



Iusletter
informazione e aggiornamento giuridico

LaScala
STUDIO LEGALE

Focus on

**PATTO MARCIANO
E FINANZIAMENTI ALLE
IMPRESE**

*Il “nuovo” articolo 48 bis
del Testo Unico Bancario*

Novembre 2016

www.lascalaw.com
www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Ancona | Vicenza | Padova
redazione@iusletter.com



1. Alcune considerazioni preliminari

Tra i più recenti interventi in materia di recupero crediti volti ad accelerare i tempi e l'efficienza della giustizia ed a conferire certezza e rapidità alle procedure, si pone sicuramente l'emanazione, avvenuta lo scorso 3 luglio 2016, della Legge 119 del 30 giugno 2016 nella la quale è stato convertito il c.d. "Decreto Banche" (D.L. n. 59 del 3 maggio 2016).

Fra le differenti misure contenute nella nuova legge rilevano, in particolare, alcune previsioni dirette a implementare i meccanismi idonei a rendere più dinamico il mercato del credito, in particolar modo quello alle imprese. In tale prospettiva, con l'intento preciso di dare nuovo impulso all'erogazione di nuova finanza, viene rafforzata la tutela della posizione del creditore e, nel contempo, diminuito il carico dell'attività giudiziaria, anche al fine di incrementare la competitività del nostro Paese rafforzando il ruolo degli istituti di credito a sostegno dell'economia reale.

Sul punto si evidenzia, innanzitutto, l'introduzione di strumenti informatici che daranno un contributo fondamentale attraverso:

- la creazione di un registro delle procedure di espropriazione forzata immobiliare, delle procedure di insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi che sarà funzionale alla creazione di un mercato per i "crediti deteriorati";
- l'accesso degli organi delle procedure concorsuali alle informazioni contenute nelle banche dati;
- l'accelerazione delle procedure concorsuali, con un maggiore impiego dell'informatica che avverrà anzitutto nella fase di costituzione del comitato dei creditori, ma anche nello svolgimento dell'udienza per l'accertamento del passivo del fallimento e, in fase di concordato preventivo, nell'adunanza dei creditori.

Sotto altro profilo sicuramente meritevole di segnalazione è la misura prevista dall' art. 2 della citata Legge 119, che ha introdotto l'art. 48 bis del TUB, il quale è stato modellato sulla base di un istituto giuridico la cui origine è risalente nel tempo, ovvero il cd. "patto marciano".



La Legge 119/2016 ha introdotto una speciale disciplina del c.d. patto marciano questa volta non in forma di mandato ex lege ad alienare con rappresentanza, bensì in forma di vero e proprio trasferimento al creditore di bene immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore ("alienazione in garanzia").

Con la finalità di meglio comprendere quale sia l'effettivo e concreto apporto pratico della nuova norma e passare ad esaminare le varie disposizioni contenute nell'art. 48 bis TUB appare opportuna una breve premessa su un altro istituto la cui disciplina risulta strettamente connessa a quella del patto marciano, ovvero il c.d. patto commissorio.

2. Patto marciano e patto commissorio

Il patto commissorio è l'accordo con cui due soggetti, il creditore ed il debitore, convengono che in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà del bene sottoposto a garanzia dell'adempimento, passi al creditore.

Tale accordo è vietato a pena di nullità dal Codice civile dall'art. 2744 c.c. e, non diversamente, dall'analoga previsione in materia di anticresi dell'art. 1963 c.c.

Per meglio comprendere l'effettiva applicabilità e portata di tale disciplina assume fondamentale rilievo l'individuazione della *ratio* che si pone a fondamento della legge.

A tal proposito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale è sempre stato particolarmente vivo, generando, nel tempo, differenti teorie per giustificare il divieto di cui si discute.

Tra le principali e più accreditate tesi è possibile citare quella che fonda le proprie ragioni sull'esigenza di proteggere il contraente debole da illegittime coercizioni del creditore, così come quella che pone l'accento sul rischio che si venga a creare una sproporzione nell'equilibrio fra l'ammontare del debito ed il valore della cosa data in garanzia. Altri autori, invece, evidenziano la messa a repentaglio della *par condicio creditorum*, in quanto – attraverso una disposizione preventiva dei beni costituenti il patrimonio del debitore – si verrebbero ad instaurare delle cause di prelazione estranee agli istituti tipici previsti dalla legge.



In giurisprudenza questi principi sono stati fatti propri dalle note sentenze gemelle rese dalla Cassazione a Sezioni Unite il 3 ed il 21 aprile 1989 ai nn. 1611 e 1907; confermando un orientamento espresso in precedenza nelle pronunce Cass. 3.6.1983 n. 3800 e Cass. 16.10.1995 n 10805.

È proprio l'esistenza di queste differenti finalità che ha condotto nel corso degli anni ad una interpretazione analogica dell'art. 2744 c.c., il quale si presenta idoneo a ricomprendere nell'ambito del proprio dettato normativo *tutti i contratti che mirano a raggiungere il medesimo risultato pratico vietato dall'ordinamento* con la conseguenza che tale disciplina è in grado di colpire numerose fattispecie contrattuali (sul punto Cass. 4262/2013), come la vendita con patto di riscatto e i contratti preliminari di compravendita, il patto di opzione, il mandato ad alienare senza obbligo di rendiconto, nonché il contratto di *sale and lease back*.

In tale contesto interpretativo è stato attribuito rilievo giuridico al patto marciano la cui origine storica si deve alla produzione del giurista latino Marciano che già nel vigente diritto giustiniano aveva prospettato un mezzo per superare il divieto di patto commissorio.

Il patto marciano, può essere definito come l'accordo fra il debitore ed il creditore con il quale si conviene che quest'ultimo, qualora il primo risulti inadempiente, acquisti la proprietà di una cosa ricevuta in garanzia pignoratizia o ipotecaria, versando nel contempo al debitore la differenza tra l'ammontare del credito e l'eventuale maggior valore del bene, accertato mediante una stima effettuata da un terzo successivamente all'inadempimento.

A determinare la sostanziale differenza tra le due tipologie pattizie, è quell'elemento oggettivo che attiene il rapporto fra il valore bene che costituisce la dazione in garanzia e l'ammontare del debito che la giustifica. Quindi, secondo questa interpretazione, è da ritenersi legittimo l'accordo per cui le parti stabiliscano una tutela *ex ante* delle ambizioni soddisfatorie del creditore, ma a condizione che vi sia una stima del bene – volto a sancire il giusto prezzo – che rappresenta la *datio in solutum* in caso di inadempimento del



debitore. Naturalmente, ove vi fosse una differenza positiva, il creditore sarebbe tenuto a restituire l'eccedenza al debitore espropriato.

Secondo la Suprema Corte, infatti: *«più che l'indagine sull'atteggiamento soggettivo delle parti», occorre garantire «l'accertamento di dati obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita) e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia». Tale sproporzione mostrerebbe «una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare».*

A contrario, «l'illiceità è invece esclusa», nel caso «del cd. patto marciano, in virtù del quale, al termine del rapporto, si procede alla stima ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito». (Cass. Sez. Unite 10986/2013)

Talaltro, la Cassazione è recentemente tornata sulla questione, confermando come: *«il patto marciano che preveda, al momento dell'inadempimento, un procedimento tale da assicurare la stima imparziale del bene entro tempi certi, esclude la violazione del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto al quale sia apposto»* (Cassazione Civile, sez. I, 28 gennaio 2016 n. 1625).

In tale quadro normativo e giurisprudenziale si è quindi inserito il meccanismo previsto dall'art. 2 della legge di conversione, il quale novella il Testo Unico in materia Bancaria e creditizia con l'art. 48 bis (*“Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato”*) che ha l'effetto di formalizzare per la prima volta nel nostro ordinamento il patto marciano.

3. Il nuovo art. 48 bis del T.U.B.

L'art. 48 bis del T.U.B. introduce la possibilità di concludere un contratto di finanziamento che abbia a garanzia il trasferimento a favore del creditore (o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata) di proprietà immobiliari o altri diritti reali



immobiliari, munito di una condizione sospensiva a cui è sottoposta l'efficacia del trasferimento stesso.

Tale contratto può essere concluso tra un imprenditore (non necessariamente di tipo commerciale) e una banca (ovvero altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, iscritto all'albo degli intermediari autorizzati dalla Banca d'Italia di cui all'art. 106 TUB).

Nello specifico, al comma 1, si prevede che in caso di inadempimento il creditore possa rivalersi sul diritto immobiliare su cui è stata posta la garanzia, anche nel caso in cui sia esso sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, già in corso o posteriore (comma 10).

In concreto, il creditore deve:

- al verificarsi dei presupposti, notificare al debitore (o, se diverso al titolare del diritto reale immobiliare), nonché a coloro che hanno diritti derivanti dal titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente alla trascrizione del patto, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, precisando l'ammontare del credito per cui procedere;
- decorsi 60 giorni dalla notifica della dichiarazione, chiedere al Presidente del Tribunale del luogo dove l'immobile è situato che venga nominato un perito affinché si proceda alla stima giurata del diritto immobiliare reale. Il perito, entro 60 giorni dalla nomina, provvede a comunicare la relazione ai soggetti interessati, i quali – entro 10 giorni dalla ricezione – possono inviare notare al perito, che – a sua volta – procede ai chiarimenti necessari (comma 6).

Il comma 7 prevede espressamente che qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare.



Il comma 2 ed il comma 3 dell'art. 48 bis, invece, definiscono in senso equitativo la portata dell'istituto: in linea con le caratteristiche proprie del patto marciano, il comma 2 prevede che il creditore – avvalso del patto – deve senz'altro restituire l'eventuale eccedenza fra l'ammontare del credito (più le spese relative al trasferimento) ed il valore della garanzia, la quale – continua il comma terzo – non può essere costituita da immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Il comma 4, specularmente al divieto previsto per i patti commissori, ammette che la convenzione possa essere stipulata sia al sorgere del contratto del finanziamento, sia in un secondo tempo, per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto, purché mediante atto notarile. In tale ultima ipotesi e, qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.

Il comma 5 disciplina invece le modalità di integrazione dell'inadempimento, il quale è tale ai fini della previsione di cui al comma 1 nell'ipotesi in cui:

- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza di almeno 3 rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili;
- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza di una sola rata, in caso di termini di scadenza delle rate superiori al periodo mensile;
- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento, nel caso in cui non sia previsto il pagamento rateale.

Il comma 5 – modificato in sede di conversione, dove il suddetto termine generale è stato elevato da 6 mesi a 9 mesi – ha aggiunto l'ulteriore previsione per la quale «*qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate di cui al primo periodo il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo è elevato da nove a dodici mesi*».



La condizione sospensiva di inadempimento, verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della predetta differenza, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento (comma 8).

Nel caso di adempimento della prestazione garantita, viceversa, è onere del creditore dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva (comma 13).

4. Conclusioni

Consapevoli che il tema affrontato in questo focus merita più ampie riflessioni che verranno approfondite singolarmente in un prossimo contributo, possiamo affermare che la nuova normativa risulta coerente alle finalità perseguite circa la rafforzata tutela del creditore e l'impatto potenzialmente deflattivo sull'attività giudiziaria, occorrerà però attendere il concreto utilizzo della norma da parte delle banche per valutarne l'effettiva portata.

Si può comunque sin d'ora ipotizzare un suo impiego con riferimento ai nuovi finanziamenti alle imprese, mentre riteniamo meno plausibile l'applicazione sullo stock di crediti già in essere, per i quali occorre considerare il fatto che l'entità dei crediti attuali spesso supera il valore dei beni immobili in garanzia nel contesto dell'attuale mercato immobiliare italiano, in particolar modo con riferimento a talune tipologie di cespiti immobiliari o con riferimento alla loro collocazione geografica in alcune aree depresse.

Riteniamo inoltre che il "trasferimento del bene sospensivamente condizionato all'inadempimento" potrà trovare applicazione in situazioni classificate "in bonis", "past due" "unlikely to pay", mentre non pare ipotizzabile l'utilizzo della clausola nei contratti già classificati "a sofferenza".

A ciò si aggiunga che le banche dovranno poi valutare attentamente il rischio dell'impatto sui propri bilanci derivante dall'acquisizione di un numero eccessivo di immobili,



dovendo valutare ex ante i costi relativi alla loro manutenzione, gestione, tassazione, nonché eventuali rischi e responsabilità civile a carico della banca nuova proprietaria.

Ci si riserva quindi di meglio approfondire in un secondo focus di prossima pubblicazione per i lettori di Iusletter l'incidenza in concreto dell'applicazione della nuova normativa, il coordinamento della medesima con le discipline vigenti (art. 2740 c.c., L. 3/12) con un approfondimento circa le principali questioni relative alla fase "patologica" della pattuizione marciana con riferimento al possibile eventuale ulteriore contenzioso che potrebbe sorgere dall'applicazione pratica delle nuove norme, l'accertamento dell'adempimento, i profili fallimentari e i possibili rimedi.

Tiziana Allievi – t.allievi@lascalaw.com

Laura Pelucchi – l.pelucchi@lascalaw.com

