



MASSIMO SARACENO

Notaio

IL PATTO MARCIANO NELLA DISCIPLINA DELL'ART. 48-BIS T.U.B.¹

SOMMARIO: 1. L'art. 48-bis del T.U.B. nel quadro della tradizionale ricostruzione del patto marciano: specialità e non eccezionalità della disposizione. – 2. La stipulazione del patto. – 3. Interferenze fra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia. – 4. L'inadempimento e il procedimento di stima. – 5. Implicazioni in tema di imposte indirette.

1. – L'art. 48-bis T.U.B., introdotto dall'art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, (d'ora in avanti anche art. 48-bis), s'inscrive in un rinnovato quadro normativo delle garanzie reali cc.dd. atipiche, non fondate cioè su un potere eteronomo di soddisfazione delle ragioni creditorie, ma incentrato su forme di autotutela *in executivis* finalizzate a sopperire all'inefficienza del sistema giudiziario di recupero del credito.

Del patto marciano, modellato alla stregua di un'alienazione dell'immobile sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, il detto art. 48-bis fornisce la più compiuta disciplina rispetto ai frammenti offerti dalla più recente normativa speciale, segnatamente contenuta nell'art. 11-*quaterdecies* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 (prestito vitalizio ipotecario), nell'art. 120-*quinqüesdecies* T.U.B. (credito ipotecario ai consumatori), nell'art. 6, comma 2, art. 4, comma 1, lett. b) e comma 2, e art. 5, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 (contratti di garanzia finanziaria), nell'art. 1, comma 7, del d.l. n. 59/2016 (pegno non possessorio) e nell'art. 1, comma 78, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*leasing* abitativo). Normativa che evidenzia, nel suo complesso, la meritevolezza degli interessi che stanno alla base del patto marciano, che si sostanzia – con ciò supe-

¹ Il presente lavoro riproduce quanto già pubblicato nel volume “70 Anni della Scuola di Notariato di Roma”, a cura della *Fondazione Anselmo Anselmi*, Roma, 2019, 369 ss.



rando il divieto del patto commissorio – nell’esigenza del debitore² di evitare un’appropriazione incontrollata dei beni oggetto di garanzia da parte del creditore, con un suo possibile ingiustificato arricchimento, attraverso un meccanismo (comune a tutte le norme sopra richiamate) di restituzione al debitore dell’eccedenza fra il valore del bene oggetto della garanzia (previa stima effettuata da un terzo imparziale) e l’ammontare del debito e, pertanto, di riproporzionamento dei valori in gioco (importo del debito e valore del bene). Un congegno negoziale, dunque, in cui il trasferimento non è la conseguenza di un negozio tipico che svolge indirettamente una funzione di garanzia, ma è causalmente giustificato dalla funzione “principale” di garanzia in cui la condizione di inadempimento contribuisce a delineare la causa concreta del trasferimento, *conforman-*

²La protezione del debitore è argomento di antica concezione. Le origini vanno ricercate nel diritto romano quando Costantino, mosso dalla spinta solidaristica sostenuta dal cristianesimo, introdusse il divieto del patto commissorio (per i precedenti cfr. V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, UTET, 1997, 557 ss.; per un’analisi storica e comparatistica cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 6; F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, 2009, 2; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, 2000, e *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1997, 119; F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1999). Il nostro ordinamento prevede tuttora tale divieto all’art. 2744 cod. civ.: “è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno”. Le ragioni del divieto per tradizione risiedono nella considerazione che il patto commissorio consentirebbe una “realizzazione coattiva della pretesa creditoria” rimessa alla volontà dei privati. Oltretutto ciò avverrebbe in un contesto contrattuale di prevedibile squilibrio di forze (E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell’autonomia privata in tema di garanzia e modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1931, 699). L’interpretazione che vede nel divieto del patto commissorio essenzialmente uno strumento di tutela del contraente debole è tralattivamente sostenuta dalla costante giurisprudenza (Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Corr. Giur.*, IV, 2016, 486, con nota di F. SCARDINO; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, II, 2013, 719; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, I, 1996, 3491; Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Vita not.*, V, 1983, 966, con nota di G. NAPOLEONE). In base ad altra dottrina, si è sostenuto che l’eventuale sproporzione tra ammontare del debito e valore del bene su cui il creditore dovrebbe soddisfarsi possa danneggiare (oltre al debitore) anche gli altri creditori in violazione del principio della *par condicio* (F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1946, 146; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1946, 69); sulla scia di questa corrente interpretativa, risulta preferibile la tesi che individuava la *ratio* dell’art. 2744 cod. civ. nella tutela congiunta della *par condicio* e del debitore, per cui ved. L. BARBIERA, *Garanzie del credito ed autonomia privata*, Jovene, 1971, 261; volendo cfr. anche G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, nota a Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, X, 2013, 2023, secondo cui l’art. 2744 cod. civ. deve considerarsi violato solo quando “l’operazione posta in essere sia idonea a determinare un reale pregiudizio alle ragioni degli ulteriori creditori”, e che “l’indicatore della liceità o meno del patto andrebbe ravvisato nella capienza del patrimonio residuo del debitore”.



do sul piano reale la situazione giuridica dominicale oggetto di trasferimento³ e, così, superando definitivamente le più antiche posizioni giurisprudenziali le quali, dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite del 1989 in poi, avevano bandito la liceità delle alienazioni in garanzia perché in contrasto con il divieto del patto commissorio⁴.

In realtà, la ricostruzione causale del congegno negoziale di “marca marciana” è ben più variegata e complessa rispetto a quanto sopra sostenuto in chiave apparentemente assertiva⁵, ma un’analisi esaustiva delle posizioni dottrinali stratificatesi nel corso degli ultimi venti anni esulerebbe dai limiti del presente lavoro, finalizzato ad offrire alcuni spunti di riflessione – a beneficio degli operatori pratici – su uno dei “marciani secondi”⁶ e, segnatamente, su quello a garanzia dei finanziamenti alle imprese, per come enucleato nella disciplina dell’art. 48-bis.

In passato, sul piano strutturale, si era soliti distinguere tra alienazione in garanzia sospensivamente condizionata e vendita a scopo di garanzia con patto di riscatto. La linea di discriminare veniva tradizionalmente individuata nel momento di produzione dell’effett-

³ G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, primo semestre 2016*.

⁴ Si tratta della Cass. civ., sez. un., sent. 3 aprile 1989, n. 1611, nella quale viene ben evidenziato che la struttura dell’alienazione (sospensivamente condizionata all’inadempimento ovvero risolutivamente condizionata all’adempimento) non incide sulla portata materiale del divieto, che trova applicazione in tutti i casi in cui la causa della vendita venga piegata a uno scopo illecito di garanzia. La norma di cui all’art. 2744 cod. civ. costituisce una novità rispetto al ristretto ambito di applicazione del divieto delineato nel codice del 1865 in cui la nullità era prevista nelle sole ipotesi di dazione di pegno e anticresi. Nonostante, peraltro, la veste formale del patto commissorio illecito sia limitata ai soli casi di alienazione sospensivamente condizionata all’inadempimento da parte del debitore ipotecario (quindi come patto aggiunto alla costituzione di ipoteca), è ormai pacifico che il divieto si applichi anche alle alienazioni in garanzia autonome e alle vendite risolutivamente condizionate o con patto di riscatto.

⁵ Si va dalla ricostruzione volta a configurare il patto marciano come una *datio in solutum* preventiva o “anticipata” (da ultimo S. PAGLIANTINI, *Sull’art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento in I nuovi marciani* di G. D’Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Giappichelli, 2017, 42 ss.) all’autorevole pensiero di chi, invece, ponendo il trasferimento marciano al di fuori della fase attuativa dell’obbligazione, ne coglie l’essenza funzionale nel ruolo di strumento di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie con una collocazione plastica a valle sia dell’attuazione del rapporto obbligatorio che della disciplina convenzionale dell’inadempimento e, segnatamente, nella fase di realizzazione coattiva del credito (A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2017, 1398 ss.). Sia consentito condividere quest’ultima impostazione anche se è innegabile che, essendo il trasferimento condizionato pattuito in un momento anteriore all’inadempimento, la funzione di realizzazione coattiva del credito resti sullo sfondo, in quanto solo eventuale, dovendosi piuttosto apprezzare l’interesse causalmente rilevante del creditore ad essere prima di tutto garantito per l’eventualità dell’inadempimento mediante il ricorso a strumenti atipici di garanzia.

⁶ L’espressione è di A.A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 2017, 813 ss., il quale ravvisa nei marciani di diritto speciale un sottotipo di quello che, denominato “marciano primo”, dovrebbe trovare una disciplina codicistica generale in un novello art. 2744-bis cod. civ.



to traslativo: con la scadenza del termine per l'adempimento nell'alienazione sospensivamente condizionata ovvero immediatamente con la stipula dell'atto, nella vendita con patto di riscatto, ma con consolidamento dell'effetto traslativo solo in caso di mancata restituzione della somma mutuata nel termine previsto per l'esercizio del diritto di riscatto. La giurisprudenza di legittimità⁷, nelle prime applicazioni di tali fattispecie, ritenne che solo la prima fattispecie rientrasse nell'ambito applicativo dell'art. 2744 cod. civ. mentre la vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia, al contrario, potesse ritenersi lecita, al di là del motivo addotto dalle parti, anche nell'ipotesi – espressamente considerata – in cui l'intento concreto fosse quello di creare la garanzia per un credito attraverso, ad esempio, il trasferimento immediato di un bene senza pagamento del prezzo, ma tramite contestuale erogazione di un mutuo il cui credito andasse a compensarsi con quello relativo al prezzo della vendita; oppure, ancora, quando il prezzo venisse corrisposto, ma costituisse esso stesso il finanziamento garantito dal trasferimento del bene⁸.

La Cassazione⁹, nel tempo, propose una diversa interpretazione: l'indice di liceità della vendita con patto di riscatto venne individuato nella causa effettiva dell'operazione negoziale¹⁰ svalutando, conseguentemente, il momento di produzione dell'effetto traslativo, da non considerarsi più così determinante nell'apprezzamento della meritevolezza dei divisati interessi.

Quando la causa del negozio fosse, pertanto, quella di garantire un mutuo, essa si presterebbe ad eludere in ogni caso, mediante procedimento simulatorio, il divieto del patto commissorio, così realizzandosi, al di là della struttura in concreto utilizzata, un negozio in frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.

Tale orientamento, inizialmente disatteso, trovò conforto in due pronunce a Sezioni Unite della Cassazione¹¹, nelle quali si affermò a chiare lettere che nella vendita con pat-

⁷ Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Mass. giur. it.*, 1979; Cass., 15 settembre 1970, n. 1426, in *Mass. Giust. civ.*, 1970.

⁸ A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1987, 224 e, *amplius*, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Giuffrè, 2007; P. GRECO-G. COTTINO, *Vendita*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1981, 331.

⁹ Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit., 966; cfr. anche l'isolata Cass., 10 febbraio 1961, n. 288, in *Foro it.*, VII, 1961, 1155.

¹⁰ Cfr. in proposito, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, UTET, 1972, 613, e V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 557 ss., che distingue tra compravendita e alienazione a scopo di garanzia.

¹¹ Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, 522, con nota di F. Mariconda, ed in *Giust. civ.*, I, 1989, 1569, con nota di N. Canessa; Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, I, 1990, 205, con nota di G. Valcavi.



to di riscatto la causa di garanzia è incompatibile con quella della vendita quando il denaro non sia versato dal compratore a titolo di pagamento del prezzo, ma di erogazione di un mutuo, e altresì quando il trasferimento del bene crei una posizione di garanzia suscettibile di evolversi in base all'adempimento del debitore. La precarietà di una simile situazione – si sostiene – costituisce nondimeno elemento rivelatore della causa di garanzia, indirizzata all'elusione di una norma imperativa¹².

Il problema della compatibilità tra patto commissorio e patto marciano trova le sue radici nel *sale and lease back* (c.d. vendita con leasing di ritorno).

Si tratta di un contratto atipico contenente due negozi legati da un fine unico: vendita e locazione finanziaria¹³. È il caso tipico di un'impresa che vende un suo bene strumentale ad una società finanziaria, la quale ne paga il corrispettivo e contestualmente lo (ri)cede in leasing all'impresa, con la previsione di un canone periodico per l'utilizzo e della facoltà di riacquisto alla scadenza del contratto ad un prezzo predeterminato. In questo caso il canone non solo rappresenterebbe il corrispettivo della locazione, ma anche una modalità di rimborso del finanziamento.

La giurisprudenza di legittimità¹⁴, nonostante abbia riconosciuto la liceità dell'operazione suddetta, ha affermato che la struttura negoziale prescelta non debba comunque essere in concreto attuata al fine di aggirare il divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ.

L'*excursus* storico appena delineato consente di affermare come, analogamente a quanto avvenuto per l'apprezzamento della meritevolezza di altre strutture negoziali atipiche, da una concezione della causa del contratto di tipo formale, indifferente per sua natura alle esigenze pratiche, si sia passati ad una concezione della causa in concreto, tesa a favorire i rapporti economici e la libera formazione della volontà contrattuale¹⁵. Se ciò è distintamente rinvenibile nella "causa di leasing"¹⁶, non si vede perché la causa di garanzia, esimendosi dal ledere in concreto norme imperative, debba essere esclusa a prescindere da qualsiasi contestualizzazione. Sulla scorta di quanto detto, la Cassazione ha riqualificato il patto marciano come rimedio per la validità di un negozio altrimenti

¹² Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, cit., 719.

¹³ Cfr. A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, IV, 2000, 489; M. NATALE, *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, VI, 2015, 1595.

¹⁴ Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, con nota di G. Cassano, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. it.*, V, 2005, 925; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit., 3491.

¹⁵ Cfr. U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Giappichelli Editore, 2000.

¹⁶ Cfr. Cass., 9 settembre 2014, n. 18920, in *Not.*, I, 2015, 77; Cass., 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Giust. civ.*, I, 1990, 28.



illecito, in particolare enunciando che: “*il patto marciano... esclude l’illiceità della causa del negozio, la quale non sussiste pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongono un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino inserite entro schemi negoziali che tale abuso escludono in radice, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e del c.d. patto marciano*”¹⁷.

Il definitivo superamento delle impostazioni tradizionali, impennate intorno all’esigenza di evitare una coazione morale a danno del debitore, il quale si vedrebbe costretto a consentire il trasferimento della proprietà in favore del creditore ipotecario in dispregio della *par condicio creditorum*, ha comportato la riconduzione del fondamento del divieto del patto commissorio all’obiettivo di evitare situazioni di oggettivo squilibrio sinallagmatico fra le prestazioni contrattuali indipendenti da situazioni soggettive di approfittamento di qualsiasi stato di *bisogno* in cui versa, in ipotesi, il debitore alienante.

Il recupero della liceità delle alienazioni in garanzia, qualora strutturate in maniera tale da assicurare un corretto proporzionamento dei valori in gioco attraverso il ricorso a una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed operata da un terzo imparziale che sia volta a stabilire quale sia l’eventuale importo che il creditore sia tenuto a restituire a fronte del definitivo incameramento della proprietà del bene del debitore, consente pertanto di affermare la generalizzata validità del patto marciano, ancora prima e indipendentemente dalla previsione di norme settoriali. La previsione che il creditore versi al debitore la differenza tra l’ammontare del credito e il valore del bene del quale abbia conseguito o venduto la proprietà, dietro stima di un terzo imparziale, erige il patto marciano a correttivo in grado di eliminare la circostanza che il creditore possa abusare dello stato di bisogno del debitore, acquisendo un bene dal valore non proporzionato al debito.

La disciplina dell’art. 48-*bis*, per quanto speciale, perché fondata sulla necessaria sussistenza di presupposti soggettivi e oggettivi del finanziamento cui accede il patto marciano, non può essere dunque riguardata come normativa eccezionale insuscettibile di applicazione analogica, in quanto portatrice di valori generalizzabili anche al di fuori del contesto normativo in cui tale patto marciano è normativamente inserito¹⁸. Un meccani-

¹⁷ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Giur. it.*, XI, 2015, 2341, con nota di V. VITI: la sentenza riprende testualmente il principio già enunciato da Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, cit., 925, e Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, cit., 719; cfr. anche A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. Not.*, III, 2016, p.751 ss.

¹⁸ M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studio CNN 1-2017/C*, il quale ricostruisce la fattispecie come “epifania settoriale di una regola generale”; in termini critici S. PA-



smo procedimentale, quindi, estensibile su base pattizia anche ai rapporti privatistici di diritto comune, sia pure nei limiti in cui non vengano derogate regole di pubblicità immobiliare, quali quella contenuta nel comma 4, cioè l'efficacia prenotativa dell'ipoteca rispetto alla trascrizione del patto marciano, ovvero quella di cui al comma 9 che, attribuendo al creditore il potere di rendere la dichiarazione unilaterale di avveramento della condizione sospensiva di inadempimento, inverte il principio generale di cui all'art. 2668, cod. civ., in virtù del quale la dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva può essere unilateralmente resa da colui a danno del quale l'evento si è verificato (cioè il debitore alienante); o, ancora, non si introducano deroghe ai principi processualcivilistici in tema di espropriazione forzata, come quella di cui al comma 10, che attribuisce al giudice dell'esecuzione, quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto di cui al comma 1 sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, il potere di accertare il verificarsi della condizione sospensiva di inadempimento e darne atto con decreto, così determinando la produzione dell'effetto traslativo in favore del creditore con il quale sia stato stipulato il patto marciano, fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante.

Sotto quest'ultimo profilo, la tutela della *par condicio creditorum* nei marciani di diritto comune non sembra essere in alcun modo compromessa. Ove, infatti, vi siano creditori iscritti anteriori alla trascrizione del patto, ad essi quest'ultima trascrizione risulterà inopponibile, fatta comunque salva l'esperibilità della revocatoria; mentre, invece, l'impossibilità dei creditori iscritti successivamente alla trascrizione del patto di esercitare l'azione esecutiva e, pertanto, di far valere le proprie cause di prelazione non preclude loro il diritto di agire sul credito costituito dal supero che il creditore assistito dal patto dovrà restituire al debitore in caso di eccedenza fra il valore di stima e l'importo del debito, sia pure con gli evidenti limiti della volatilità del danaro¹⁹.

La particolare disciplina di cui al comma 10 dell'art. 48-*bis* non sarà, invece, generalizzabile, in quanto norma eccezionale che attribuisce al giudice il potere – in deroga alle regole di pubblicità immobiliare dall'applicazione delle quali sarebbe derivata l'inoppo-

GLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento* cit., 44; S. PAGLIANTINI, *Nuovi Modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur.It.*, 2017, 1715 ss.; S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leg. civ. comm.*, V, 2016, 948.

¹⁹ Così A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art.48 bis T.U.B.: è davvero patto marciano?*, in *Corr.Giur.*, 2016, 1477 ss.



nibilità della trascrizione del patto ai creditori precedentemente iscritti – di dar atto dell'avveramento della condizione sospensiva e determinare il trasferimento in favore del creditore assistito dalla garanzia marciaria in luogo dello svolgimento della procedura di subastazione dell'immobile secondo le regole ordinarie della vendita forzata.

Né sembra precluso all'autonomia privata qualificare l'inadempimento, nei marciari di diritto comune, con i caratteri rafforzativi di cui al comma 5 dell'art.48 bis, i quali al più esaltano il grado di protezione del debitore alienante fino a quando l'inadempimento non appaia così grave da indurre il creditore ad attivare la peculiare garanzia reale costituita a proprio favore.

Più problematica appare l'esportazione della disciplina dell'art. 48-bis in altre figure negoziali caratterizzati da una forte asimmetria, cioè da una peculiare debolezza del soggetto finanziato, come ad esempio nel prestito vitalizio ipotecario dove il congegno del patto marciario è affidato ad un meccanismo obbligatorio, fondato su un mandato irrevocabile in *rem propriam* ad alienare che accede necessariamente ad una pregressa garanzia ipotecaria (senza che sia espressamente prevista, come nell'art. 48-bis, un'alienazione in garanzia sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento), ovvero nel credito ipotecario ai consumatori su immobili residenziali, in cui in realtà non è esclusa la possibilità di prevedere un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, ma con i limiti propri dell'esdebitazione e della necessità che il patto marciario sia pattuito contestualmente al finanziamento, che sono caratteristiche essenziali proprie di quest'ultima forma di finanziamento (ai consumatori).

2. – A caratterizzare il patto marciario tra banche e imprese, l'art. 48-bis prevede lo schema strutturale del trasferimento sospensivamente condizionato.

In linea astratta, il legislatore della novella avrebbe potuto lasciare aperte, alternativamente, più strade attraverso le quali conformare la garanzia marciaria senza impingere nel divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. evolutivamente reinterpretato, e segnatamente:

1. Trasferimento del bene in garanzia sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento;
2. Trasferimento del bene in garanzia sotto la condizione risolutiva dell'adempimento;
3. Trasferimento in garanzia *tout court* del bene al creditore, con la previsione dell'obbligo di ritrasferimento in capo al debitore al momento dell'adempimento;
4. Mandato a vendere il bene in caso di inadempimento trattenendo il prezzo senza dar luogo a trasferimenti al momento della conclusione del contratto di finanziamento (e quindi – con soluzione sostanzialmente analoga a quella fatta propria dalla normativa in



tema di prestito vitalizio ipotecario – con compensazione fra il debito garantito e l’obbligazione del creditore/mandatario di rimettere al debitore *ex art.1713 cod. civ.* quanto ricavato dalla vendita sino a concorrenza del credito garantito);

5. Contratto preliminare di trasferimento del bene condizionato all’inadempimento.

Le conseguenze di ciascun negozio sono comprensibilmente differenti.

Nella prima fattispecie – trasferimento sospensivamente condizionato all’inadempimento – il debitore conserva la disponibilità del bene. Si applicheranno gli artt. 1353 ss. cod. civ., con particolare riferimento all’art. 1357 cod. civ., per gli atti di disposizione e all’art. 1361 cod. civ., per gli atti di amministrazione. Gli atti di disposizione del bene ceduto in garanzia posti in essere dal debitore-proprietario saranno leciti, ma inopponibili all’acquirente sotto condizione sospensiva che vanti a proprio favore una trascrizione prioritaria e potranno, ovviamente, essere volontariamente sottoposti a condizione risolutiva in cui l’evento dedotto in condizione è il medesimo di quello dedotto nella precedente condizione sospensiva, di talché il medesimo evento determinerà nel contempo la definitiva efficacia del primo atto di alienazione e la risoluzione degli effetti di quello successivo²⁰.

È stato giustamente rilevato come la retroattività tipica degli effetti scaturenti dall’avveramento della condizione andrebbe opportunamente esclusa dal patto per accordo tra le parti, ai sensi dell’art. 1360 cod. civ.²¹. In caso contrario, il creditore si troverebbe responsabile di tutte le spese e imposte inerenti al bene fin dal momento della conclusione del contratto.

Diversamente, il trasferimento in garanzia sotto condizione risolutiva dell’adempimento priva da subito il debitore della proprietà del bene, impedendo così che possano essere compiuti atti di disposizione e amministrazione pregiudizievoli per il creditore, sul quale graveranno spese e imposte.

Un mandato a vendere, strutturalmente diverso dal trasferimento condizionato, non comportando alcun effetto traslativo immediato del bene, incontrerebbe invece problemi di rilievo pubblicistico al pari di un trasferimento in garanzia *tout court*, nel quale il de-

²⁰ S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marcano fra tipicità e atipicità*, in *Riv. Not.*, III, 2017, 591 ss.

²¹ Ved., *amplius*, F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996, 375; A. FALZEA, *Condizione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, 3; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, 1975, 140; sulla retroattività della condizione cfr. anche M. COSTANZA, *Condizione nel contratto*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1997, 122.



bitore riceve tutela esclusivamente con la previsione di un mero obbligo di ritrasferimento per il caso dell'adempimento²².

In quest'ultimo caso la tutela del creditore si ridurrebbe su un piano essenzialmente obbligatorio qualora il debitore alieni a terzi il bene nelle more del finanziamento. Sebbene sia possibile rintracciare una "presunzione" di trascrivibilità insita nell'art. 2645 cod. civ., affermandone il suo contenuto "elastico", il principio di tipicità della trascrizione²³ impone di escludere una autonoma trascrivibilità del mandato a vendere²⁴.

In linea astratta, *nulla quaestio* in ordine all'ammissibilità di un mandato irrevocabile (in *rem propriam* ex art. 1723, comma 2, cod. civ.) a vendere a favore della banca mutuante che, in luogo della stipula del patto marciano ex art. 48-*bis*, preferisca inserire una clausola nel contratto di mutuo che le conferisce poi la legittimazione ad alienare il bene in caso di inadempimento del debitore – mutuatario²⁵.

Tale struttura pattizia si presterebbe, peraltro, a eludere il complesso di cautele apprestato dall'art. 48-*bis* a tutela del debitore sia sul piano della qualificazione dell'inadempimento di cui al comma 5 che in ordine alle altre cautele procedimentali elette a "marcatore d'identità"²⁶ del patto marciano disegnato dal legislatore del 2016.

Nel caso, invece, della cessione con obbligo di ritrasferimento, l'art. 2645-*bis*, cod. civ. potrebbe in astratto trovare applicazione solo in relazione a finanziamenti di durata infratriennale, atteso che gli effetti della trascrizione di cui trattasi cessano al trascorrere massimo di tre anni²⁷.

Anche, in tal caso, peraltro, al di là degli aspetti relativi alla pubblicità immobiliare, il trasferimento immediato della proprietà in favore del creditore, sia pure temperato dall'obbligo di ritrasferimento, mal si concilierebbe con le tutele procedimentali previste dalla novella di cui all'art. 48-*bis*.

Formalmente l'inversione strutturale del patto quale alienazione sottoposta a condizione risolutiva di adempimento non avrebbe costituito un eccesso di garanzia (per il

²² Cfr. in particolare D. CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia*, in *Not.*, I, 1998, 61 ss.; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, I, 1996, 1058; R. GENGHINI, *Patto commissario e procura a vendere*, in *Contr. impr.*, I, 1995, 260 ss.

²³ Per tutti ved. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da F. Gazzoni e E. Gabrielli, Utet, I, 2012, 85.

²⁴ Ved. Anche R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Cedam, 1996.

²⁵ R. LENZI, *La cessione in garanzia*, *Studio CNN 341-2009/C*, in *Studi e materiali*, I, 2010, 3 ss.

²⁶ Si esprime in tali termini S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., 7.

²⁷ S. CAMPOLATTARO, cit., 591 ss.



creditore) e di responsabilità patrimoniale (per il debitore)²⁸, ma la scelta del legislatore non sembra consentire una deroga pattizia allo schema negoziale previsto.

E ciò non tanto in quanto la procedimentalizzazione dell'acquisto della proprietà da parte del creditore, che dà luogo a una fattispecie acquisitiva a formazione progressiva in cui l'effetto traslativo non è automaticamente riconnesso all'inadempimento ma consegue a una dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto, appaia incompatibile con l'automatismo – tipico della condizione risolutiva di adempimento – del consolidamento dell'acquisto della proprietà in capo al creditore all'atto dell'inadempimento; dal momento che, specularmente, potrebbe convenirsi anche nel meccanismo negoziale dell'alienazione sottoposta a condizione risolutiva la posposizione di tale effetto di consolidamento dell'effetto traslativo al momento della dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto²⁹.

Piuttosto, l'incompatibilità dell'alienazione sotto condizione risolutiva deve essere affermata con la particolare disciplina di cui al comma 10 dell'art. 48-*bis* che, come si è detto, pur non costituendo norma eccezionale, presenta lo *stigma di una specialità di trattamento*³⁰, la quale mette tra parentesi tutti i marciani di diritto comune³¹.

In altri termini, rispetto al modello generale di patto marciano o, se si preferisce, al patto marciano di diritto comune, sicuramente modellabile alla stregua di un'alienazione risolutivamente condizionata, il sottotipo afferente al credito (bancario) alle imprese di

²⁸ Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 93.

²⁹ L'automatismo del consolidarsi dell'effetto traslativo all'atto dell'inadempimento costituisce uno dei motivi che inducono parte della dottrina (cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 93) a ritenere incompatibile con lo schema dell'art. 48 bis l'alienazione sotto condizione risolutiva di adempimento. Ulteriore motivo di inammissibilità dell'alienazione della condizione risolutiva risiede, secondo l'autore, nella circostanza che la stima del bene, nella logica dell'art. 48 bis, è da compiersi al tempo dell'inadempimento, mentre in caso di condizione risolutiva essa è anticipata al momento della stipula. Anche sotto tale profilo, peraltro, non è da escludersi che, almeno in linea astratta, la stima venga concordemente riferita, nel patto, al momento dell'inadempimento (qualificato), cosicché il creditore consoliderà il proprio acquisto solo al momento in cui restituirà al debitore la differenza fra il valore di perizia a tale data rispetto al debito.

³⁰ L'espressione è di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 95, nota 191.

³¹ In senso contrario si esprime A.A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., 818 s., secondo il quale "la struttura risolutivamente condizionata – proprio perché realizza già in prevenzione l'effetto traslativo – è quella che, nell'alternativa con la struttura sospensiva condizionata, risulta di per sé stessa idonea a portare vantaggi maggiori nella posizione del creditore garantito nei confronti della posizione del debitore e dei creditori chirografari di questi". Nello stesso senso si esprime A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1416.



cui all'art. 48-*bis* è configurabile come contratto legalmente tipico governato da norme tendenzialmente cogenti che conferiscono un carattere rigido a tali convenzioni speciali, anche sul piano della conformazione della struttura traslativa³².

Sul piano formale, non viene menzionata la possibilità che il patto marciano possa essere contratto attraverso una scrittura privata autenticata, di per sé sufficiente alla trascrizione. L'opzione legislativa rivolta a privilegiare la forma dell'atto pubblico si spiega, a mente dell'art. 474, comma 2, cod. proc. civ. con il rilievo che esso solo (e non la scrittura privata autenticata) consente l'esecuzione forzata per il rilascio dell'immobile successivamente all'avverarsi della condizione. Si ritiene, comunque, che tale forma non sia richiesta *ad substantiam* e che, comunque, sia valido un patto marciano stipulato con scrittura privata autenticata³³.

Il comma 4 di cui all'art. 48-*bis*, nonostante si presti ad interpretazioni estensive, sembrerebbe non consentire la stipula del patto marciano se non contestualmente alla conclusione di un contratto di finanziamento o in sede di modifica delle condizioni contrattuali di un rapporto ancora in essere³⁴.

La successiva modifica delle condizioni contrattuali potrà anche avvenire in sede di surrogazione per volontà del debitore secondo lo schema negoziale dell'art. 120-*quater*, T.U.B. (a differenza di ciò che accade nel credito ipotecario ai consumatori dove, *ex art. 120-quinquedecies*, T.U.B., ciò non è consentito), nel senso che la banca a favore della quale opera la surrogazione potrà, oltre che annotare a proprio favore l'ipoteca già esistente, anche richiedere il trasferimento in garanzia sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento.

³² Sul carattere cogente della disciplina dei sottotipi di marciano di nuovo conio cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1414, il quale peraltro ammette poi la derogabilità della struttura del patto a favore del modello dell'alienazione risolutivamente condizionata. Appare suggestiva l'idea di D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. Not.*, 2016, 1127, secondo il quale è ipotizzabile l'apertura, nelle medesime fattispecie prese in esame dall'art. 48-*bis*, verso marciani anche strutturalmente diversi dall'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata, purché venga mantenuto per il debitore un grado di tutela almeno pari a quello offerto dalla disciplina settoriale, soprattutto in ordine al c.d. inadempimento qualificato onde impedire che qualsiasi morosità, anche meno grave, possa consentire al creditore l'esercizio della facoltà di dar luogo al trasferimento. In realtà la rigidità procedimentale prevista dall'art. 48-*bis*, che ruota intorno ad una precisa valutazione legale tipica operata dal legislatore per i finanziamenti concessi da Banche a imprese e non garantiti da abitazioni principali del proprietario, sembra impedire il ricorso a strutture marciane atipiche, anche se modellate con lo stesso grado di tutela del debitore.

³³ A. BARLETTA, *Patto Marciano o patto "marciano"*, in *Tavolo di studio sulle esecuzioni italiane a cura dell'associazione T.S.E.I. (T6)*, n. 4-17, 9 marzo 2017, 25.

³⁴ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, 3, il quale ipotizza, appunto, che la clausola marciana possa essere aggiunta con atto notarile ai contratti di finanziamento già in essere alla data di entrata in vigore della legge.



Nonostante il silenzio della norma, non è da escludersi, a meno di non voler accogliere un'interpretazione eccezionalmente restrittiva non fondata su alcuna ragione logica, che il finanziamento possa nascere *ab initio* assistito da una garanzia ipotecaria (anche per i finanziamenti concessi dopo l'entrata in vigore della legge) con un patto di futura alienazione in garanzia tutte le volte in cui al momento del finanziamento non sia stipulabile un atto ad effetti reali (sia pure differiti per il meccanismo condizionale) per motivi urbanistici (necessità di previa regolarizzazione urbanistica) o catastali (mancanza di deposito della planimetria catastale o difformità della stessa dallo stato di fatto). In questo modo il creditore sarebbe *medio tempore* garantito dall'ipoteca con un effetto prenotativo rispetto alla futura alienazione da stipularsi nel prosieguo ove sopraggiungano in futuro le condizioni per la commerciabilità su base negoziale dell'immobile³⁵.

È evidente che quando l'alienazione in garanzia sia conclusa successivamente, in sede di modifica delle condizioni contrattuali, essa conviverà con una preesistente ipoteca, che produce un singolare effetto prenotativo rispetto alla trascrizione dell'alienazione in garanzia, nel senso che le iscrizioni e trascrizioni successive all'iscrizione ipotecaria, ma anteriori alla trascrizione dell'alienazione, saranno inopponibili al creditore/acquirente e ai successivi aventi causa.

Il limite alla stipula di un patto marciano successivo alla concessione del finanziamento deve piuttosto ravvisarsi nell'impossibilità che esso consegua a un inadempimento grave del debitore, secondo i canoni dell'art. 1455 cod. civ. e dell'art. 40 T.U.B., giac-

³⁵ In senso contrario N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, in *Le Nuove leg. civ. comm.*, V, 2017, 1018, il quale rileva la tendenziale inutilità della sovrapposizione della garanzia ipotecaria con quella marciana e che “la conclusione *ab initio* del patto di cui all'art.48-bis T.U.B., in caso di presenza di ostacoli tecnici all'operare del marciano, consentirà comunque al creditore di ricorrere al processo esecutivo, nell'ambito del quale far valere, proprio in applicazione del comma 13 bis, la prelazione nascente dall'alienazione condizionata”. In realtà, ove sussistano impedimenti di ordine formale (per motivi urbanistici e/o catastali) all'alienazione, al creditore non sarà solo preclusa la facoltà di avvalersi del patto secondo il procedimento “negoziale” di cui ai commi da 5 a 8 (e consentita, invece, la procedura giudiziale esecutiva all'interno della quale far valere la prelazione di cui al comma 13-bis), ma sarà impedita *ab origine* la stipula dell'alienazione condizionata, che è fattispecie traslativa perfetta sul piano strutturale, salvo il differimento dell'effetto traslativo al momento dell'inadempimento, la quale pertanto richiede il rispetto di tutte le menzioni formali prescritte dalla legge. Conviene sulla cumulabilità della garanzia ipotecaria con l'alienazione in garanzia, anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della novella, D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, cit., 1123, il quale pone l'accento sulla diversità dei presupposti per l'escutibilità dell'ipoteca e per l'efficacia del trasferimento condizionato ex art. 48-bis T.U.B: mentre la prima è escutibile al ricorrere di un evento convenzionalmente stabilito dalle parti (mancato pagamento da parte del debitore, recesso o risoluzione del contratto), nel patto marciano di cui all'art. 48-bis T.U.B. il creditore dovrà attendere *almeno* nove mesi dal mancato adempimento da parte del debitore prima di esercitare la facoltà di avvalersi del patto.



ché in tal caso difetterebbe la possibilità di avveramento dell'evento dedotto nella condizione sospensiva apposta all'alienazione e orienterebbe l'interprete verso una qualificazione della fattispecie quale *datio in solutum*³⁶.

La stipula del patto deve avvenire nel rispetto delle prelazioni legali, in quanto connotata alle funzioni delle stesse è la loro prevalenza sui trasferimenti di carattere negoziale con esse incompatibili: la natura di garanzia del trasferimento marciano non incide sulla necessità del rispetto degli interessi di coloro che vantino sul bene un diritto di prelazione legale, e a conclusione non diversa dovrebbe pervenire anche nella diversa prospettiva (qui non condivisa) della ricostruzione del patto marciano quale *datio in solutum* preventiva³⁷. Ciò dovrebbe, conseguentemente, comportare il subentro del prelazionario riscattante al creditore marciano in tutti i casi in cui sia stata omessa la *denuntiatio* con le modalità di volta in volta disciplinate dalla legge e il prelazionario intenda esercitare il diritto di riscatto.

3. – Il comma 4 dell'art. 48-*bis* contempla un singolare effetto prenotativo dell'ipoteca, già eventualmente iscritta a favore del medesimo creditore nei confronti del quale viene successivamente trascritto il patto marciano³⁸, consistente nell'anticipazione degli effetti della trascrizione del patto al momento dell'iscrizione ipotecaria, di guisa che il marciano trascritto prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite posteriormente all'iscrizione ipotecaria vantata dalla banca creditrice.

Poiché la trascrizione del patto prevale anche sulla trascrizione degli eventuali pigno-

³⁶ S. PAGLIANTINI, *Sull'art.48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 93. Sotto questo profilo, desta qualche perplessità l'impostazione di N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, cit., 1015, il quale ritiene che, quando si verifichi l'inadempimento e il creditore attivi il marciano, l'alienazione svolge una funzione che non è di garanzia, bensì solutoria, comportando l'estinzione dell'obbligazione e ponendosi quale alternativa (possibile, ma non necessaria) al processo esecutivo. In realtà appare più corretto apprezzare l'aspetto funzionale del negozio, che vale a colorare causalmente la fattispecie, al momento della sua conclusione, che in ipotesi è sempre anteriore all'inadempimento; pertanto, il patto marciano "speciale" di cui all'art.48 bis T.U.B., al pari di quello di diritto comune, svolge sempre una funzione di garanzia, essendo il meccanismo dell'alienazione negoziale soltanto una modalità, alternativa all'escussione giudiziale della garanzia ipotecaria, di soddisfacimento delle ragioni creditorie. Altro è il patto concluso successivo all'inadempimento, che svolge un'evidente funzione solutoria, ed è sostanzialmente assimilabile ad una *datio in solutum*.

³⁷ Così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano*, cit., 14.

³⁸ Si tratta, come anticipato nel testo, dell'ipotesi in cui il finanziamento originariamente garantito dall'ipoteca venga poi garantito pure dal patto marciano.



ramenti³⁹ anteriori alla trascrizione del patto medesimo, con il solo limite di un decreto di vendita, di un'ordinanza di aggiudicazione ovvero di assegnazione, è stato sostenuto⁴⁰ che detta disposizione contenga una deroga agli artt. 2913 e 2914 cod. civ.

In realtà, la deroga è solo apparente sol che si consideri che l'efficacia prenotativa dell'ipoteca determina l'anticipazione cronologica degli effetti della trascrizione del patto al momento dell'iscrizione ipotecaria, il che giustifica – in perfetta coerenza con il disposto degli artt. 2913 e 2914 cod. civ. – la prevalenza sulla trascrizione dei pignoramenti successivi.

L'anomalia, che costituisce un *unicum* nel sistema della pubblicità immobiliare, risiede piuttosto nel legame effettuale instaurato fra un'iscrizione e una trascrizione senza che fra le due forme di pubblicità vi sia “alcuna forma di affinità strutturale, se non la funzione di garantire la medesima obbligazione”⁴¹.

L'effetto prenotativo delineato dell'art. 48-*bis*, comma 4, non è soggetto ai limiti temporali tipici della sequenza preliminare – definitivo previsti dall'art. 2645-*bis* cod. civ. ma perdurerà per tutto il tempo di validità temporale della garanzia ipotecaria, cioè venti anni, salva la rinnovazione, sul presupposto della persistenza del rapporto obbligatorio.

È, però, necessario che vi sia una corrispondenza soggettiva fra il creditore ipotecario e quello a favore del quale sia trascritto il patto, salvi i casi di: i) alienazione a favore di società controllate o collegate rispetto al creditore ipotecario (confermato dal primo comma dell'art. 48-*bis*); ii) surrogazione, nel senso che ove l'ipoteca risulti iscritta a favore di ALFA e poi annotata di surrogazione *ex art.* 2843 cod. civ. a favore di BETA, il trasferimento dovrà avvenire a favore di BETA; iii) cartolarizzazione del mutuo ipotecario, nel qual caso il subentro nella garanzia ipotecaria costituisce un effetto *ope legis* della cartolarizzazione *ex art.* 58, T.U.B., senza necessità di annotazione a favore della società di cartolarizzazione e in questo caso, pertanto, il trasferimento potrà a favore della società di cartolarizzazione.

³⁹ Deve ritenersi che ad un risultato analogo si giunge anche allorché, nella sequenza sopra descritta, intervenga in luogo della trascrizione del pignoramento, il fallimento del datore della garanzia marcianda. In tal senso si esprime G. PETRELLI, *Rassegna novità normative di interesse notarile I semestre 2016*, cit.

⁴⁰ S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., 2.

⁴¹ S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., 2; A. SCOTTI, *La c.d. revocatoria semplificata ex artt. 2929-bis c.c. e art. 64, ultimo comma l.f. fra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2016, 491.



È, altresì, necessaria una corrispondenza dell'oggetto fra l'ipoteca e il trasferimento in garanzia, non escludendosi peraltro l'ipotesi in cui l'alienazione in garanzia abbia ad oggetto più beni rispetto a quello ipotecato, ma in questo caso l'effetto prenotativo andrà declinato solo rispetto a quei beni che costituiscono oggetto di entrambe le garanzie.

Tale inopponibilità delle iscrizioni e trascrizioni *medio tempore* eseguite non deve indurre a ritenere che, ove il creditore intenda avvalersi del patto marciano in caso di inadempimento, si produca un effetto purgativo analogo a quello che si verifica nella vendita forzata, nel senso che l'inopponibilità sarà relativa all'acquirente sotto condizione e ai suoi aventi causa, ma non vi sarà alcuna cancellazione dei gravami sul bene *ex art. 586, cod. proc. civ.*⁴², né il trasferimento in garanzia potrà dirsi assimilabile *quoad effectum* alla vendita forzata, soprattutto sul piano della disciplina della garanzia per i vizi (che nella vendita forzata è esclusa *ex art. 2922 cod. civ.*, mentre qui deve necessariamente trovare applicazione la disciplina generale di cui agli artt. 1490 ss., *cod. civ.*) ma anche per quel particolare aspetto della riapertura dei termini per il condono di eventuali irregolarità urbanistiche (non trovando pertanto applicazione la disciplina di cui all'art. 46, ultimo comma, D.P.R. n. 380/01).

È evidente che in caso di coesistenza delle due garanzie (ipoteca e alienazione in garanzia), verificatosi l'inadempimento, una volta che il creditore abbia scelto di avvalersi del patto marciano attivando la procedura di notifica al debitore e a tutti i creditori iscritti, l'ipoteca si estingue in quanto ormai gravante su bene proprio del creditore. E ciò anche quando residui un credito insoddisfatto perché il valore di stima è inferiore all'ammontare del debito, potendo in questo caso il creditore insoddisfatto aggredire eventuali altri beni del debitore ma non quello trasferito per effetto del patto, ormai proprio del creditore.

Il problema non si porrebbe in radice ove si ammettesse l'operatività, anche nel finanziamento alle imprese, dell'effetto di esdebitazione tipico, invece, del finanziamento ai consumatori di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. e del prestito vitalizio ipotecario.

Nonostante talune aperture dottrinali⁴³ volte ad ammettere il pieno effetto esdebitati-

⁴² Né è previsto alcun rimedio speciale analogo a quello di cui all'art. 13, comma 4-*quinqies*, d.l. 22 ottobre 2016, n.193, convertito nella l. 1 dicembre 2016, n. 225, ai sensi del quale "le iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sui terreni di proprietà dell'ISMEA in favore dei creditori del compratore ai sensi dell'art. 1523 del codice civile sono da considerarsi nulle e sono cancellate dalla competente conservatoria dei registri immobiliari su semplice richiesta dell'Istituto e senza oneri per lo stesso".

⁴³ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 56 ss., A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero patto marciano?*, cit., 1477 ss.



vo ai finanziamenti di cui all'art. 48-*bis*, vuoi anche per effetto di un'applicazione analogica dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. (salva la facoltà delle parti di apporre una clausola in senso contrario), appare più convincente la ricostruzione di un'autorevole dottrina⁴⁴ la quale, facendo leva sulla natura di limitazione della responsabilità patrimoniale dell'effetto esdebitativo, ne circoscrive la portata applicativa ai casi espressamente previsti, alla stregua di ogni altra limitazione di responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740, comma 2, cod. civ. che, com'è noto, costituisce una norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica.

È plausibile ritenere, quindi, che tale particolare effetto sia stato previsto dal legislatore bancario nel settore del credito ai consumatori quale specifico beneficio riservato a una categoria di soggetti ritenuti economicamente più deboli del finanziatore, di guisa che neanche sotto il profilo dell'*eadem ratio* potrebbe giustificarsi un'applicazione analogica ai finanziamenti bancari alle imprese e, ancor meno, ai patti marciari di diritto comune. Nulla esclude, peraltro, che le parti diano luogo a un meccanismo di esdebitazione pattizia mercè l'inserzione di una clausola espressa nel contratto di finanziamento che implichi la totale estinzione dell'obbligazione, anche se il valore del bene risulti inferiore all'importo del debito residuo⁴⁵.

Come già accennato, se l'ipoteca abbia ad oggetto più beni e il patto marciano riguardi uno solo di essi, l'ipoteca si estingue solo per il bene per cui si verifica detta coincidenza, ma il creditore parzialmente insoddisfatto potrà attivare la procedura espropriativa sugli altri avvalendosi dell'ipoteca⁴⁶.

Viceversa, nell'ipotesi in cui residui una plusvalenza, il creditore soddisfatto sarà te-

⁴⁴ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1413; per l'identificazione nell'effetto esdebitativo previsto dall'art.120-*quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B., di una limitazione della responsabilità patrimoniale cfr. anche F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marciari* di G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Giappichelli, 2017, 177 ss.

⁴⁵ È stato sostenuto (cfr., in particolare, M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit.) che il patto marciano con clausola di esdebitazione sarebbe equiparabile, *quoad effectum*, alla *datio in solutum* in quanto in entrambi i casi non si porrebbe un problema di restituzione dell'eccedenza al debitore. In realtà, al di là del dato empirico che in entrambe le fattispecie l'effetto traslativo in favore del creditore non si accompagna ad alcun obbligo restitutorio a carico di quest'ultimo, permane la fondamentale differenza che nella *datio in solutum* si prescinde completamente dalla stima del bene mentre nel patto marciano con clausola pattizia di esdebitazione il presupposto è proprio costituito dalla previa valutazione del bene in misura maggiore rispetto al debito residuo.

⁴⁶ Si è ritenuto (S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 68) che in tal caso il marciano, consentendo al creditore parzialmente insoddisfatto, di agire esecutivamente sugli altri cespiti nella veste di creditore ipotecario, finisca per alterare l'equilibrio fra la regola (par condicio) ed eccezione (la preferenza).



nuto alla sua restituzione al debitore finanziato, e ciò indipendentemente dall'eventuale sussistenza di creditori o titolari di diritti reali parziari perdenti nel conflitto con il finanziatore che si sia avvalso del patto trascritto con "grado" posteriore rispetto ai primi: nessun obbligo di versamento diretto a carico del finanziatore emerge dalla disciplina speciale *ex art. 48-bis* né esso può ricavarsi dal sistema, dal momento che l'unica disposizione codicistica che prevede la facoltà dei titolari dei diritti parziari "soccombenti" di far valere le proprie ragioni sul ricavato dell'espropriazione è l'art. 2812 cod. civ., norma imperniata su un meccanismo di vendita giudiziale con annesso accertamento dei diritti dei creditori e degli altri titolari dei diritti parziari insoddisfatti, la cui portata applicativa non può estendersi a un'ipotesi di vendita negoziale, sia pure in funzione di garanzia.

Inoltre, il novero delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai terzi a vario titolo aventi causa dal debitore finanziato è suscettibile di moltiplicarsi a dismisura ove si consideri che costui potrebbe non solo aver concesso a terzi diritti reali di godimento, ma anche promesso in vendita il bene con un preliminare trascritto *ex art. 2645-bis* cod. civ. dopo della trascrizione del patto marciano (o prima della trascrizione del patto ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca) o aver subito l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale o altra formalità inopponibile al finanziatore.

Ciò accentua il rischio di una certa "volatilità" della somma distribuenda, che però non è evitabile se non in via legislativa, salvo non voler ipotizzare congegni negoziali (perfettamente ammissibili) che attribuiscono al finanziatore la legittimazione a procedere alla distribuzione del *surplus* fra i creditori perdenti, magari anche designando il finanziatore quale *trustee* di tale somma per il conseguimento dello scopo del soddisfacimento degli interessi di tali creditori.

Altre questioni connesse alle precedenti sono: i) se i terzi aventi causa dal debitore finanziato "perdenti" ai sensi del comma 4 dell'art. 48-*bis*, i quali si rendano adempienti in luogo del debitore, possano surrogarsi *ex art. 1203*, n. 3 cod. civ. subentrando per l'effetto nella garanzia marciana *ex art. 1204* cod. civ. e, ampliando la prospettiva, ii) se vi sia spazio per l'ammissibilità delle altre forme di pagamento con surrogazione, compresa quella per volontà del debitore *ex artt. 1202* cod. civ. e 120-*quater* T.U.B.⁴⁷.

Nonostante la sostituzione di un creditore a un altro nel rapporto obbligatorio sia sicuramente consentita anche nei finanziamenti alle imprese disciplinati dall'art. 48-*bis*, rimane il problema di verificare come si renda compatibile il meccanismo dell'alienazione

⁴⁷ Con espressa esclusione delle imprese diverse dalle cc.dd. microimprese, come definite dall'art. 1, comma 1, lett. f), d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.



sospensivamente condizionata con il subentro nelle garanzie che, a mente dell'art. 1204 cod. civ., di tale sostituzione costituisce un naturale corollario.

In via di prima approssimazione, potrebbe ritenersi che la regola pubblicitaria sancita dall'art. 2843 cod. civ., che contempla l'annotazione quale formalità necessaria all'individuazione del creditore surrogato da eseguirsi a margine di un'iscrizione (e non di una trascrizione), non osti sul piano sistematico ad affermare l'ammissibilità di un'annotazione (non prevista dalla legge) a margine della trascrizione del patto marciano a favore del creditore surrogato⁴⁸. In realtà, ad avviso di chi scrive, l'annotazione a margine della trascrizione non è formalità che si attaglia alla circolazione dell'immobile dal creditore originario a quello surrogato, sia pure sotto la medesima condizione sospensiva di inadempimento del debitore in virtù dei principi generali codificati all'art. 1357 cod. civ.: l'alienazione sotto condizione da un creditore all'altro, quale forma di subentro nella garanzia (artt. 1204 cod. civ. e 120-*quater* T.U.B.), implica necessariamente una nuova trascrizione contro il creditore alienante e a favore del creditore acquirente nel rispetto dello statuto normativo della pubblicità immobiliare degli atti comportanti il trasferimento di un diritto reale e, in particolare, delle disposizioni di cui agli artt. 2644 e 2650 cod. civ.

Fin qui, dunque, l'interferenza ha riguardato l'ipotesi della coesistenza fra l'ipoteca a favore del creditore e il patto marciano a favore del medesimo, il quale abbia deciso di avvalersi del patto.

Ma può anche verificarsi l'ipotesi in cui l'alienazione in garanzia verta su immobili già concessi in garanzia in favore di terzi, i quali attivino la procedura esecutiva a garanzia del proprio credito per un pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto, ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca (fattispecie presa in esame dal comma 4 che rinvia al comma 10 dell'art. 48-*bis*).

Il comma 10 dell'art. 48-*bis* dovrebbe anche applicarsi anche ai casi in cui l'ipoteca per la quale si procede sia iscritta prima dell'ipoteca con effetto prenotativo rispetto alla successiva trascrizione del patto marciano, con la conseguenza che anche in questo caso l'immobile non

⁴⁸ Sulla non tassatività delle annotazioni, in generale, cfr. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 186. In particolare, una volta ritenuto condivisibile il più recente orientamento giurisprudenziale di legittimità (Cass. civ., sez. I, sent. 19 giugno 2008, n. 16669) secondo il quale l'annotazione ex art. 2843 cod. civ. non svolge alcuna funzione costitutiva della garanzia, ma ha solo la più limitata funzione di individuare il soggetto legittimato ad escuterla, sembrerebbe aperta la strada per estenderne la portata anche al di fuori dei casi espressamente previsti, come ad esempio un'annotazione a margine della trascrizione del patto marciano a favore del creditore surrogato.



verrà subastato, ferma restando la prelazione del creditore anteriormente iscritto e, quindi, l'obbligo del creditore che si avvale del patto marciano di depositare una somma necessaria per il soddisfacimento delle ragioni del creditore con diritto ipotecario poziore.

In questo caso troverà applicazione la disciplina prevista nel comma 10 dell'art. 48-*bis*, che conduce comunque al trasferimento in proprietà definitiva del bene a favore del creditore con cui è stato stipulato il patto marciano; disciplina la quale si caratterizza per il fatto che sarà il giudice dell'esecuzione ad accertare l'inadempimento ordinando al creditore di versare, entro un determinato termine, una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai creditori aventi diritto di prelazione poziore a quello dell'istante, ovvero pari all'eventuale differenza fra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito. In altri termini, poiché ai sensi dell'art. 48-*bis*, comma 13-*bis*, il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca ai fini del concorso fra creditori, il creditore garantito dal patto marciano potrebbe essere costretto, pur mantenendo la proprietà dell'immobile, a restituire tutto o parte del valore di quanto ricevuto, se concorrono creditori assistiti da cause di prelazione poziore. Avvenuto il versamento, il giudice provvede con decreto a dare atto dell'avveramento della condizione; decreto ovviamente da annotarsi *ex art. 2668 cod. civ.*

Può discutersi se in questa particolare ipotesi di svolgimento della procedura esecutiva, il cui epilogo è comunque rappresentato dall'accertamento della condizione sospensiva apposta al patto marciano e non da un decreto di trasferimento, il creditore possa chiedere nello stesso decreto l'inserimento dell'ordine di cancellazione delle formalità anteriori in analogia a quanto previsto dall'art. 586, cod. proc. civ.⁴⁹.

La facoltà per il creditore di ottenere il trasferimento in proprio favore all'interno di procedimento giudiziario può essere altresì essere esercitata anche quando, dopo la trascrizione del patto marciano, sopravviene il fallimento del titolare del diritto reale im-

⁴⁹ La natura endoprocedimentale del trasferimento marciano induce a ritenere applicabile a tale fattispecie l'art. 586 cod. proc. civ. e a consentire, pertanto, al giudice dell'esecuzione di inserire, nel decreto con cui si dà atto dell'avveramento della condizione, l'ordine di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni pregiudizievoli. Anzi, l'esercizio in sede esecutiva del diritto potestativo che si fonda sul patto è l'unica possibilità per ottenere tale effetto purgativo. Per le stesse ragioni potrebbero ritenersi poi applicabili al trasferimento, in via analogica, le altre disposizioni preordinate alla stabilità della vendita forzata (artt. 630 cod. pro. civ., 187-*bis* disp. att. cod. proc. civ., 2929 cod. civ.) anche se, tecnicamente, l'effetto traslativo non è riconducibile al decreto, che si limita solo a dare atto dell'avveramento della condizione sospensiva, ma all'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata, cioè a una fattispecie propriamente negoziale. L'applicazione analogica dello statuto normativo in tema di vendita forzata si giustifica piuttosto in virtù delle garanzie procedurali del procedimento marciano disciplinato da detto comma 10 dell'art. 48-*bis*.



mobiliare e il creditore sia ammesso al passivo: in tal caso il creditore potrà presentare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile.

In sede di distribuzione del ricavato, si tiene conto anche qui del “grado” risultante dalla trascrizione del patto marciano, equiparato ad un’ipoteca.

Nonostante il silenzio della legge, sembra per identità di *ratio* che la disciplina, dettata per il caso di fallimento, sia estensibile alla procedura di concordato preventivo, nonché alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La disciplina del comma 10 dell’art. 48-*bis* non trova, invece, applicazione, pur nel silenzio della disposizione, quando il pignoramento a favore di terzi sia stato trascritto prima della trascrizione del patto marciano (nei casi in cui quest’ultimo non sia preceduto da alcuna iscrizione ipotecaria con efficacia prenotativa) ovvero prima dell’iscrizione ipotecaria con efficacia prenotativa rispetto alla trascrizione del patto marciano, in applicazione del generale principio di cui all’art. 2913 cod. civ.

In tal caso, l’inopponibilità del patto marciano al creditore che vanti una trascrizione anteriore del pignoramento legittimerà quest’ultimo a subastare l’immobile secondo le regole ordinarie⁵⁰.

Qualora invece il bene si trovi gravato da precedente ipoteca per un diverso credito a favore di altro soggetto e ad essere inadempito sia il credito con garanzia marciana, l’unica differenza rispetto alla precedente situazione consisterà nel fatto che il procedimento sarà avviato dal creditore marciano, il quale avrà l’onere di trascrivere il pignoramento a proprio favore quale atto propedeutico all’attivazione della peculiare procedura esecutiva disciplinata dal comma 10 dell’art. 48-*bis*.

La natura tipica della garanzia reale da assegnare al patto marciano si riscontra nell’assimilazione, contenuta nel comma 13-*bis* dell’art. 48-*bis*, fra il patto marciano e la garanzia ipotecaria sul piano della prelazione e giustifica l’espressa previsione del comma 1 dell’art. 48-*bis*, secondo cui nella nota di trascrizione (nel quadro D) occorre riportare la somma per cui il debito è garantito attraverso il patto marciano, gli interessi e le annualità che il credito produce nonché il tempo dell’esigibilità.

La trascrizione del patto produce, poi, gli effetti dell’art. 2855 cod. civ., assimilando *quoad effectum* la notificazione di volersi avvalere del patto al pignoramento, nel senso che la trascrizione fa collocare nello stesso grado il capitale, le spese e gli interessi come

⁵⁰ Nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *Sull’art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 76.



indicato nell'art. 2855 cod. civ., con la precisazione che la collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e quella in corso al giorno della notificazione della dichiarazione del creditore suindicata.

Voglio, da ultimo, notare come il legislatore abbia perso un'importante occasione per introdurre, così come è avvenuto nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario, una deroga all'art. 2652, comma 1, nn. 7 e 8 cod. civ., e ciononostante l'evidente interesse del finanziatore professionale ad evitare, una volta ottenuto o venduto l'immobile, giudizi radicati o dall'erede vero o dal legittimario leso o pretermesso che possano compromettere l'esito della complessa fattispecie negoziale avente ad oggetto l'immobile a suo tempo concesso in garanzia.

Una peculiare applicazione del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* potrebbe essere ipotizzata per i mutui edilizi, tenendo presente che il meccanismo di pubblicità (annotazione a margine della trascrizione del patto) dell'avveramento o del non avveramento della condizione sospensiva di inadempimento apposta al trasferimento del terreno edificabile in garanzia mal si concilia con il successivo frazionamento del mutuo sulle singole unità immobiliari, che dà vita ad una pluralità di rapporti giuridici autonomi, ciascuno dei quali destinato ad evolversi in maniera diversa.

In questo caso riterrei necessario che il mutuo edilizio sia assistito nella sua fase genetica dalla garanzia ipotecaria *ex art. 39 T.U.B*⁵¹.

⁵¹ Ritiene che sia ammissibile un mutuo edilizio garantito dal solo patto marciano, anche ove non assistito da garanzia ipotecaria, sostanzialmente riproducendo in via negoziale il meccanismo di cui all'art. 39, comma 6, T.U.B., N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, cit., 1019. In sostanza si ipotizza che il finanziamento sia *ab origine* garantito da un'alienazione sospensivamente condizionata del terreno edificabile su cui è destinato ad essere eretto il fabbricato e, successivamente all'edificazione, si proceda al frazionamento del mutuo e della garanzia marciانا con annotamento a margine della trascrizione. In realtà a questa soluzione sembrano ostare, *de iure condito*, due ordini di considerazioni: 1) se è sicuramente lecito riprodurre in via negoziale il contenuto dell'art. 39 T.U.B. in ordine al frazionamento del mutuo, cioè alla sostituzione di una pluralità di rapporti obbligatori in luogo dell'unico originario rapporto, non altrettanto può dirsi per il frazionamento della garanzia che, in materia ipotecaria, è consentito in quanto costituente una deroga al principio dell'indivisibilità dell'ipoteca di cui all'art. 2809 comma 2 cod. civ., ma non si ataglia a forme di garanzie atipiche, quale quella in oggetto; 2) la stipula di tanti marciani quante sono le unità immobiliari di cui si compone il complesso in luogo dell'unico, originario, patto marciano presupporrebbe l'annotamento di mancato avveramento della condizione sospensiva di inadempimento e l'esecuzione di tante formalità di trascrizione quanti sono i marciani corrispondenti alle unità immobiliari, il che è evidentemente un meccanismo sostanzialmente diverso dall'annotamento di frazionamento ipotecario a margine dell'originaria ipoteca. Anche G. PETRELLI, *Rassegna Novità Normative di interesse notarile I semestre 2016*, cit., ritiene compatibile il patto marciano con la disciplina del finanziamento fondiario in generale (anche adattata al mutuo edilizio) e, a mio avviso in linea con quanto esposto nel testo, opta per l'idea secondo la quale nel finanziamento fondiario il patto marciano non è che una delle garanzie che



Ultimata la costruzione, si procederà al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca⁵² ex art. 39, commi 6 ss., T.U.B., e contestualmente, si potrà addivenire alla stipula di tanti patti marciiani quante sono le unità immobiliari frazionate.

All'imprenditore costruttore andrà espressamente attribuita, nei singoli patti marciiani, la facoltà di vendere l'immobile con i seguenti distinguo: 1) se l'acquirente non procede all'accollo della quota di mutuo frazionato, ma estingue con parte del prezzo detta quota di mutuo frazionato, si procederà alla cancellazione dell'ipoteca ex art. 40-bis T.U.B. e all'annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva apposta al patto ex art. 48-bis, comma 13; 2) se l'acquirente procede all'accollo della quota di mutuo frazionato, il debitore accollato trasferirà all'acquirente-accollante un diritto di proprietà sotto la condizione risolutiva dell'inadempimento del medesimo acquirente accollante. In caso di inadempimento, si verificherà la condizione sospensiva apposta al patto marciiano nonché contestualmente la condizione risolutiva apposta alla vendita dal debitore al terzo e si procederà ai relativi annotamenti. In caso di adempimento, il creditore ipotecario procederà all'annotamento di mancato avveramento della condizione sospensiva ex art. 48-bis, comma 13, e l'acquirente procederà all'annotamento di mancato avveramento della condizione risolutiva ex art. 2668, ultimo comma, cod. civ.

Potrebbe discutersi se, ove l'acquirente acquisti (con accollo di mutuo frazionato) l'immobile destinandolo a propria abitazione (o dei suoi familiari), il patto marciiano non possa continuare a garantire l'adempimento in quanto *contra legem*; ove si propenda per l'inammissibilità del patto marciiano in questa ipotesi, il finanziato e la banca dovranno risolvere pattiziamente il patto marciiano⁵³ e la banca continuerà ad essere garantita solo dall'ipoteca frazionata⁵⁴.

concorre alla complessiva operazione e concludendo che, pertanto, esso debba aggiungersi alla garanzia ipotecaria iscritta a norma dell'art. 39 T.U.B.

⁵² Invero, come sopra detto, solo la garanzia ipotecaria consente – in deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca – il frazionamento ipotecario quale corollario del frazionamento del mutuo in quote, che impedisce al creditore ipotecario di escutere la garanzia ipotecaria per beni diversi da quelli relativamente ai quali si sia verificato l'inadempimento. Sulla riconducibilità del frazionamento dell'ipoteca all'istituto della divisione (in senso lato) cfr. Cass., 14 dicembre 1990, n. 11916.

⁵³ Salvo che non sia prevista nel patto marciiano la caducazione automatica degli effetti del patto ove il finanziato o un suo avente causa adibisca l'immobile ad abitazione principale: in tal caso residuerebbe l'obbligo delle parti di stipulare un atto di constatazione della sopravvenuta inefficacia del patto ai fini del relativo annotamento.

⁵⁴ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciiano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, cit., 1019 nota 60, il quale osserva che l'eventualità che l'immobile di fatto sia destinato ad abitazione principale del proprietario o dei soggetti individuati dal comma 3 è teoricamente sempre presente e che il suo verificarsi non può riportare la fattispecie *contra legem*. In realtà appare corretto distinguere l'ipotesi in cui in sede di concessione del fi-



Non mi pare, invece, che sia un ostacolo la necessità del requisito soggettivo della qualifica di imprenditore del soggetto finanziato, in quanto tale qualifica non difetta al momento genetico della stipula del mutuo edilizio, né la mancanza di tale requisito soggettivo in capo all'accollante può rendere invalido l'accollo (che continua a rimanere cumulativo, salva la dichiarazione espressa di liberazione da parte dell'accollatario) o il patto marciano precedentemente stipulato⁵⁵.

In ogni caso, quand'anche si ritenesse tale qualifica soggettiva un requisito per il valido mantenimento dell'efficacia dell'alienazione in garanzia precedentemente stipulata, il suddescritto meccanismo potrebbe comunque trovare applicazione in tutti i casi in cui oggetto del trasferimento sia un immobile a destinazione non abitativa in favore di altro imprenditore.

4. – L'analisi fin qui svolta deve portare a considerare come fondamentale, ai fini dell'esatto svolgimento del procedimento marciano, il momento in cui il diritto potestativo del creditore possa essere esercitato. Ci si chiede allora se sia possibile derogare alla definizione di inadempimento contenuta nel comma 5 dell'art. 48-*bis*, la cui disciplina si distanzia dall'art. 40, comma 2, T.U.B., che richiede il mancato pagamento di almeno sette rate perché la banca sia legittimata ad agire per la risoluzione del contratto.

A condizione che detta deroga sia volta a favore del debitore, non ostano ragioni ad escluderla. L'inciso "*quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso di rate mensili, o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una rata*", induce ad ammettere la previsione pattizia di un numero di rate superiore ovvero di un numero maggiore di mesi ritardo dalla scadenza⁵⁶. È opportuno evidenziare l'assenza di una qualsivoglia

nanziamento l'alienazione in garanzia verta su un immobile adibito o da adibirsi ad abitazione principale del proprietario ovvero, il che sembra equivalente, in cui l'acquirente dal finanziato (accollante una quota del debito) dichiara di voler destinare l'immobile oggetto della garanzia marciana ad abitazione principale, nei quali casi è da ritenersi che sussista un impedimento oggettivo a dedurre quel determinato immobile come oggetto del patto, rispetto alla diversa fattispecie in cui *ex post* l'immobile sia destinato di fatto ad abitazione principale del proprietario ma non sia stato acquistato manifestando tale intento. In quest'ultimo caso, infatti, la destinazione di fatto è irrilevante ai fini dell'ipotetica paralizzazione della facoltà di avvalersi del patto marciano da parte del creditore.

⁵⁵ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 50, prospetta il dubbio se, ove l'accollo sia liberatorio e quindi l'unico soggetto obbligato resti l'accollante (in ipotesi consumatore), non trovi piuttosto applicazione la disciplina dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B.

⁵⁶ A. BARLETTA, *Patto Marciano o patto "marziano"*, cit., p. 30.



procedura autonoma che accerti i presupposti dell'inadempimento: al creditore è consentita una autotutela esecutiva di natura solutoria, parallela e alternativa alla possibilità di agire in giudizio – verosimilmente tramite il rito sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. cod. civ.) – al fine di ottenere un accertamento *ex art.* 2909 cod. civ.⁵⁷

All'inadempimento del debitore segue la dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto, che concreta l'esercizio di un vero e proprio diritto potestativo alternativo a quello di voler agire con le forme ordinarie dell'espropriazione forzata, da notificarsi secondo le ordinarie regole processualcivilistiche di cui agli artt. 137 ss. cod. proc. civ. al debitore o, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titoli trascritti o iscritti sull'immobile.

Il momento qualificante dell'intero procedimento disegnato dall'art.48 *bis* risiede nella necessità di stima del bene oggetto della garanzia marciaria, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione dell'art. 2744 cod. civ., al fine di consentire al debitore di riappropriarsi dell'eccedenza del valore del bene rispetto all'entità del debito garantito.

Già nel marciario di diritto comune la giurisprudenza è assolutamente unanime nel ritenere che il patto debba contemplare “un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto affidata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta che a quei parametri farà riferimento (cfr. art. 1349, cod. civ.)⁵⁸”. Il rinvio all'art. 1349 cod. civ., contenente la disciplina dell'arbitraggio, spiega il significato della “valutazione imparziale” quale necessario elemento del contratto. Dovendo il bene essere accertato da un perito-arbitratore al tempo dell'inadempimento, l'applicazione di criteri “automatici” stabiliti *ex ante* solleva diversamente qualche perplessità, poiché in questo modo la valutazione potrebbe non corrispondere al valore di mercato di quel bene⁵⁹.

L'incertezza permane in merito al differente trattamento riservato dal legislatore quanto alla scelta del perito nelle ipotesi di finanziamento ai consumatori e finanziamento alle imprese: nel primo caso il perito è scelto dalle parti e solamente in caso di manca-

⁵⁷ Tale accertamento giudiziale potrà essere chiesto dal finanziatore in caso di contestazioni del debitore, ma più verosimilmente esso sarà instaurato dal debitore, il quale preferibilmente agirà in sede cautelare *ex art.* 700 cod. proc. civ. per ottenere un'inibitoria provvisoria e urgente, al fine di evitare la cancellazione della condizione sospensiva, previo accertamento sommario dell'insussistenza dell'inadempimento.

⁵⁸ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

⁵⁹ In proposito, M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1966, 257.



to accordo viene nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 696, cod. proc. civ. (comma 4, lett. d), art. 120-*quinqüesdecies* T.U.B.). Nel secondo caso, invece, il perito sarà esclusivamente nominato dal Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile e dovrà procedere alla stima con relazione giurata in conformità ai criteri di cui all'art. 568 cod. proc. civ. (art. 48-*bis*, comma 6).

Si potrebbe discutere se tale discrasia, che comporta una più rigida proceduralizzazione dell'effetto acquisitivo conseguente all'inadempimento del debitore, possa essere attenuata mediante una deroga convenzionale all'art. 48-*bis*, comma 6 prescindendo dal decreto di nomina del Presidente del Tribunale, ferma comunque l'esigenza di assicurare la terzietà e indipendenza del perito al fine di una sua valutazione oggettiva, da operare sulla base dell'equo apprezzamento.

Sul punto è stato osservato come la necessità di una nomina giudiziale si ponga in relazione alle peculiari limitazioni delle ragioni dei terzi (creditori e aventi causa) in conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo del creditore che trova il proprio titolo su un patto trascritto, diversamente da quanto avviene nella disciplina dei consumatori⁶⁰.

Trattandosi di un procedimento di volontaria giurisdizione, al perito non potrà essere riconosciuta la qualifica di ausiliario giudiziario. Il rinvio alle norme sull'arbitraggio chiarisce il carattere privatistico della stima e dei poteri dello stimatore.

In presenza di un patto puramente condizionato, la circostanza che il creditore debba versare al debitore l'eccedenza rispetto al valore di stima e non a quello eventuale di realizzo, persuade circa l'essenziale accuratezza da porre nella valutazione del bene al momento della conclusione del contratto, tenendo "anche conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate" (art. 120-*duodecies*). Come una garanzia marziana su di un bene di valore inferiore al credito può risultare un impedimento per il creditore, allo stesso modo un bene di valore superiore al credito può non rispondere all'interesse creditorio: il rischio che i beni non siano di alcuna futura utilità si somma con la contingenza di dover "anticipare" rilevanti ed ulteriori somme di denaro.

⁶⁰D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6* (2017), «Patto Marziano o "Marziano"? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia», Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), n. 4-17, 9 marzo 2017, 34. Pur convenendo sull'inderogabilità della disposizione, e dunque sull'impossibilità di convenire *ex ante* ovvero *ex post* il ricorso a un terzo arbitratore di nomina pattizia, ad avviso di chi scrive tale inderogabilità non è correlata alle limitazioni che derivano per i terzi dalla trascrizione del patto, ma trova la propria giustificazione nella rigida proceduralizzazione del marziano a garanzia di finanziamenti alle imprese rispetto a quello previsto per i consumatori caratterizzato da una maggiore libertà delle forme.



La stima deve essere comunicata secondo le modalità di cui all'art. 48, comma 6 ai soggetti ivi indicati e, in caso di mancata contestazione⁶¹, cristallizza il valore dell'immobile oggetto della garanzia marciaria determinando, al momento della comunicazione al creditore, il momento di avveramento dell'evento dedotto nella condizione sospensiva, ma soltanto nella sola ipotesi in cui il valore stimato sia inferiore al debito garantito, dal momento che se esso fosse superiore tale effetto sarebbe postergato al momento del pagamento dell'eccedenza fra il valore stimato del bene e il debito garantito.

In entrambi i casi l'annotamento di cancellazione della condizione sospensiva apposta al patto marciario potrà avvenire, ai sensi dell'art. 48-*bis*, comma 9, sulla base di una dichiarazione unilaterale del creditore (in espressa deroga all'art. 2668, comma 3 cod. civ.⁶²) nella quale attesta, in forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, l'inadem-

⁶¹Nonostante il tenore letterale del comma 7, dell'art. 48-*bis* limiti il potere di contestazione della stima al debitore, si ritiene possibile attribuire anche al finanziatore tale facoltà da esercitarsi mediante l'instaurazione di un processo di cognizione volto ad accertare il valore dell'immobile da parte del giudice, il quale a questo punto potrà avvalersi di un consulente d'ufficio, che agirà al di fuori del contesto normativo di cui all'art. 1349 cod. civ. Altra questione è se rimettibile all'autonomia privata la componibilità delle eventuali contestazioni sorte riguardo la stima del valore dell'immobile. Sembra, sul punto, convincente l'opinione di chi ritiene (D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6 (2017)*, «*Patto Marciario o "Marziano"?* – *alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, cit. 37) ammissibile una determinazione convenzionale del valore di stima, ma solo *in melius*, cioè maggiore di quella risultante dalla perizia, in quanto un'eventuale determinazione convenzionale per un importo inferiore si porrebbe in contraddizione con la funzione di garanzia del patto marciario contro il pericolo di depauperamento del debitore nonché con l'esigenza di *par condicio creditorum*, che si vuole fra l'altro scongiurare con il medesimo patto. Il raggio d'azione dell'autonomia privata nella determinazione convenzionale delle modalità di realizzazione degli interessi in gioco può altresì essere ampliato, secondo l'accordo sottoscritto fra ABI e Confindustria nel febbraio 2018, fino a prevedere che in caso di stima del valore dell'immobile che si discosti sensibilmente da una soglia predeterminata dai contraenti, ciascuno di essi può interrompere l'attivazione della clausola marciaria e azionare l'ordinaria procedura esecutiva; o, ancora, le parti potrebbero prevedere che, in caso di vendita ad una somma inferiore rispetto al credito residuo vantato dalla banca, si produca l'effetto esdebitatorio in favore dell'impresa debitrice pur in assenza di un'espressa previsione legislativa.

⁶²Nel caso di specie, in applicazione dell'art. 2668, comma 3, cod. civ. (con disposizione speculare a quella contenuta nell'art. 2655, comma 4 per l'avveramento della condizione risolutiva), la dichiarazione sarebbe dovuta provenire dal debitore, cioè dal soggetto a danno del quale si verifica l'effetto ablativo del diritto reale immobiliare oggetto della garanzia marciaria. In alternativa, il finanziatore avrebbe dovuto agire in sede contenziosa per ottenere una sentenza di accertamento dell'avveramento della condizione; invece, con norma contenente un evidente favor per il creditore, è consentito che sia il creditore/acquirente a rendere la dichiarazione (in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata) suscettibile di essere annotata a margine della trascrizione dell'alienazione marciaria, con conseguenze irreversibili sul piano della pubblicità immobiliare. È stato notato da D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6 (2017)*, «*Patto Marciario o "Marziano"?* – *alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, cit., 40 che tale disciplina riduce grandemente la difesa del debitore rispetto a eventuali iniziative abusive del finanziatore a fronte delle quali l'unica tutela possibile per il debitore è di tipo preventivo – inhibitorio, anche in sede cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* (da esperire preferibilmente subito dopo la notifica dell'esercizio del diritto potestativo) ovvero di tipo risarcitorio dopo la cancellazione dell'annotazione.



pimento del debitore, producendo altresì l'estratto autentico delle scritture contabili.

Di non chiara esegesi è l'inciso della disposizione che prescrive l'esibizione al notaio dell'estratto autentico delle scritture contabili, dovendosi escludere che il pubblico ufficiale abbia un potere/dovere di accertamento a fini probatori se non nei casi macroscopici in cui l'estratto delle scritture non evidenzia né il nome del debitore né l'ammontare del debito inadempito. L'esibizione dell'estratto al notaio esaurisce l'onere del creditore, non essendo richiesta né l'allegazione all'atto né l'esibizione al funzionario dei registri immobiliari competente ad effettuare l'annotamento.

Appare, invece, oltremodo opportuno – pur nel silenzio normativo – che si dia conto della data di avveramento dell'evento dedotto in condizione sospensiva, coincidente – come si è detto – con il momento di comunicazione della stima nell'ipotesi in cui il valore stimato sia inferiore al debito garantito ovvero con il pagamento dell'eccedenza al debitore nell'ipotesi inversa⁶³.

La decorrenza dell'effetto traslativo segue l'applicazione della regola generale di cui all'art. 1360 cod. civ. e, pertanto, avrà portata retroattiva, salva una diversa volontà delle parti⁶⁴.

L'accertamento dell'inadempimento del debitore segue, invece, una strada affatto diversa nell'ipotesi, già analizzata al precedente par. 3, in cui il finanziatore intenda esercitare il proprio diritto potestativo all'interno di un procedimento esecutivo instaurato da terzi ovvero da sé stesso previa trascrizione del pignoramento a proprio favore (art. 48-bis, comma 10).

In tal caso, sarà il giudice dell'esecuzione ad accertare con ordinanza l'inadempimento e a nominare l'esperto stimatore attraverso un incidente giurisdizionale affatto peculiare in quanto destinato ad aprire una parentesi di accertamento all'interno del procedimento esecutivo, che dovrà necessariamente avvenire nel contraddittorio fra il finanziatore, il debitore e gli altri eventuali creditori estranei al patto ma interessati alla distribuzione della somma ricavata⁶⁵.

⁶³ In questo caso, rientrando la fattispecie marciana nell'alveo dei trasferimenti negoziali, è necessario che vengano rispettate le disposizioni di cui all'art. 35, comma 22, l. n. 223/2006 (da verificare) in ordine alla tracciabilità dei mezzi di pagamento, pur non costituendo – in senso tecnico – il versamento di tale eccedenza il pagamento di un corrispettivo.

⁶⁴ È ragionevole ritenere che nella prassi il creditore tenderà a far inserire nel patto marciano una espressa deroga alla retroattività della condizione al fine di evitare che il creditore sopporti le spese e gli oneri sin dal momento della conclusione del patto.

⁶⁵ Tale accertamento giudiziale avrà natura sommaria e sarà inidoneo al giudicato, ma sarà comunque preordinato a cristallizzarsi in effetti giuridici dotati di stabilità. Il decreto che accerta l'inadempimento sa-



Accertato l'inadempimento, il giudice dell'esecuzione emetterà il decreto che dà atto della condizione, costituente titolo per l'annotamento di cancellazione di cui all'art. 2668 cod. civ.⁶⁶.

Nell'ipotesi contraria di adempimento del debitore, si dovrà procedere alla cancellazione della trascrizione del patto sulla base di una dichiarazione del creditore, sempre con la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, di mancato avveramento della condizione.

Il comma 13 dell'art. 48-*bis*, nel prevedere l'annotamento del mancato avveramento della condizione sospensiva dell'alienazione in garanzia, supera il silenzio codicistico sul punto, con ciò avallando normativamente le posizioni della giurisprudenza della Cassazione⁶⁷, che avevano ammesso tale forma di pubblicità, sia pure “*al fine di far conoscere ai terzi la definitiva inefficacia del contratto traslativo del diritto reale*”, cioè con un'efficacia di pubblicità notizia, sicuramente utile per motivi di conoscibilità legale, ma non necessaria per assicurare la continuità delle trascrizioni.

Invero, tutte le ipotesi prese in esame dall'art. 2655 cod. civ. si caratterizzano per l'avvenuta risoluzione dell'effetto traslativo, la quale giustifica l'applicazione della regola della continuità, nel senso che una trascrizione contro l'alienante che sia stato ripristinato nella titolarità del proprio diritto non potrà produrre i propri effetti sino a che non sia stato eseguito l'annotamento, mentre non avrebbe senso l'applicazione della medesima regola quando il diritto reale non è mai uscito dalla sfera patrimoniale dell'alienante stesso per non essersi mai avverata la condizione sospensiva. In questo caso, si può al più ipotizzare – superando il passo della Relazione al Re in cui addirittura si sosteneva l'inutilità dell'annotamento del mancato avveramento della condizione sospensiva *incombendo sui terzi l'onere di accertare preventivamente se la condizione si sia o meno verificata* – una cancellazione della condizione sospensiva mancata con effetti solo notiziali in un'ottica evolutiva del principio di tassatività delle annotazioni⁶⁸.

rà, al pari di ogni altro atto esecutivo, contestabile con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 cod. proc. civ.

⁶⁶ Per i problemi relativi all'eventuale ordine di cancellazione delle formalità pregiudizievoli contenute nel decreto si invia alla nota 41.

⁶⁷ Cass. 17 dicembre 1991, n. 13589 e, ancor prima, Cass. 17 maggio 1974, n. 1468, che ipotizzava addirittura la necessità di cancellazione dell'intero atto trascritto.

⁶⁸ In tal senso, autorevolmente, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, UTET, 2012, 176 s. e da ultimo anche G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 194. Secondo tale ultimo autore, infatti, mentre per le annotazioni con efficacia di continuità delle trascrizioni ex art. 2655 cod. civ. vige un principio (sia pure non di tassati-



Il carattere imperativo del lemma utilizzato del comma 13 (*Il creditore provvede...*) non può indurre l'interprete a una conclusione diversa circa il mero carattere notiziale della pubblicità del mancato avveramento della condizione sospensiva la cui omissione, pertanto, non influisce in alcun modo sull'efficacia delle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite contro l'alienante.

5. – In via deduttiva rispetto alla ricostruzione che vede nel patto marciano di cui all'art. 48-*bis* un'alienazione con colorazione causale tipica delle alienazioni in garanzia nelle quali, come si è detto nell'*incipit* del presente lavoro, la condizione di inadempimento non si riduce a mero elemento accidentale del negozio ma inerisce alla stessa causa in concreto dell'assetto di interessi diviso dalle parti, può affermarsi la piena riconducibilità dell'intera operazione nell'ambito di applicazione dell'art. 15 D.P.R. n. 601/1973, con conseguente applicazione dell'imposta sostitutiva ivi prevista in luogo delle ordinarie imposte di registro, ipotecaria e catastale.

La scomposizione del congegno negoziale in una pluralità di atti consistenti, in primo luogo, nel finanziamento (purché a medio o lungo termine, cioè di durata superiore a diciotto mesi) e nel contestuale o successivo e autonomo patto marciano⁶⁹, nonché nei successivi atti di avveramento o di mancato avveramento della condizione sospensiva o di inadempimento, non è di ostacolo, anzi avalla tale conclusione, dal momento che il detto art. 15 valorizza – ai fini dell'applicazione sostitutiva – il nesso teleologico tra il finanziamento in sé e tutti gli atti finalizzati a darvi esecuzione e, pertanto, avvinti da un legame funzionale preordinato ad attuare l'intera "operazione". Qualsiasi atto esecutivo dell'operazione negoziale di finanziamento che presenti i requisiti soggettivi e oggettivi previsti dal predetto art. 15 è suscettibile di essere assoggettato al regime sostitutivo, rimanendo solo esclusi dal regime di esenzione solo gli atti 'giudiziari' relativi alle operazioni di finanziamento⁷⁰.

vità) di tipicità, nel senso che le fattispecie annotabili a tali fini devono essere riconducibili ad atti e provvedimenti latamente "risolutori", non altrettanto può dirsi per le cancellazioni a fini di pubblicità notizia, per le quali la pubblicità è da ammettersi anche se non prevista dalla legge.

⁶⁹ Non assume alcuna rilevanza la contestualità o meno della stipula del patto marciano rispetto al finanziamento. Ciò che rileva infatti è solo l'unità funzionale che si va a comporre tra il contratto che dà origine al 'rapporto' di finanziamento e l'atto (o gli atti) ad esso teleologicamente collegati, anche se non contestuali: del resto non si dubita che qualsiasi garanzia accessoria ai finanziamenti di cui all'art. 15 D.P.R. n. 601/1973, anche se rilasciata successivamente all'erogazione del finanziamento, sia riconducibili al medesimo regime sostitutivo.

⁷⁰ In tal senso A. PISCHETOLA, *Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: inferenze fiscali*, Studio CNN 157-2017/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari in data 14 dicembre 2017.



D'altra parte la stessa amministrazione finanziaria, con Circ. 240/E del 22 dicembre 1999, ha sottolineato che *“la Corte di Cassazione, in merito alla qualificazione del presupposto oggettivo delle agevolazioni di cui al DPR n. 601, ha più volte precisato che con la locuzione “operazione di finanziamento a medio e lungo termine”, la norma in esame si è voluta riferire esclusivamente al contenuto e alla finalità dell’operazione medesima, qualunque possa essere, cioè, la forma o la struttura giuridica adottata nei singoli casi, richiedendosi soltanto che le parti abbiano contrattualmente stabilito una durata della stessa superiore a 18 mesi.”* Nel contenuto di una siffatta operazione di finanziamento rientra evidentemente, quale momento esecutivo del medesimo, qualsiasi atto destinato a dare in via strumentale attuazione e compimento all’obbligo di restituzione della somma finanziata.

La struttura della garanzia è indifferente alla valutazione dell’impatto fiscale, e pertanto anche gli atti conseguenti, quali quelli di avveramento o di non avveramento della condizione di inadempimento, pur non costituendo garanzie in senso tecnico, sono attratti dal medesimo regime fiscale sostitutivo.

Si potrebbe al più discutere se, alla luce dell’espressa esclusione dal regime sostitutivo degli atti giudiziari, rimanga fuori dal perimetro di applicazione dell’art. 15 D.P.R. n. 601/73 l’ipotesi disciplinata dal comma 10 dell’art. 48-*bis* che, come si accennato sopra nel testo, dà luogo a un trasferimento endoprocedimentale all’interno della procedura esecutiva incardinata da creditori terzi ovvero dal medesimo finanziatore. In realtà, se si pone mente al rilievo che con il decreto previsto dal comma 10 il giudice dell’esecuzione dà soltanto atto dell’avveramento della condizione⁷¹ (apposta negozialmente al patto) è agevole constatare come l’effetto traslativo (e il conseguente profilo impositivo) sia, anche in questo caso, riconducibile all’alienazione in garanzia accessoria al finanziamento.

È appena il caso di sottolineare che, in conseguenza delle modifiche apportate all’art. 17, D.P.R. n. 601/1973 ad opera dell’art. 12, comma 4, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, l’imposta sostitutiva (che sostituisce, come detto, l’imposta di registro, l’imposta ipotecaria e l’imposta di bollo) si applica soltanto se nell’atto di finanziamento sia contenuta specifica opzione scritta per l’applicazione dell’imposta sostitutiva⁷².

⁷¹ Probabilmente è l’annotamento di cancellazione della condizione sospensiva *ex art.* 2668 cod. civ. che, in quanto riconducibile al decreto, sconterà in questa fattispecie particolare l’ordinaria imposta ipotecaria nella misura fissa di euro 200 (duecento).

⁷² Occorre anche porre mente Cass. 16 gennaio 2015, sent. n. 695, nella quale si nega l’applicabilità del regime dell’imposta sostitutiva ai finanziamenti contratti con il fine di estinguere debiti finanziari pregressi,

JUS CIVILE



L'opzione, che deve essere esercitata da entrambe le parti del contratto, deve avvenire in forma scritta e, stando alla lettera della disposizione, deve essere contestuale all'atto di finanziamento.

Qualche criticità potrebbe, pertanto, verificarsi nelle ipotesi in cui la garanzia marcia-
na acceda ad un finanziamento pregresso nel quale non sia stata esercitata l'opzione per
l'imposta sostitutiva, come ad esempio nei casi in cui il finanziamento originario sia sta-
to stipulato antecedentemente alla modifica del detto art. 17 D.P.R. n. 601/73. In tal ca-
so, l'alienazione in garanzia dovrà essere coeva a una modifica del finanziamento con
espreso esercizio in atto dell'opzione per l'imposta sostitutiva.

ritenendo di non ricomprendere tra i finanziamenti agevolati ai fini del tributo quelli aventi a oggetto “i rimborsi dei finanziamenti a breve termine”. La sentenza, non supportata da alcun fondamento normativo, si pone in antitesi con la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 13 settembre 2011, n. 121/E; risoluzione che aveva chiarito, con vigore e senza riserve, come l'utilizzo, contrattualmente previsto, delle somme finanzia-
te non avesse alcun rilievo ai fini dell'applicabilità, o meno, del regime di cui agli artt. 15 ss., D.P.R. n. 601/1973. Secondo la risoluzione, infatti, la logica sottesa al regime dell'imposta sostitutiva sui finanzia-
menti sarebbe da individuarsi esclusivamente nell'esigenza di favorire l'accesso al credito, incrementando la possibilità del soggetto richiedente di attingere a risorse finanziarie, senza che, quindi, la destinazione ultima del finanziamento possa rivestire alcun rilievo. Il legislatore fiscale non avrebbe infatti in alcun mo-
do inteso, rileva correttamente l'Amministrazione, “specificare l'effettivo utilizzo cui avrebbero dovuto essere destinate le somme messe a disposizione dall'istituto finanziario erogante”. La possibilità di optare per l'applicazione del regime agevolato sarebbe dunque subordinata, a condizione che venga concessa al debitore la disponibilità di effettive risorse finanziarie, esclusivamente al ricorrere dei seguenti presupposti: 1) l'inclusione del soggetto erogante tra quelli elencati dalla norma; 2) la durata contrattuale del finanzia-
mento superiore a 18 mesi. In presenza del verificarsi di tali requisiti, una determinata operazione di finan-
ziamento rientra (laddove venga esercitata l'opzione nel relativo contratto) necessariamente nel campo di applicazione dell'imposta sostitutiva, anche qualora, specifica *apertis verbis* l'Amministrazione finanziaria, il finanziamento sia stato contratto “al fine di estinguere precedenti esposizioni debitorie”.