca si atteggerà come un normale credito chirografario.

³⁰ La rinuncia alla clausola marciana è assolutamente necessaria se il mutuante non intende aspettare i nove (o i dodici) mesi, previsti dalla norma prima di poter chiedere il trasferimento del bene in attuazione del patto marciano.

Se si ragionasse diversamente, si finirebbe per consentire al mutuante di chiedere la risoluzione del contratto subito (o poco) dopo l’inadempimento delle tre rate previste dalla norma, impedendo in tal modo al mutuatario di poter adempiere (sia pure tardivamente), e attendendo poi che trascorran i nove (o i dodici) mesi necessari per poter chiedere l’esecuzione del patto marciano (e, dunque, il trasferimento del diritto).

³¹ E non si dimentichi che il creditore – proprio in ragione dell’inserimento nel contratto della clausola marciana – avrà verisimilmente rinunciato alla richiesta di concessione di un’ipoteca (o di altra garanzia) al momento della concessione del finanziamento.

to) – al momento della stima – inferiore al credito rimasto inadempito.

L'identico problema trova, invece, risposta esplicita – ed affermativa – nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario, e ciò non tanto in virtù della previsione (contenuta nel comma 12-*quater* dell'art. 11-*quaterdecies*, L. 248/2005, come modificato dalla L. 44/2015) secondo cui «il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato *utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato* in dipendenza del finanziamento stesso»³², quanto piuttosto per effetto dell'ulteriore previsione (contenuta anch'essa nel cit. comma 12-*quater*) secondo la quale «*l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile al netto delle spese sostenute*», che dimostra inequivocabilmente come il legislatore abbia voluto ricollegare all'acquisizione da parte della banca della somma ricavata dalla vendita del bene un'efficacia *liberatoria* (ossia estintiva dell'intero debito) anche nel caso in cui tale somma sia risultata di importo inferiore al credito garantito.

Questa disciplina si spiega, peraltro, con le caratteristiche del prestito vitalizio ipotecario, il quale – prevedendo un rimborso del finanziamento in un'unica soluzione e dopo la morte del mutuatario – non consente di conoscere preventivamente quale sarà l'ammontare complessivo del credito (comprensivo degli interessi) che maturerà a favore della banca, ammontare che dipende da una serie di variabili che non si conoscono al momento della conclusione del contratto (come la durata della vita del finanziato, l'evoluzione dei tassi di interesse nel tempo, ecc.). Ciò potrebbe determinare – come è stato osservato in dottrina³³ – un rischio di *cross over* (ossia il rischio che l'entità raggiunta dal debito di rimborso, nel momento in cui esso diventa esigibile, sia superiore al valore dell'immobile dato in garanzia³⁴), rischio che il legislatore ha inteso addossare non al debitore/consumatore (o meglio: ai suoi eredi), bensì alla banca³⁵.

³² Invero, l'estinzione di cui si parla in tale norma potrebbe essere anche una estinzione *parziale* (quale conseguirebbe ad un meccanismo di tipo “compensatorio”).

³³ Cfr. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante” a garanzia del credito immobiliare*, in questo volume (123 e nt. 59).

³⁴ Valore che, a sua volta, dipende dalle dinamiche, anch'esse non interamente prevedibili, del mercato immobiliare, oltre che dallo stato di conservazione dell'immobile nel momento in cui si porrà eventualmente il problema della sua vendita.

³⁵ In realtà – va osservato – è ben difficile (e deve considerarsi evento occasionale, se non eccezionale) che la banca non si cauti adeguatamente rispetto al rischio di *cross-over*, il che avverrà (per lo più) mantenendo l'entità del finanziamento alquanto al di sotto del valore dell'immobile ottenuto in garanzia, tendendo conto che (ad es.) un capitale dato a mutuo al tasso di interesse del 7% annuo (con capitalizzazione annuale, come previsto per il prestito vitalizio ipo-

Chiarito ciò, potrebbe ritenersi allora che non sussistano i presupposti per una applicazione analogica di questa disciplina anche all'ipotesi del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* T.U.B., e ciò per molteplici ragioni. Anzitutto per la qualità soggettiva del finanziato, che in questo caso è un imprenditore, e non un consumatore (soggetto ritenuto solitamente meritevole di particolare tutela). In secondo luogo, perché nell'ipotesi di finanziamento *ex art. 48-bis* non c'è un rischio circa l'entità che potrà raggiungere il debito di restituzione del finanziamento, perché questa entità è pre-determinata – almeno nel suo ammontare massimo – e, semmai, è possibile (e, anzi, verisimile) che questo ammontare si riduca, ipotizzando che il debitore paghi almeno una parte delle rate di rimborso del mutuo³⁶.

Cionondimeno, sono state prospettate in dottrina ragioni che militano, all'opposto, a favore di una soluzione che, anche nel caso dell'art. 48-*bis*, preveda che si attribuisca (invariabilmente) al trasferimento del diritto previsto dal patto marciano una efficacia “estintiva” *dell'intera obbligazione residua* della banca, osservandosi, in particolare, che immaginare la possibilità di un'estinzione solo parziale del debito³⁷ andrebbe incontro ad almeno tre obiezioni: l'anomalia di concepire una *datio in solutum* parziale; il contrasto con la *ratio* della novella (che è scopertamente quella di “abbattere il contenzioso dell'esecuzione forzata”); la circostanza che, in difet-

tecario), all'incirca si raddoppia dopo 10 anni e si quadruplica dopo 20. Il che significa che se ad un soggetto di 65 anni la banca concede un prestito di € 40.000 (al tasso indicato), e il soggetto muore a 75 anni, la somma che gli eredi dovranno rimborsare alla banca (entro un anno dalla morte) sarà di € 78.686, mentre se il mutuatario muore a 85 anni gli eredi dovranno rimborsare € 154.787.

Va da sé che, nel calcolo che il soggetto finanziatore effettuerà, egli terrà conto della rivalutazione che nel tempo (normalmente) accompagna il patrimonio immobiliare (salvi i cicli più o meno favorevoli che il mercato immobiliare può, per varie ragioni, attraversare), considerando peraltro che questa rivalutazione non è uniforme (variando in base a diversi elementi: collocazione del bene in una determinata città e/o in una determinata zona; grandezza e tipologia dell'immobile; e così via), e che essa “sconta” anche un concomitante effetto contrario (svalutazione) dovuto all'invecchiamento del bene (specie in assenza di interventi di manutenzione adeguati e/o di vera e propria ristrutturazione).

³⁶ Delle due ragioni che sono indicate nel testo è soprattutto la prima a dare l'impressione di aver pesato nella valutazione del legislatore. Infatti, la efficacia “esdebitatoria” è affermata anche dall'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. (ove si legge che, in caso di inadempimento “il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene” comportano “l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito”), che pure è un finanziamento con rimborso *rateale*, al pari di quello *ex art. 48-bis*, ma, a differenza di quest'ultimo e al pari invece del prestito vitalizio ipotecario, è un finanziamento ad un *consumatore*.

³⁷ Per la quale si pronuncia, ad es., AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, 10 s.

to di un effetto esdebitativo, mancherebbe per l'imprenditore qualsiasi incentivo a stipulare il patto in esame³⁸.

Sono ragioni dotate senz'altro di una certa persuasività, ma non comunque assolutamente dirimenti. Quanto alla prima, non si vede perché dovrebbe considerarsi anomala la possibilità di concepire una *datio in solutum* parziale³⁹ (non solo nel senso che la *datio in solutum* possa intervenire quando una parte del debito sia stata già adempiuta, ma anche nel senso che possa concordarsi che il debito esistente sia solo in parte soddisfatto con una prestazione diversa, e che rimanga in vita per la restante parte). Certamente più convincente è la seconda ragione che viene invocata, anche se si tratta di un inconveniente ipotetico (e dunque *di mero fatto*), che non è detto si verifichi necessariamente (il che esclude un contrasto inevitabile con la *ratio* suddetta). Infine, al terzo argomento potrebbe replicarsi, con non minore fondamento, che una disciplina che attribuisca *inderogabilmente* al trasferimento del diritto carattere "satisfattivo e liberatorio" potrebbe disincentivare l'altro contraente (ossia la banca) dalla stipula del patto marciano, oppure indurla a richiedere in "garanzia" un immobile di valore (più) elevato, per evitare il rischio di incapienza. Né potrebbe dirsi che quest'ultimo rischio sia neutralizzato dalla facoltà, che la banca ha, di *non avvalersi* del patto marciano⁴⁰, e quindi di perseguire la realizzazione coattiva del proprio credito secondo le procedure ordinarie⁴¹: è agevole replicare che può ben profilarsi, del tutto ragionevolmente, un interesse della banca (specie se sprovvista di una concomitante garanzia ipotecaria) a conseguire il bene oggetto del trasferimento, ma senza per questo (dover) rinunciare al soddisfacimento del residuo credito (il che è poi quello che sarebbe avvenuto se, in luogo di un patto marciano, fosse stata convenuta una più tradizionale garanzia "ipotecaria").

Un modo per tener conto di queste varie esigenze può essere costituito, forse, dalla possibilità di considerare la previsione del "trasferimento marciano" del bene immobile come idonea, *solo di norma*, ad essere considerata estintiva dell'intera obbligazione (e dunque *liberatoria* per il debitore),

³⁸ Cfr. PAGLIANTINI, *op. cit.*, § 3 (ultimo capoverso), e, soprattutto, § 4. Condivide questa soluzione anche SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 2016, 1477 ss., spec. 1480 ss.

³⁹ Ammesso pure (ma il punto è ancora da verificare) che si ritenga di accostare la fattispecie di cui all'art. 48-bis (e, più in generale, la fattispecie del patto marciano) alla figura della *datio in solutum*.

⁴⁰ Sul punto cfr. *supra*, la nota 18.

⁴¹ Ovviamente, sul presupposto che esistano altri beni del debitore su cui soddisfarsi in una procedura esecutiva.

senza che tuttavia ciò debba avvenire *inderogabilmente*. Detto altrimenti, l'art. 48-*bis* dovrebbe interpretarsi (valorizzandone la *ratio*) nel senso che il legislatore abbia attribuito efficacia (normalmente) “liberatoria” al trasferimento del bene immobile in attuazione del patto marciano, ammettendo cionondimeno che questa conseguenza possa essere esclusa dalle parti, introducendo la previsione (pattizia) della possibilità per il creditore di richiedere l'eventuale debito residuo, non coperto dal valore del bene immobile trasferito (come stimato al momento dell'inadempimento).

Si tratta di una soluzione, nella sostanza, non difforme da quella che è prevista, in materia di clausola penale, dall'art. 1382 c.c., laddove questa disposizione afferma che la clausola penale (ossia la clausola con cui si conviene che il contraente inadempiente sia tenuto «a una determinata prestazione», che può bene consistere – si noti – anche nel trasferimento di un diritto) «ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, *se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore*». Ed è una soluzione che – a nostro avviso – si raccomanda anche per il fatto di aumentare la “flessibilità” di uno strumento che, se “irrigidito” eccessivamente (come in gran parte già avviene alla luce della disciplina legislativa introdotta), rischierebbe di essere poco “attraente”, e pertanto di non raggiungere gli obiettivi che con esso si volevano conseguire (così tradendo, per altro verso, la *ratio* più autentica della normativa in esame)⁴².

⁴² Mentre saremmo propensi (come si è mostrato sopra, nel testo, con riferimento al profilo ivi esaminato) a cogliere – e magari ad allargare – i margini di “derogabilità” della disciplina legale del “patto marciano” contenuta nell'art. 48-*bis*, ci sembra invece più difficile ipotizzare che – in presenza della norma in esame – possa ritenersi conservato all'autonomia privata il potere di configurare “patti marciano” *atipici* (sempre nell'ambito dei rapporti presi in considerazione dall'art. 48-*bis*, ossia i rapporti tra una banca e un'impresa).

Un'*atipicità totale* (ossia che vada al di là della deroga a singoli aspetti della disciplina legale della figura) ci sembra inconfigurabile, sia dal punto di vista concettuale che dal punto di vista pratico. Sotto il primo profilo perché essa presupporrebbe una qualificazione “causale” del tutto diversa da quella sottesa al “tipo legale”; il che è difficilmente prospettabile. Sotto il secondo, perché il discostarsi dalle norme “imperative” che sono contenute nell'art. 48-*bis* (cosa che nella specie sicuramente accadrebbe) porterebbe (verisimilmente) a ritenere *illecita e/o immeritevole di tutela* la convenzione “atipica” elaborata dalla autonomia privata (si pensi ad una convenzione che fissi una “soglia” dell'inadempimento più bassa di quella prevista dall'art. 48-*bis*).

Sul punto si vedano anche le considerazioni di PAGLIANTINI, *op. cit.*, § 7, il quale evidenzia fra l'altro come ammettere (tra banche ed imprese) la possibilità di “patti marciano” *atipici* (ossia sottratti, convenzionalmente, alla disciplina dell'art. 48-*bis* ed assoggettati a quella di diritto comune) comporterebbe una “prevedibile marginalità operativa” della disposizione “speciale”, e darebbe vita ad “una concorrenza rimediale davvero *sui generis*”.

3.3. Su alcuni profili di disciplina relativi agli effetti della trascrizione del patto marciano, e al fallimento del debitore

Il *trasferimento sospensivamente condizionato*, previsto dal patto marciano, è soggetto a trascrizione, che ne assicura la prevalenza sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente⁴³.

Tale prevalenza opererà nel momento in cui possa dirsi avverata la condizione sospensiva, cui è subordinata l'efficacia del trasferimento, e dunque – ai sensi del comma 8 dell'art. 48-*bis* – nel momento della comunicazione al creditore del valore di stima del bene determinato dal perito (se detto valore sia *inferiore* al credito da soddisfare) ovvero al momento dell'avvenuto versamento al debitore della eccedenza⁴⁴ (qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese e i costi del trasferimento)⁴⁵.

Poiché la pendenza della condizione non impedisce l'avvio, da parte di altri creditori, di procedure esecutive relative al bene oggetto del patto

⁴³ Il comma 4 dell'art. 48-*bis* stabilisce che il (nuovo) patto marciano può essere stipulato anche con riferimento a contratti di finanziamento in corso alla data di entrata in vigore della normativa in esame (modificando le relative condizioni contrattuali), aggiungendo che «qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente alla iscrizione ipotecaria» (PAGLIANTINI, *op. cit.*, *infra*, 47 e nt. 26, parla al riguardo di «un'anomala efficacia prenotativa» che verrebbe in tal modo attribuita alla iscrizione dell'ipoteca, ma sembra piuttosto che la prevalenza del trasferimento marciano innestato sulla preesistente garanzia ipotecaria non sia altro che una conseguenza della “prelazione” che l'ipoteca già attribuiva al titolare del credito garantito rispetto agli altri creditori o aventi causa successivi, prelazione di cui qui si prevede l'operare non rispetto al ricavato della vendita forzata, ma sul bene stesso, come avverrebbe se esso fosse oggetto di una assegnazione al creditore precedente. A ragionare diversamente l'anomalia ci sarebbe veramente, ma *sub specie* di una incomprensibile prevalenza che verrebbe ad essere attribuita al creditore facendo “retroagire” l'efficacia dichiarativa della trascrizione del patto marciano stipulato in sede di revisione del rapporto).

Discende da quanto già detto che la trascrizione del patto marciano non comporta di per sé l'estinzione della (o, comunque, la rinuncia all') ipoteca preesistente a favore del creditore. Il che si spiega, considerando che, ove il creditore decida (per un qualche motivo) di non avvalersi della clausola marciano, ridiventa importante per lui potersi avvalere della garanzia ipotecaria che assisteva il credito (prima che venisse stipulato il patto marciano).

⁴⁴ Sempre il comma 8 dell'art. 48-*bis* stabilisce che alla stipula del patto marciano (nel contratto di finanziamento originario ovvero in sede di sua successiva modificazione) debba accompagnarsi l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore (ossia la stessa banca) deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito.

⁴⁵ L'avveramento della condizione – ai fini dell'annotazione (*ex art.* 1668, comma 3, c.c.) a margine della trascrizione del patto marciano – viene accertato con atto notarile nel quale la banca creditrice rende una dichiarazione con cui attesta l'inadempimento del debitore, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.