



Focus on

**VENDERE BENI IMMOBILI: TRA
RIFORME PROCESSUALI E CRISI
DI MERCATO.**

**NUOVE FORME DI ESCUSSIONE
STRAGIUDIZIALE DELLE
GARANZIE**

www.lascalaw.com

www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Venezia | Vicenza | Padova | Ancona

redazione@iusletter.com



In occasione del convegno “**Vendere beni immobili: tra riforme processuali e crisi di mercato**” tenutosi presso lo Studio La Scala lo scorso 14 marzo, si è svolta la tavola rotonda in materia di patto marciano e nuove forme di escussione stragiudiziale delle garanzie nell’ambito della quale è stata presentata la pubblicazione (a cui hanno partecipato Tiziana Allievi e Laura Pelucchi, rispettivamente Partner e Senior Associate dello Studio), realizzata in collaborazione con l’associazione T6, avente ad oggetto le recenti riforme apportate al TUB dall’art. 120 *quinquiesdecies* in materia di crediti immobiliari per i consumatori e dall’art. 48 *bis* per i finanziamenti alle imprese.

Come è stato sottolineato, l’importanza e la portata innovativa di tali norme è data dal fatto che hanno per la prima volta fornito una disciplina al c.d. patto marciano, istituito da sempre riconosciuto quale mezzo per il legittimo trasferimento del bene con scopo di garanzia.

Per poter delineare il quadro nell’ambito del quale si è trovato ad operare il legislatore, la dott.ssa Elisa Brodi, Ricercatrice presso la Divisione Economia e Diritto del Servizio Studi della Banca d’Italia, intervenuta quale relatrice al convegno, ha analizzato le caratteristiche e le funzioni della regolamentazione italiana in chiave comparata, portando a riferimento l’indicatore “*getting credit*” contenuto nel rapporto “*Doing Business*” della Banca Mondiale.

In tale prospettiva la dott.ssa Brodi ha richiamato l’ultimo studio disponibile – non aggiornato alle recenti modifiche del 2016 – che collocava il nostro paese al 97° posto tra le 189 economie considerate, evidenziando la debolezza del quadro normativo interno.

Tal posizionamento, in realtà, discende da una pluralità di fattori, ma nell’ambito del convegno ci si è concentrati solo su quanto catturato dal sotto-indicatore “*strength of legal rights*” che analizza il grado di tutela accordato a debitori e creditori garantiti.



A tal proposito è stata eseguita una fotografia della situazione italiana ante riforma comparata con quella di altri paesi OCSE ed è stata evidenziata la scarsa competitività del nostro ordinamento.

Le debolezze attribuite al sistema italiano, secondo quanto emerso dall'analisi effettuata, sono da ricondursi a 4 elementi fondamentali:

- assenza di garanzie mobiliari non possessorie;
- assenza di un registro informatico che tracci le garanzie mobiliari;
- ordine di soddisfazione dei crediti talvolta penalizzante per il creditore garantito;
- limitazioni all'escussione stragiudiziale delle garanzie.

Alla luce delle informazioni fornite dal sotto indicatore di *Doing Business*, confrontando le caratteristiche dell'ordinamento italiano con quello di altri ordinamenti, è emerso, infatti, come, per i profili evidenziati, tutti i paesi considerati, seppure con diversa intensità, disponessero di una normativa più evoluta di quella italiana.

Incentrando l'analisi sul focus della pubblicazione presentata, ovvero le forme di autotutela stragiudiziale del creditore, è stato in particolare evidenziato come il nostro sistema per lungo tempo abbia imposto, quale esclusivo mezzo di soddisfazione, in caso di inadempimento, il percorso giudiziario ed è proprio sotto tale profilo che rileva l'introduzione di una disciplina legislativa al patto marciano.

L'ordinamento italiano, infatti, se da un lato, non aveva, almeno sino a questo momento, riconosciuto una disciplina di diritto positivo al patto marciano (individuata solo a livello



dottrinale e giurisprudenziale), dall'altro, ha da sempre imposto espressamente il divieto di patto commissorio con l'art. 2744 del codice civile.

L'art. 2744 c.c., tuttora vigente, sancisce con la nullità l'accordo mediante il quale si conviene che in ipotesi di mancato adempimento entro il termine il creditore divenga titolare del bene oggetto di ipoteca o concesso in pegno dal debitore.

È evidente dunque, come tale norma, si ponga da forte limite alla diffusione del trasferimento con scopo di garanzia, così, come più in generale allo sviluppo di nuove forme di escussione stragiudiziale delle garanzie od al diffondersi di nuovi strumenti di autotutela del creditore.

Da sempre, quindi, si è sentita l'esigenza di individuare la ratio del divieto del patto commissorio al fine di delineare confini di applicazione e limiti entro i quali operare senza il rischio di incorrere nella nullità prevista dalla legge.

A tal proposito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale è sempre stato particolarmente vivo, generando, nel tempo, differenti teorie per giustificare e/o superare il divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Al riguardo, tra le varie ragioni individuate in dottrina si ricorda:

- l'inidoneità della causa di garanzia a giustificare il trasferimento di proprietà;
- motivazioni di ordine pubblico ravvisate nell'esclusività dell'esecuzione forzata per l'escussione della garanzia;
- la tipicità delle garanzie reali.



Nel tempo comunque si è consolidata l'idea che le principali ragioni sottese alla disciplina del patto commissorio sono da ravvisarsi:

- nella necessità di garantire la par condicio creditorum, pregiudicata dalla destinazione del bene al soddisfacimento del creditore particolare;
- nell'esigenza di tutelare il debitore dalle coartazioni del creditore che, approfittando dello stato di bisogno del primo, potrebbe indurlo a dare in garanzia un bene di valore eccessivo rispetto al valore del credito traendone un ingiustificato arricchimento.

E' proprio in relazione a tale ultimo aspetto che la dottrina maggioritaria ha riconosciuto la piena validità della clausola marciaria che, pur consistendo nel trasferimento del bene con funzione di garanzia, prevede espressamente che il creditore versi al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del bene ed il residuo debito e che la valutazione del bene sia eseguita da un terzo imparziale successivamente all'inadempimento, con ciò scongiurando il pregiudizio del debitore ed evitando la sproporzione tra valore del bene ed entità del credito e la conseguente abusiva appropriazione dell'eccedenza.

In tale prospettiva si è posta anche la giurisprudenza maggioritaria che soprattutto in anni più recenti ha progressivamente riconosciuto in maniera chiara ed espresa la validità del patto marciario proprio sulla scorta dei predetti requisiti.

I giudici di legittimità nell'intento di delineare i limiti di applicazione del divieto di patto commissorio (da sempre ricondotto in astratto a qualunque forma negoziale) hanno riconosciuto il superamento del limite di cui all'art. 2744 cc e la validità di alcune particolari forme negoziali proprio in considerazione della presenza dei requisiti del patto marciario (valutazione oggettiva effettuata dal terzo, con obbligo del creditore di corrispondere il maggior valore al debitore) escludendo quindi il rischio di depauperamento patrimoniale del debitore.



Tra queste si ricordano importanti pronunce in tema di contratto di *sale and lease back* (n.10805/95 e n.1625/15), in materia di contratto di vendita con patto di riscatto (n. 10986/13) e da ultimo anche con riferimento al mandato a vendere a favore del creditore (n. 5440/15).

L'apertura verso nuove forme di escussione stragiudiziale in realtà riflette un più in generale sviluppo di nuovi strumenti di autotutela del creditore che ha interessato il nostro sistema giuridico anche sotto il profilo della legislazione positiva, già prima delle riforme del 2016.

Il primo segnale, in questa direzione, è stato dato dalla disciplina di derivazione comunitaria, dettata in tema di Contratti di Garanzia Finanziaria (d.lgs. 21.5.2004, n. 170, come modificato dal decreto legislativo 24.3.2011, n. 48, di attuazione della direttiva n. 44/2009 CE) che, all'art. 6, comma 2°, riconosce validità ed efficacia a tutti i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, «indipendentemente dalla loro qualificazione» escludendo, per essi, espressamente l'applicazione del divieto del patto commissorio; anche in questo caso, peraltro, l'appropriazione, da parte del creditore pignoratorio, delle attività finanziarie oggetto del pegno avviene, secondo il modello del patto marciano, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, con restituzione dell'eccedenza.

In una prospettiva analoga, la disciplina che ha introdotto il prestito vitalizio ipotecario (art. 11 *quaterdecies*, comma 12°, d.l. 30.9.2005, n. 203, convertito con modificazioni nella legge 2.12.2005, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma 1°, legge 2.4.2015, n. 44) consente al creditore, qualora il rimborso del finanziamento non venga effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno degli eventi previsti dallo stesso comma 12, di procedere alla vendita diretta dell'immobile, gravato da ipoteca a garanzia del finanziamento, ad un valore pari a quello di mercato determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, salva la restituzione dell'eventuale esubero al soggetto finanziato o ai suoi eredi.



Tale disciplina, inoltre, ha per la prima volta previsto testualmente, in detta materia, la cd. "esdebitazione" del debitore, ossia la regola in forza della quale quest'ultimo o i suoi eredi sono definitivamente liberati qualora dalla vendita dell'immobile ipotecato si ricavasse una somma inferiore all'importo del credito garantito.

Successivamente, con la Legge di Stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015 n. 208) è stato dato nuovo impulso all'utilizzo nel settore abitativo di un negozio, il *leasing* immobiliare, che sino a quel momento era rimasto di fatto confinato al solo settore degli immobili a destinazione produttiva, il tutto nell'intento di rivitalizzare il mercato immobiliare delle abitazioni.

Questo quindi il quadro nell'ambito del quale sono intervenute le ultime novità di cui agli articoli 48 bis e 120 *quinquiesdecies* del Testo Unico Bancario.

Tali norme, nello specifico, prevedono, da un lato, al fine di favorire l'accesso delle imprese al credito ed assicurare efficacia e rapidità alle procedure di recupero, la validità delle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, per crediti erogati nell'ambito di attività imprenditoriali (art. 48 bis).

Dall'altro lato, in un settore delicato e centrale come quello dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, con il nuovo Capo I-*bis* rubricato Credito immobiliare ai consumatori, è stata prevista, invece la possibilità che le parti possano convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale, o dei proventi della vendita del bene, comporti l'estinzione del debito, fermo restando il diritto del consumatore all'eccedenza (art. 120 *quinquiesdecies*).



Per quanto differenti sotto molteplici profili, sia dal punto di vista dei requisiti, sia sotto il profilo delle modalità di attuazione, entrambe le clausole riprendono lo schema della clausola marciana riproponendone i requisiti fondamentali (valutazione del bene imparziale ed equa e restituzione dell'eventuale surplus) con ciò garantendo il superamento del limite imposto dal divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Come è stato anticipato in occasione del convegno del 14 marzo 2017 per comprendere, però, i concreti effetti nel settore del recupero dei crediti e nel mercato degli NPLs è necessario attendere del tempo e le prime applicazioni, ma soprattutto, come anticipato dall'intervento del Prof. Antonino Barletta, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza, Facoltà di Economia e Giurisprudenza, bisognerà verificare se effettivamente le azioni del creditore e l'escussione dei *collateral* potranno realmente prescindere da una tutela giurisdizionale spostandosi unicamente sul piano della autotutela delle parti.

Laura Pelucchi – l.pelucchi@lascalaw.com

