

BREVI NOTE SULL'UTILIZZABILITÀ DELL'ART.
48-BIS T.U.B. PER LA GESTIONE DELLE
SOFFERENZE BANCARIE

di ELISA BRODI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Art. 48-bis t.u.b. e soddisfazione del creditore che abbia già invocato la risoluzione del contratto. – 3. Art. 48-bis t.u.b. e soddisfazione del creditore che abbia già chiesto l'adempimento del contratto. – 4. Prime conclusioni.

1. Con l'adozione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 – cd. «decreto banche», convertito con l. 30 giugno 2016, n. 119 – sono state introdotte alcune disposizioni tese, tra l'altro, ad accelerare il recupero dei crediti, abbreviando la durata di taluni passaggi del procedimento esecutivo e aprendo la strada all'impiego di strumenti stragiudiziali di escussione della garanzia¹. In queste brevi note, si intende analizzare il meccanismo disciplinato *sub* art. 2 d.l. 59/2016 e confluito nel nuovo art. 48-bis t.u.b., con l'obiettivo di valutarne l'impiego in uno specifico caso: la gestione di esposizioni per le quali l'intermediario abbia già avviato un procedimento esecutivo. Si tratta di rapporti in buona misura coincidenti con la classificazione prudenziale di sofferenze².

* Le opinioni espresse nel presente contributo sono personali e non impegnano l'Istituzione di appartenenza.

¹ Le norme si pongono nel solco di precedenti interventi di snellimento delle procedure esecutive e concorsuali; si rammenti, ad esempio, il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132.

² Va precisato che la definizione di «sofferenza» è particolarmente ampia e non include solo rapporti per i quali sia stata avviata una procedura esecutiva. Infatti, per sofferenze si intende «il complesso delle esposizioni per cassa e “fuori bilancio” nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dalla banca. Sono escluse le esposizioni

L'art. 48-bis t.u.b. codifica le caratteristiche che un particolare schema negoziale (: il finanziamento a imprese garantito dal trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato) deve rivestire per non porsi in contrasto con il divieto di patto commissorio³. È stato, infatti, osservato che «dottrina maggioritaria già da tempo è proclive a ritenere che il divieto di cui all'art. 2744 c.c. si applichi (...) alle alienazioni in proprietà a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore alienante»⁴. La norma mira, pertanto, a esplicitare la cautela marciana necessaria per rendere ammissibile il trasferimento del bene (o di altro diritto reale) in proprietà al creditore⁵.

Come noto, il dibattito inerente la *ratio* del divieto di patto commissorio è di lungo corso e si è, nel tempo, polarizzato attorno a tre ipotesi ricostruttive⁶. Lasciando, per un momento, sullo sfondo la posizione che scorge nella norma una declina-

la cui situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al rischio Paese.»; cfr. BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 272 del 30 luglio 2008 – 8° aggiornamento. Matrice dei Conti*, B-6 disponibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/com-piti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c272/CIRC272_integrale_8agg.pdf. Ciò premesso, nel prosieguo dello scritto il termine sofferenze verrà adoperato con riferimento ai soli rapporti di credito, in relazione ai quali sia stata avviata una procedura esecutiva.

³ Nel caso di specie, rileva principalmente la figura del «patto commissorio autonomo», per la quale è nullo ogni schema giuridico che comporti il trasferimento del bene in proprietà al creditore, anche qualora la garanzia impiegata non sia rappresentata da pegno o ipoteca. Tale figura è stata omologata con la pronuncia Cass., SS. UU., 3 aprile 1989, n. 1611; sul tema v., da ultimo, S. DEL CORE, *Il divieto di patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in corso di pubblicazione in *Vita Notarile*, 3, 2016.

⁴ Così, A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 175.

⁵ Oltre al diritto di proprietà, può essere oggetto di garanzia ogni altro diritto reale insistente su bene immobile. Così dispone l'art. 48-bis, comma 1, t.u.b., ancorché la norma faccia, impropriamente, riferimento al trasferimento «della proprietà di un immobile o di un altro *diritto immobiliare* [corsivo aggiunto] dell'imprenditore o di un terzo» omettendo la locuzione reale.

⁶ Sulla *ratio* del divieto, v., *ex multis*, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, 1957, Milano, p. 205 ss.; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Dig. Dis. Civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 311 ss.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 229 ss.; ID., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, I, 2000, p. 494; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 213 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 129 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, pp. 281 ss.; sui rapporti tra patto commissorio e art. 48-bis t.u.b., v. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.*, cortesemente messo a disposizione dall'autore.

zione del monopolio statale nell'esercizio della funzione esecutiva⁷, il formante dottrinale, come pure quello giurisprudenziale, risulta sostanzialmente diviso tra due impostazioni.

Da un canto, è stato ravvisato nell'art. 2744 cod. civ. uno strumento per tutelare l'integrità del consenso del debitore, indipendentemente dall'esistenza di uno squilibrio economico, originato, eventualmente, dal maggior valore della garanzia rispetto al debito residuo⁸.

Dall'altro, si è ritenuto che la norma vieti l'«autosoddisfazione» del prestatore, sul presupposto che il cespite trasferito risulti di valore superiore al debito residuo⁹. Accedendo a quest'ultima impostazione, l'art. 2744 cod. civ. opererebbe come una previsione contenente una presunzione relativa, vincibile solo là dove il contratto di garanzia contenga un meccanismo volto a preservare l'interesse economico del debitore e degli eventuali creditori concorrenti; tale presunzione sarebbe, pertanto, superata ogni volta che il negozio di garanzia includa una cautela marciana. Si tratta di una ricostruzione che è andata affermandosi negli ultimi anni, specie nella giurisprudenza della Suprema Corte¹⁰. Come noto, la figura del patto marciano è stata, da sempre, ritenuta lecita¹¹. Essa si reputa integrata qualora

⁷ Cfr. M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1966, 254.

⁸ V., *ex multis*, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, pp. 1027 e 1028. L'individuazione di tale *ratio* del divieto incide anche sul perimetro di applicabilità dell'art. 2744 cod. civ.; in particolare, l'a. esclude che le vendite a scopo di garanzia possano essere colpite da nullità, osservando che: «se *ratio* della norma è di evitare una pressione del venditore in fase di adempimento, fatta cioè per condurlo all'adempimento, tale pressione, in tale fase e a tale scopo, manca nella vendita a scopo di garanzia: in essa la pressione è esercitata solo nella fase di stipulazione del contratto, solo per condurre a tale stipulazione». Cosicché, per l'a. il rimedio invocabile in caso di squilibrio economico risiede nella rescissione del contratto per lesione. Su questa impostazione è inevitabilmente destinato a incidere l'art. 48-bis t.u.b., che, disciplinando il trasferimento sospensivamente condizionato, sembra sottendere la nullità *ex art.* 2744 cod. civ. di tutte le vendite a scopo di garanzia, che siano prive di cautela marciana.

⁹ V. *ex multis*, A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *cit.*, p. 229 ss..

¹⁰ Tra i contributi più recenti, che ripercorrono le evoluzioni interpretative della Suprema Corte, v. S. DEL CORE, *op. cit.*, 2016.

¹¹ Alcuni autori rinvergono codificazioni del patto marciano in tutte le fattispecie presenti nel sistema «caratterizzate dalla corrispondenza tra il valore della garanzia realizzata e quello dell'obbligazione garantita»: A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto mar-*

l'«autosoddisfazione» del creditore si accompagni a tre requisiti, ovvero: *i*) valutazione del cespite operata da un soggetto indipendente e con modalità che assicurino l'imparzialità del giudizio; *ii*) effettuazione di tale valutazione in un momento successivo all'inadempimento; *iii*) retrocessione al debitore dell'eventuale differenza tra il valore di perizia e l'ammontare del debito residuo.

L'art. 48-*bis* t.u.b. esplicita ciascuno dei presidi ora considerati, favorendo una agevole soddisfazione del creditore, che può rivalersi direttamente sulla garanzia, senza pregiudicare le ragioni economiche del debitore¹². La finalità «acceleratoria» della norma risponde a due esigenze avvertite con forza dal legislatore, di ordine sia strutturale che congiunturale. Le prime, ben evidenziate dalla rubrica del Capo I del decreto, sono strettamente connesse alla necessità di velocizzare in maniera dura il percorso di recupero del credito, consentendo al prestatore di accedere a percorsi stragiudiziali di escussione della garanzia. Si tratta di una scelta che risiede anche nella necessità di alleggerire il carico operativo dei tribunali, nei quali la durata media delle procedure esecutive immobiliari risulta pari – secondo gli ultimi dati disponibili, relativi al primo trimestre 2016 – a circa quattro anni e mezzo¹³.

Parimenti chiare risultano le ragioni congiunturali dell'intervento, poiché le norme mirano non solo a velocizzare il recupero dei crediti *pro futuro*, ma anche rispetto a esposizioni correnti.

ciano?, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1486, ove più ampi riferimenti bibliografici. Inoltre, qualora si acceda a una interpretazione ampia di patto marciano – includendovi non solo il trasferimento del bene in proprietà al creditore, ma ogni operazione funzionalmente affine, come un mandato *in rem propriam* ad alienare – è possibile riscontrare la codificazione del patto marciano anche in relazione alla figura del prestito vitalizio ipotecario.

¹² La norma pare sostenere quella posizione interpretativa (da ultimo riportata nel testo), che individua nel divieto di patto commissorio una presunzione di illiceità, vincibile in presenza di una cautela marciana.

¹³ Più precisamente, le informazioni pubblicate dal Ministero della Giustizia, riportano una durata media pari a 4 anni e 5 mesi. Il dato è riportato da M. CLARICH e G. FONDERICO, *Molte riforme in arrivo ma manca ancora una vera svolta*, in *Guida al diritto*, 21 gennaio 2017, p. 12.

Segnala una elevata durata, in chiave comparata, dei procedimenti civili anche l'indicatore «Justice Scoreboard» elaborato annualmente dalla Commissione Europea; cfr. EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, Bruxelles, 2016, p. 6 disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_en.pdf.

Come esplicitato dalla relazione di accompagnamento del decreto, le disposizioni intendono favorire una migliore gestione delle partite deteriorate, che nell'attuale fase del ciclo economico gravano sensibilmente sul sistema bancario italiano¹⁴.

Per ciò che riguarda il trasferimento sospensivamente condizionato, è lo stesso art. 48-*bis*, comma 4, t.u.b. a considerare l'ipotesi di impiego della clausola marciana – mediante rinegoziazione dell'accordo – per la gestione di rapporti in essere. In particolare, il predetto quarto comma riconosce esplicitamente la possibilità che la clausola venga inserita «per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali»¹⁵. In tal caso, è previsto che – qualora il finanziamento sia stato originariamente garantito da ipoteca – il trasferimento prevalga sulle trascrizioni o iscrizioni effettuate successivamente all'iscrizione ipotecaria. Si tratta di una disposizione necessaria per regolare le istanze di creditori che vantino differenti pretese rispetto al medesimo immobile.

Sino a qui, potrebbe ritenersi che l'art. 48-*bis* t.u.b. sia destinato a operare per negozi correnti, che non versino in una condizione patologica, ossia per i quali non sia stata avviata una procedura esecutiva. Tuttavia, una corretta lettura del quarto comma porta ad avallare una differente ricostruzione, secondo la quale la clausola marciana può essere impiegata per gestire rapporti già confluiti in un procedimento giudiziario. Proprio a questa evenienza si riferisce la norma, là dove prevede che il predetto meccanismo di graduazione si applichi «anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca». Parimenti, il successivo comma 10 dispone che «può farsi luogo al trasferimento a norma del presente articolo anche quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto di cui al comma 1

¹⁴ Cfr. SENATO, A.S. 2362, Errata corrige. *Analisi di impatto della regolamentazione*, consultabile presso <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00980609.pdf>. Rispetto alle ulteriori motivazioni economiche della riforma, il testo – trasmesso al Senato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 14 giugno 2016 – riprende letteralmente quanto già contenuto in E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia*, 2016, «mimeo» (: lavoro di ricerca inedito) della Banca d'Italia.

¹⁵ Si noti che la norma non menziona la possibilità di impiegare una scrittura privata autenticata, che pure risulterebbe sufficiente per la trascrizione. Risulta, inoltre, peculiare la scelta di far riferimento all'atto notarile, anziché all'atto pubblico.

sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione». Tali disposizioni – di ampia portata – sono idonee a ricomprendere l'ipotesi in cui il pignoramento sia stato avviato dal beneficiario di una garanzia ipotecaria successivamente «trasformata» in trasferimento sospensivamente condizionato¹⁶. È, infatti, ragionevole immaginare che il pignoramento citato dalle norme sia stato promosso dallo stesso creditore ipotecario, che, in costanza di procedura, trovi più conveniente abbandonare l'azione esecutiva in favore di una soluzione stragiudiziale. Si tratta di una opzione di non trascurabile interesse per gli operatori bancari, che potrebbero giovare di una modalità aggiuntiva per la gestione delle proprie sofferenze¹⁷.

Poiché l'ipotesi di *opt-out* da una procedura esecutiva in corso risulta inclusa nell'area di operatività dell'art. 48-*bis* t.u.b., occorre interrogarsi su come tale operazione possa qualificarsi sotto il profilo negoziale. La questione non è di immediata soluzione e impone all'interprete di vagliare differenti percorsi ricostruttivi.

Come più sopra ricordato, il meccanismo attraverso il quale l'art. 48-*bis* t.u.b. può dispiegare i propri effetti, rispetto a rapporti esistenti, è quello della «rinegoziazione» finalizzata ad apporre la clausola marciiana. Tuttavia, tale operazione non sempre risulta praticabile: non lo è qualora il procedimento esecutivo faccia seguito alla risoluzione del contratto. Occorre, allora, scindere i piani di indagine, tenendo distinta l'ipotesi di procedura esecutiva instaurata in seguito alla risoluzione del negozio,

¹⁶ Parimenti inclusa nell'area di operatività della norma è anche l'ipotesi in cui il pignoramento sia stato avviato da un creditore concorrente, non munito di ipoteca.

¹⁷ Più in generale, si osservi che il creditore potrebbe trovare conveniente anche cedere il contratto o il credito a un intermediario finanziario, così che sia quest'ultimo a escutere la garanzia. A sostegno di tale lettura, si può osservare che l'art. 48-*bis* t.u.b. riconosce sia a banche che intermediari *ex art.* 106 t.u.b. la possibilità di adoperare la clausola marciiana nei contratti di credito conclusi con imprese. Più complessa l'ipotesi di cessione a soggetti differenti (né banche né intermediari 106 t.u.b.): in questo caso, potrebbe, al più, ricorrere una ipotesi di cessione del credito: v., però, le notazioni critiche di S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciiano*, in *Crisi d'Impresa e fallimento*, II, 2016, p. 2, disponibile presso il seguente indirizzo: http://www.ilcaso.it/articoli/cr.php?id_cont=900.php. È, comunque, utile rammentare che il trasferimento può essere disposto a favore di un soggetto non finanziario, qualora esso sia controllato o collegato alla banca o intermediario 106 t.u.b. e sia autorizzato a acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari (così, art. 48-*bis*, comma 1, t.u.b.).

da quella di procedura avviata per ottenere un adempimento coattivo.

2. Rispetto a talune esposizioni qualificabili come sofferenze, è preclusa alle parti la possibilità di apporre la clausola marciana nel contratto di finanziamento. La concretizzazione di un inadempimento di non scarsa importanza può aver spinto il creditore a domandare giudizialmente la risoluzione del negozio. Ancora, l'integrazione della condotta individuata in una clausola risolutiva espressa – quale potrebbe essere quella prevista *sub* art. 40, comma 2, t.u.b.¹⁸ o *sub* art. 1819 cod. civ.¹⁹ – può aver permesso al prestatore di invocare direttamente la risoluzione e avviare una procedura esecutiva per l'ottenimento del debito residuo²⁰.

¹⁸ La natura dell'art. 40, comma 2, t.u.b. è dibattuta: è considerata una clausola risolutiva espressa *ex lege* da M. SEPE, *Art. 40*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* Capriglione, I, 2012, Padova, p. 472. Altra dottrina, per contro, riconnette alla previsione una forma di risoluzione ordinaria, per la quale risulta necessaria una valutazione, da parte del giudice, della non scarsa importanza dell'inadempimento *ex* art. 1455 cod. civ.: G. FALCONE, *Art. 40*, in *Testo Unico Bancario. Commentario* Porzio, Belli Losappio, Rispoli Farina e Santoro, 2010, Milano, pp. 405 e 406.

¹⁹ Per alcuni autori, anche il mancato pagamento di una rata previsto *sub* art. 1819 cod. civ., può formare oggetto di una clausola risolutiva espressa: così, V. SANGIOVANNI, *Il credito fondiario*, in *La disciplina dei rapporti bancari* Fiorucci, Padova, 2012, p. 263; M. SEPE, *op. cit.*, 475; G. FALCONE, *op. cit.*, p. 404. Per contro, una differente posizione ravvisa nell'art. 1819 cod. civ. una ipotesi di recesso o di decadenza dal beneficio del termine: v., per più ampi riferimenti bibliografici, M. DE POLI, *Il rapporto*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2009, p. 67.

È opportuno rammentare come molti autori, tra quelli richiamati, non ravvisino limiti all'applicabilità dell'art. 1819 cod. civ. a operazioni di credito fondiario. Tuttavia, pare preferibile ritenere che, nell'ambito di dette operazioni, il prestatore possa avvalersi unicamente della clausola risolutiva di cui all'art. 40, comma 2, t.u.b.. La ragione risiede nella peculiarità della disciplina fondiaria: alle agevolazioni, specie processuali, che essa riconosce al creditore fanno da contraltare alcune limitazioni per quest'ultimo, come quella di richiedere la risoluzione del contratto al di fuori dell'ipotesi espressamente indicata *sub* art. 40, comma 2, t.u.b..

²⁰ Come noto, il credito fondiario costituisce figura di ampia diffusione nella prassi negoziale, potendosi qualificare come tale ogni finanziamento a medio lungo termine – indipendentemente dalla forma tecnica adottata – erogato da banche e assistito da ipoteca di primo grado su beni immobili. Pur mancando evidenza empirica, è ragionevole attendersi che buona parte dei procedimenti esecutivi avviati da banche nei confronti di imprese riguardi domande connesse all'esercizio del diritto di cui all'art. 40, comma 2, t.u.b.. È opportuno rammentare come, *ex*

È chiaro come, riguardo a tali fattispecie, non sussista più un contratto che le parti possano «rinegoziare» per includervi la clausola di trasferimento²¹. Tuttavia, come già osservato, la formulazione dell'art. 48-*bis*, comma 4, t.u.b. impone di interrogarsi sulla possibilità, per il creditore, di soddisfarsi in via stragiudiziale sul bene immobile²².

Ebbene, una volta instaurata la procedura esecutiva, sussiste unicamente una obbligazione pecuniaria del prenditore a pagare il debito residuo, comprensivo delle spese e degli interessi tempo per tempo maturati. L'eventuale accordo che permetta al creditore di acquisire il bene, nel rispetto dei presidi previsti *sub* art. 48-*bis* t.u.b., potrebbe essere qualificato come *datio in solutum*²³. Vale segnalare che dall'impiego della cautela marciata deriverebbero obblighi, per il creditore, non sussistenti in una ordinaria dazione in pagamento. Il riferimento è alla necessità che il prestatore corrisponda al debitore l'eventuale differenza tra il maggior valore della garanzia e il debito residuo.

Inoltre, dalla predetta qualificazione scaturirebbe una rilevante implicazione economica: il debitore verrebbe liberato anche là dove il valore del cespite sia inferiore all'esposizione complessiva. Si tratterebbe di una forma di esdebitazione che l'art. 48-*bis* t.u.b. non conosce, ma che non si pone in maniera distonica rispetto all'ordinamento. Numerose sono le eccezioni al principio di responsabilità patrimoniale perpetua che, negli anni, sono state introdotte nel sistema italiano, portando quest'ultimo ad avvicinarsi sempre più a modelli giuridici di altre economie avanzate – detti di tipo «recourse» – nei quali la responsabilità del debitore è limitata al valore di mercato della

art. 41, comma 2, t.u.b. tali procedimenti possano essere avviati o proseguiti anche qualora l'impresa debitrice sia stata dichiarata fallita.

²¹ La fattispecie analizzata nel testo poggia sull'ipotesi che la garanzia costituisca una clausola del contratto di finanziamento; nondimeno, anche qualora essa sia concessa con autonomo accordo, la risoluzione del contratto di credito comporta un suo travolgimento, in quanto negozio collegato e accessorio rispetto a quello di finanziamento.

²² L'incentivo a optare per l'appropriazione stragiudiziale della garanzia appare maggiore qualora la procedura sia alle prime fasi, poiché a uno stadio avanzato il creditore avrebbe comunque modo di chiedere l'assegnazione del bene, *ex* art. 505 c.p.c., sino a concorrenza del debito. Si tratta di una opzione la cui operatività è stata ampliata, rispetto al sistema previgente, dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

²³ Si realizzerebbe, in questa peculiare fattispecie, un allontanamento dalla tradizionale funzione di garanzia del patto marciato in generale e dell'art. 48-*bis* t.u.b. in particolare, sulla quale v., da ultimo, S. AMBROSINI, *op. cit.*

garanzia. Si pensi, ad esempio, alla *discharge* operante in Italia per il socio illimitatamente responsabile di società fallita o all'esdebitazione del debitore che abbia avviato una procedura di gestione di crisi da sovraindebitamento. Inoltre, la liberazione del prenditore è stata codificata anche nell'ambito del prestito vitalizio ipotecario²⁴. L'ultima forma di *fresh start* contenuta nell'ordinamento riguarda il credito ipotecario concesso da banche a consumatori ed è stata introdotta *sub* art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b., con il recepimento della direttiva 2014/17/UE (cd. Mortgage Credit Directive). In chiave prospettica, si segnala come analogo principio sia contenuto nel cd. «DDL Rordorf», attualmente in discussione alla Camera, nell'ambito della più ampia riforma del diritto fallimentare e delle procedure concorsuali²⁵.

Analizzando la questione in termini economici, può ritenersi che l'esdebitazione conseguente alla *datio in solutum* non risulti eccentrica rispetto al sistema e, anzi, fornisca al debitore un importante incentivo a «rinegoziare» la propria posizione con il creditore e accettare l'escussione stragiudiziale della garanzia. Detto altrimenti, l'opportunità di essere liberato costituisce il principale movente economico, perché il prenditore acconsenta all'uso del patto marciano.

D'altra parte, l'attenuazione del principio di responsabilità patrimoniale perpetua costituisce un esito non eccessivamente pregiudizievole per il prestatore, poiché l'effettuazione di ulteriori pignoramenti costituisce attività onerosa che, nella prassi, il creditore pone in essere in una casistica limitata.

Così argomentando, si riconoscerebbe agli operatori interessati la possibilità di ottenere la proprietà dell'immobile (o altro diritto reale ottenuto in garanzia), avendo certezza di agire entro

²⁴ Si fa riferimento, rispettivamente, a quanto previsto dall'art. 142 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267; dall'art. 14-*terdecies* della l. 27 gennaio 2012, n. 3; dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, del d.l. n. 203 del 2005, convertito con modificazioni dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248.

²⁵ Il riferimento è all'art. 8 del Disegno di Legge delega A.C. 3671-*bis* «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», del 18 maggio 2016. Più in generale, si registra anche nel diritto commerciale una tendenza a limitare la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore, ove egli operi in forma societaria, riducendo il livello di capitale di rischio minimo richiesto dalla legge; sul tema, v., *ex multis*, G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1237 ss..

il perimetro di salvaguardia del patto marciano e senza ricadere nel divieto di patto commissorio²⁶.

3. Analizzata la possibilità di adoperare il meccanismo *sub art. 48-bis* t.u.b. successivamente alla risoluzione del contratto, è utile muovere verso una fattispecie contigua: quella nella quale il creditore abbia domandato giudizialmente l'adempimento del negozio. Prendendo nuovamente ad esame la figura del credito fondiario, si immagini il caso di un debitore che non adempia puntualmente alle obbligazioni assunte, pur senza integrare la condotta di cui all'art. 40, comma 2, t.u.b.: poniamo, tardando nel pagamento di alcune rate. In tale circostanza, il prestatore potrebbe unicamente avviare una azione esecutiva per ottenere il pagamento del credito, tempo per tempo maturato.

Ancora, si consideri un contratto di finanziamento che preveda il rimborso in un'unica soluzione: risultando neutro per il creditore domandare l'adempimento o la risoluzione del contratto, questi potrebbe optare per la prima strada.

Parimenti, il debitore potrebbe essere incorso in una ipotesi di decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186* cod. civ., legittimando il prestatore a esigere immediatamente il credito residuo.

Nelle ipotesi menzionate, il negozio convive con la procedura esecutiva – che, anzi, presuppone l'efficacia dell'accordo – e può essere utilmente modificato, ai sensi dell'art. 48-*bis*, comma 4, t.u.b., per includervi la clausola marciana²⁷. Per comprendere appieno gli effetti di tale rinegoziazione, è necessario interrogarsi sulla sua natura, valutando, in particolare, se essa abbia carattere novativo o meno. Si tratta di una questione che reca con sé rilevanti implicazioni operative. In particolare, qualora si ritenga che l'inclusione della clausola marciana (sotto forma di

²⁶ Analizzando la questione sotto il profilo operativo, il creditore potrebbe procedere nel rispetto di quanto disposto *sub art. 48-bis*, comma 10, t.u.b., domandando al giudice dell'esecuzione l'accertamento dell'inadempimento e la nomina del perito.

²⁷ Uno scrittore ravvisa addirittura la possibilità, per le parti, di accordarsi per la prosecuzione del contratto, anche una volta che sia stata integrata la condotta prevista entro una clausola risolutiva espressa: così, V. SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 264: «non si vedono ostacoli alla legittimità di un successivo accordo fra le parti in forza del quale, in sostanza, la banca rinuncia ad avvalersi dell'avvenuta risoluzione del contratto, insistendo per la continuazione del rapporto».

condizione sospensiva) produca una novazione del negozio, il creditore dovrà sempre attendere un nuovo inadempimento del debitore prima di escutere in via stragiudiziale la garanzia.

A sostegno del carattere novativo della clausola può richiamarsi quella dottrina che riconnette – sempre e comunque – all'apposizione della condizione, una novazione del negozio²⁸. Per contro, una diversa posizione ritiene necessario procedere a una valutazione caso per caso, per verificare se la condizione si risolva o meno in una modifica di carattere accessorio, *ex art.* 1231 cod. civ. e, come tale, insuscettibile di novare l'obbligazione²⁹. Accedendo a quest'ultima impostazione, che pare preferibile per l'attenzione riservata alle circostanze concrete, occorre analizzare «il ruolo che [...] la condizione giuoca: se il mutamento prodotto è tale da incidere qualitativamente sul titolo dell'obbligazione, questa si potrà considerare novata»³⁰. Si potrebbe, così, sostenere che l'*aliquid novi* risieda nel mutamento del titolo negoziale prescelto, giacché l'originaria garanzia ipotecaria verrebbe sostituita da una nuova forma di protezione del credito.

Tuttavia, risulta dirimente considerare che – verosimilmente – l'introduzione della clausola non condurrà all'estinzione dell'ipoteca, ma all'affiancamento, a quest'ultima, di una garanzia ulteriore³¹. Estinguere l'ipoteca significherebbe per il prestatore privarsi definitivamente della possibilità di adire il percorso giudiziario: più prudente e razionale risulta una rinegoziazione orientata al cumulo dei due strumenti. Né, d'altro canto, la legge impone l'impiego di un solo istituto, a discapito dell'altro.

²⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 436; M. ANDREOLI, *La novazione tacita obbligatoria*, Roma, 1929, p. 50. Non manca chi ritiene che anche una modifica accessoria, *i.e.* non sostanziale, del rapporto possa comportare una novazione del rapporto, là dove sia accompagnata dalla volontà delle parti di estinguere l'obbligazione e sostituirla con un'altra; v., *ex multis*, M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 606.

²⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1975, p. 108.

³⁰ Così P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*.

³¹ La questione potrebbe indurre a interrogarsi sull'esistenza di un «eccesso di garanzia»: si tratta di una figura conosciuta nell'ordinamento tedesco e ritenuta illecita dalla giurisprudenza (notizia appresa dal Prof. G.B. Portale, nel corso di una conversazione intercorsa sull'argomento del presente lavoro). Non si ha, però, conoscenza di fattispecie affini per quanto concerne l'ordinamento italiano, nel quale l'eccesso di garanzia potrebbe semmai comportare una riduzione dell'ipoteca.

Inoltre, anche là dove si concretizzi una pura sostituzione dell'ipoteca con il trasferimento condizionato, non sembra ricorrere un mutamento della causa – considerata nella sua dimensione concreta – che, anzi, permane «di garanzia» sia nell'ipoteca che nel trasferimento sospensivamente condizionato³².

Vi sarebbe, poi, da valutare se la modifica dell'obbligazione incida, o meno, in maniera radicale sul contratto nel quale si innesta – ossia quello di finanziamento – comportando, nel primo caso, l'estinzione e la sostituzione del negozio³³. A prima analisi, l'introduzione della clausola marciana potrebbe apparire idonea a operare una novazione, sotto il profilo oggettivo, dell'intero contratto di finanziamento. Corroborerebbe tale lettura il tenore dell'art. 48-bis, comma 4, t.u.b. ove si precisa che il patto può essere inserito nei contratti già stipulati «in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali». Da ciò, si potrebbe desumere che la nuova garanzia venga inclusa solo previa complessiva rimodulazione delle condizioni economiche del finanziamento. L'osservazione coglie nel segno nella misura in cui evidenzia come la rinegoziazione comporti sempre la definizione di condizioni di rimborso – in termini di scadenze o ammontare dovuto – più favorevoli per il debitore: in mancanza, egli non avrebbe incentivo ad accettare la clausola.

Tuttavia, va osservato come tali innovazioni non bastino a integrare l'*aliquid novi* richiesto dall'art. 1230 cod. civ., poiché l'oggetto dell'obbligazione, pur mutato, continua a corrispondere al rimborso del finanziamento. Non rileva nemmeno la pre-

³² Ad analoga conclusione si giungerebbe anche là dove si riconoscesse una accezione ampia del termine «titolo», tale da includere la fonte dalla quale è sorta l'obbligazione (cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, 2009, p. 95 ss.). Il fatto generatore dell'obbligo di garanzia permane immutato, essendo sempre rinvenibile nell'originario finanziamento. Peraltro, va osservato come, secondo una dottrina, a una modificazione del titolo non consegue necessariamente un mutamento sostanziale dell'obbligazione: taluni schemi negoziali realizzano, infatti, operazioni giuridiche affini; v. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 187.

Per ragioni di completezza, si segnala come parte della recente dottrina abbia espresso dubbi in merito alla funzione di garanzia dell'art. 48-bis t.u.b.: esso, a discapito del *nomen iuris*, potrebbe rivestire natura bifasica, assumendo una funzione di adempimento nella fase patologica del rapporto: A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, *op. cit.*, p. 1480 e 1482.

³³ Si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, Milano, 1993, p. 455.

senza di un piano di ammortamento più favorevole per il debitore, poiché, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, variazioni di tipo puramente quantitativo non sono sufficienti per ritenere sussistente l'elemento oggettivo di cui all'art. 1230 cod. civ.³⁴.

Vi è, dunque, ampio margine per sostenere che l'apposizione della clausola non sia idonea a modificare, sotto il profilo oggettivo, l'originaria obbligazione e il negozio di finanziamento.

Inoltre, va rilevato che la questione inerente la novazione deve essere affrontata appurando la sussistenza dell'*animus novandi* delle parti. Come noto, perché possa ritenersi integrata la fattispecie *sub* art. 1230 cod. civ., oltre all'*aliquid novi* è sempre richiesta una inequivoca manifestazione della comune intenzione di estinguere l'obbligazione originaria, sostituendola con una nuova³⁵. L'effetto estintivo non è ricostruibile come effetto legale della novazione, dovendo, invece, formare specifico oggetto dell'accordo. Pur non risultando necessarie espresse dichiarazioni di volontà – possono bastare anche manifestazioni tacite³⁶ – il formante giurisprudenziale è compatto nel ritenere

³⁴ In proposito, è utile richiamare un passo di una pronuncia della Corte di Cassazione in materia di mutuo, che ha esplicitato come «l'atto con il quale le parti convengono la *modificazione quantitativa* di una precedente obbligazione ed il *differimento della scadenza* per il suo adempimento, non costituisce una novazione e non comporta, dunque, l'estinzione dell'obbligazione originaria, restando assoggettato, per la sua natura contrattuale, alle ordinarie regole sulla validità»; così, Cass., 6 luglio 2010, n. 15980. In punto di modifiche quantitative e contratto di vendita, v. Cass., 5 luglio 2004, n. 12276. Più di recente, analogo ragionamento è condotto in ordine a un negozio transattivo da Cass., 22 giugno 2015, n. 12876. Di tale orientamento giurisprudenziale dà conto, di recente, C. ROMEO, *Autonomia negoziale e novazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2014, pp. 324 e 326, nt. 14. Per ciò che concerne il formante dottrinale, vi è chi sostiene che modificazioni temporali o quantitative dell'obbligazione originaria temporali non potrebbero costituire una nuova obbligazione e, dunque, integrare il requisito dell'*aliquid novi*: v. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 71. Per contro, altra dottrina riconosce rilevanza anche a variazioni di ordine puramente quantitativo, v. A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 183 ss..

³⁵ In dottrina, è stato sostenuto come l'*animus novandi* debba esser accertato solo qualora l'obbligazione originaria e quella nuova possano astrattamente coesistere; al di fuori di tale ipotesi, la sola sussistenza dell'*aliquid novi* assicura l'integrazione della novazione. Cfr. P. RESCIGNO, voce *Novazione (diritto privato)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965, p. 434 ss.; si tratta della cd. teoria effettuale che, tuttavia, risulta minoritaria nel dibattito corrente.

³⁶ L'art. 1230, comma 2, cod. civ. si limita a richiedere che la volontà sia manifestata in modo «non equivoco», senza imporre formalismi, ma chiarendo come debba sussistere certezza in merito alla scelta delle parti. Sul punto, v. G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, Milano, 2012, pp. 40

che l'elemento soggettivo debba essere provato in concreto³⁷. Qualora ciò non accada, troverà operatività la «regola della presunzione non novativa» così che, nel dubbio, la volontà delle parti deve essere interpretata come meramente modificativa e non novativa³⁸. Pertanto, nella conduzione delle rinegoziazioni, diventerà cruciale per le parti specificare se intendessero estinguere e sostituire l'originario negozio ovvero mantenerlo in vita, pur con una fisionomia innovata³⁹. In quest'ultimo caso, ferma la maturazione dei presupposti di cui all'art. 48-*bis*, comma 5, t.u.b., il creditore potrebbe in qualunque momento agire per attivare il patto, senza attendere un secondo inadempimento del debitore.

Nondimeno, si potrebbe ritenere necessario accordare un nuovo termine di adempimento al prenditore, poiché, in mancanza, l'evento condizionante difetterebbe del carattere futuro e incerto richiesto dalla legge.

A ben vedere, tuttavia, la condizione che sospende il trasferimento non coincide con l'inadempimento, poiché quest'ultimo costituisce un mero presupposto per la sua realizzazione. Vale richiamare il disposto dell'art. 48-*bis*, comma 8, t.u.b., ove è esplicitato che la condizione «si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima [...] ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito». Pertanto, ai fini dell'attivazione del patto, non rileva il solo inadempimento, bensì la scelta del creditore di avvalersi della clausola. È rispetto a quest'ultimo elemento, che deve essere accertata l'esistenza dei requisiti richiesti *sub* art. 1353 cod. civ. e non pare dubbio che essi sussistano, poiché la banca acquisirà in proprietà il bene solo qualora ciò risulti – con valutazione operata successiva-

e 41; F. GALGANO, *La novazione*, in *Tratt. Dir. Civ.*, II, Padova, 2015, pp. 108 e 109.

³⁷ Cfr. Cass., SS. UU., 21 giugno 2005, n. 13294 in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6; Cass., 5 luglio 2004, n. 12276; Cass., 12 settembre 2000, n. 12039; Cass., 14 luglio 2000, n. 9354.

³⁸ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *cit.*, p. 448.

³⁹ Anche là dove si ritenesse modificato in maniera sostanziale l'oggetto dell'obbligazione, la volontà delle parti di mantenere in vita il rapporto originario precluderebbe la possibilità di qualificare il mutamento come novazione; cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *cit.*, p. 448, nt. 25.

mente alla rinegoziazione – economicamente conveniente rispetto all'alternativa giudiziaria. Va, poi, osservato che la decisione dell'intermediario non trasmoda mai in un potere puramente potestativo, poiché i limiti imposti dalla normativa prudenziale alla detenzione di investimenti in immobili circoscrivono *ex se* la discrezionalità dell'operatore⁴⁰. Parrebbe, allora, di trovarsi in presenza di una condizione di natura mista: in parte potestativa e in parte dipendente da elementi estranei alla volontà del creditore.

Inoltre, è opportuno osservare che la condizione in esame non può esser qualificata come meramente potestativa, giacché *ex art. 1355 cod. civ.* è tale quella che subordina *l'alienazione* di un diritto o l'acquisizione di un obbligo alla mera volontà, rispettivamente, dell'alienante o del debitore. Nel caso di specie, per contro, la condizione ha per effetto *l'acquisizione* di un diritto: quello di proprietà o un altro diritto reale concesso in garanzia *ex art. 48-bis t.u.b.*.

Tutto ciò corrobora l'impostazione secondo la quale – al di fuori di una inequivoca scelta delle parti di novare il contratto – all'inclusione della clausola non debba far seguito la concessione di un nuovo termine al debitore, per adempiere l'obbligazione. Pertanto, se i presupposti di cui all'*art. 48-bis*, comma 5, *t.u.b.* si sono verificati prima della rinegoziazione, l'intermediario potrà chiedere l'acquisizione in proprietà del bene (o l'ottenimento di altro diritto reale oggetto della garanzia) in qualunque momento. Diversamente, egli potrà agire tale facoltà solo se e quando detti presupposti vengano ad esistenza.

4. L'introduzione dell'*art. 48-bis t.u.b.* ha portato alla codificazione del patto marciano, per taluni rapporti intercorrenti tra

⁴⁰ Sussiste un limite quantitativo agli investimenti in partecipazioni ed immobili, a mente del quale queste forme di immobilizzazioni non possano superare i fondi propri dell'intermediario (cfr. BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 – versione informativa aggiornata all'8 novembre 2016*, p. 411). Tale limite può essere superato qualora gli immobili siano stati acquisiti nell'ambito di procedure di recupero crediti. In tal caso, viene a operare un requisito patrimoniale addizionale: «l'eccedenza rispetto al limite quantitativo generale all'acquisizione di immobili eventualmente determinata da operazioni di acquisizione di immobili a tutela delle ragioni di credito della banca costituisce per questa un requisito patrimoniale aggiuntivo a quelli previsti da altre disposizioni»; cfr. BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 – 17° aggiornamento*, p. 413.

banche (o intermediari finanziari) e imprese. La norma consente al creditore di scegliere un percorso di escussione alternativo – e, verosimilmente, più celere – rispetto a quello giudiziario. Lo schema negoziale preposto all'autosoddisfazione del creditore è quello del «trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato». Si tratta di una figura che assicura una salda tutela al prestatore: in caso di inadempimento, egli potrà opporre il proprio acquisto a qualunque soggetto abbia iscritto o trascritto formalità pregiudizievoli sull'immobile, dopo la trascrizione del trasferimento. Accanto a tale indubbio elemento di pregio, la nuova previsione presenta alcuni profili meritevoli di approfondimento. In particolare, è opportuno vagliarne l'utilizzo per la gestione di rapporti di credito che versino in procedura esecutiva. Da un canto, è lo stesso articolo a richiamare la possibilità che il patto venga adoperato rispetto a esposizioni per le quali sia in corso un procedimento esecutivo. Dall'altro, nulla è previsto sulle concrete modalità operative dell'accordo in tale ipotesi. La questione induce a interrogarsi su possibili posizioni ricostruttive, distinguendo tra procedure avviate per chiedere la risoluzione del contratto di finanziamento e, all'opposto, procedure instaurate per domandarne l'adempimento.

Nel primo caso, si può ritenere che l'uso del nuovo strumento (a risoluzione del contratto avvenuta) concretizzi una *datio in solutum*, connotata dall'obbligo del creditore – non presente nella usuale operatività della figura *sub* art. 1197 cod. civ. – di trasferire al debitore l'eventuale plusvalore della garanzia, rispetto al debito residuo. Da ciò deriverebbe, inoltre, un effetto esdebitatorio nei confronti del prenditore, non previsto dall'ordinario funzionamento dell'art. 48-*bis* t.u.b., qualora il valore della garanzia sia inferiore all'esposizione complessiva.

Nella seconda ipotesi, potrebbe discutersi se l'apposizione della clausola integri o meno una novazione del negozio. Posta la difficoltà di ravvisare un *aliquid novi* nel mero inserimento del patto – che, plausibilmente, si assommerà all'ipoteca senza sostituirla – e nella modificazione delle condizioni economiche, è necessario porre attenzione all'*animus novandi*, verificando se le parti abbiano voluto estinguere l'originario finanziamento garantito con un nuovo accordo. Qualora l'elemento soggettivo non sia provato in concreto, troverà operatività la «regola della presunzione non novativa», così che la volontà delle parti dovrà esser interpretata come meramente modificativa e non novativa.

In tal caso, ferma la maturazione dei presupposti di cui all'art. 48-*bis*, comma 5, t.u.b., il creditore potrebbe in qualunque momento agire per attivare il patto, senza attendere un secondo inadempimento del debitore. Tale ricostruzione risulterebbe, inoltre, in linea con il disposto dell'art. 1353 cod. civ., giacché l'evento condizionante, per esplicita indicazione dell'art. 48-*bis*, comma 8, t.u.b. non coincide con l'inadempimento (qualificato, anzi, come presupposto), ma con la scelta della banca di escutere in via stragiudiziale la garanzia.