

L'art. 48 bis T.U.B.: profili applicativi.

di Antonio CILENTO*

SOMMARIO: **1.** Le specificità della disciplina del marciano bancario. **2.** I requisiti soggettivi della stipulazione. **3.** Condizione sospensiva e interesse del creditore.

ABSTRACT: *Among the different types of "patto Marciano" regulated by the legislator, the one contemplated in art. 48-bis of the T.U.B. is particularly interesting, due of its practical implications. This work aims to verify the effectiveness of this mechanism.*

1. Le specificità della disciplina del marciano bancario.

Tra le differenti tipologie di marciano oggi regolate dal legislatore, si distingue, per la sua puntuale ed analitica disciplina, quello contemplato all'art. 48-bis del T.U.B.¹, i cui elementi fondanti ricalcano lo schema di diritto comune²: il trasferimento dal debitore alla banca di un immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento³; l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; l'esecuzione della stima del bene, successiva all'inadempimento, in ragione dell'imparzialità del perito.

A tali elementi si affiancano talune caratteristiche peculiari, quali la facoltà della banca finanziante di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore; la qualificazione dell'inadempimento al quale consegue l'avveramento della condizione sospensiva; le regole sulla pubblicità del patto marciano e dell'eventuale ipoteca di cui il bene da trasferire sia gravato. Il complesso di tali specificità ha indotto la dottrina a qualificare la disciplina in parola quale speciale e cogente, nel senso di escludere la validità

*Professore associato di diritto privato nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Per un'analisi relativa al paradigma imprenditoriale sotteso al Testo Unico Bancario, si rinvia allo studio di A. MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Milano, 2012, p. 1 ss., il quale ricorda come sia proprio la banca ad essere impresa; tale principio – sostiene l'a. – «rappresenta il tratto sostanziale che permea ed informa il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

² A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1410 ss..

³ L'immobile non deve essere destinato ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado. Secondo G. MARCHETTI, *Trasferimento di immobili ex art. 48-bis T.U.B.: un marciano abdicativo della garanzia generica?*, in *Giustiziacivile.com*, il trasferimento della proprietà del bene si realizzerebbe all'interno di una fattispecie a formazione progressiva, la quale prenderebbe avvio dal verificarsi dell'inadempimento.

di convenzioni marciane prive di tali requisiti, almeno nell'ambito dei finanziamenti bancari alle imprese⁴.

Emerge, così, un carattere che vale a differenziare questa fattispecie dalle altre: la clausola marciiana di cui all'articolo 48-*bis* può presentarsi come "autonoma", senza cioè che ad essa debba affiancarsi necessariamente una garanzia. Nelle altre ipotesi – si pensi al prestito vitalizio, al credito immobiliare ai consumatori ovvero al pegno non possessorio – il marciiano rappresenta soltanto una clausola (formalmente) accessoria, ancorchè sostanzialmente conformativa degli effetti. Si discute delle ricadute operative delle ipotesi descritte: ove l'ipoteca manchi, l'obbligazione rinviene la propria intrinseca funzione di garanzia nel trasferimento della proprietà dell'immobile⁵ o di altro diritto immobiliare (sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore) e nella sua trascrizione. Il creditore, per tal via, ha la facoltà di soddisfare le proprie ragioni avvalendosi dei diritti di sequela e di preferenza rispetto ad altri soggetti che pure abbiano a vantare pretese sul bene. Diversamente, nei casi in cui sussista una relazione di accessorietà tra la convenzione marciiana ed il pegno o l'ipoteca⁶, la predetta pattuizione assume funzione solutoria (e non già di garanzia): la produzione dei suoi effetti consente la realizzazione contestuale del passaggio del diritto reale in capo al creditore e l'estinzione dell'obbligazione, salvi eventuali oneri restitutori in favore del debitore o del terzo titolare del bene oggetto della garanzia, derivanti da *surplus* accertati.

A ciò si aggiunga che nell'ipotesi di un residuo di valore rispetto al credito garantito, esso dovrà attribuirsi al debitore, senza che a ciò osti una contraria previsione contenuta nel patto. Nessun titolo, se ingiustificato, consente la relativa allocazione dell'eccedenza al patrimonio del creditore. Di là dalla fattispecie oggetto di analisi, in cui simile previsione è già contenuta nella disposizione normativa, per altri marciiani, al precipuo scopo di eliminare eventuali ambiguità interpretative, è agevole cogliere l'opportunità

⁴Cfr. A. LUMINOSO, cit., p. 1413.

⁵ Il 3° comma dell'art. 48 *bis* T.U.B. stabilisce espressamente che non possono trasferirsi, mediante la procedura prevista dalla norma, i diritti inerenti agli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

⁶ Riflette sul punto C. MARSEGLIA, *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: prospettive a confronto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 670 ss., la quale rammenta che «l'efficienza del sistema ipotecario è determinata anche dalla rapidità con la quale il creditore riesce a realizzare la propria garanzia ipotecaria per soddisfare la sua pretesa creditoria». In questa prospettiva, la dottrina più moderna – osserva l'a. – afferma che il predetto obiettivo è conseguito attraverso il ricorso ad alcune forme di garanzia reali; per il sistema anglosassone v'è l'istituto del *mortgage*, mentre gli ordinamenti di *civil law* annoverano il patto marciiano e le cessioni in funzione di garanzia. Con tali ultimi modelli di garanzia reale, si concede al creditore la «proprietà del bene in funzione soddisfattoria, con il correttivo della stima». L'espressione da ultimo citata è di A. CHIANALE, *Ipoteca*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da GAMBARO e MORELLO, V, Milano, 2014, p. 2.

dell'inserimento di clausole che sanciscano la restituzione dell'eventuale supero al debitore.

2. I requisiti soggettivi della stipulazione.

I soggetti legittimati a stipulare l'operazione sono, da un lato, le banche o, in virtù dell'art. 106 T.U.B., gli altri soggetti autorizzati a concedere finanziamenti al pubblico⁷ e, dall'altro, gli imprenditori. Il dato semantico dell'art. 48-*bis* T.U.B. sembra non considerare obbligatoria l'identità tra le parti sottoscriventi il contratto di finanziamento e quelle che concludono il patto marciano, in cui i relativi soggetti abilitati possono anche essere un terzo datore di garanzia (delle obbligazioni del debitore aventi causa nel finanziamento) e la banca (ovvero l'istituto finanziario autorizzato). In taluni casi, non è inoltre da escludersi che questi ultimi non siano i beneficiari dell'alienazione in garanzia; è ammesso infatti che il trasferimento operi «in favore del creditore o di una società da esso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire o trasferire diritti reali immobiliari». La disposizione risponde alla volontà di non gravare i bilanci bancari degli eventuali effetti negativi derivanti da una immobilizzazione di risorse, la quale può costituire un freno tale da incidere negativamente sulla liquidità minima utile a realizzare le operazioni creditizie di carattere ordinario. L'obiettivo è, altresì, quello di offrire *chance* più elevate di monetizzazione della garanzia, una volta che sia avvenuto il trasferimento in coincidenza con l'avveramento della condizione sospensiva posta dalla norma bancaria; ciò mediante l'attribuzione a soggetti specializzati nel settore immobiliare della gestione e della cessione dei relativi beni⁸.

Non può tuttavia non rilevarsi come, benché si assista ad una divaricazione - che si disvela, in realtà, solo apparente - tra la titolarità del credito e della relativa garanzia, il complessivo negozio collegato sia connotato da una sua *unitarietà*. Essa può essere colta osservando la sostanziale identità del gruppo societario, cui fanno significativamente capo il finanziatore, nella veste di ente controllante o, comunque, in posizione dominante, e il terzo acquirente del bene in garanzia, nel ruolo speculare di soggetto controllato. Si perviene, così, ad un'uniformazione funzionale di disciplina⁹, nonostante l'apparente scissione descritta, intercorrente tra il soggetto titolare del credito e quello della garanzia

⁷ T.A.R. Lazio, 9 novembre 2005, n. 10862, in *Foro amm. TAR*, 2005, c. 3621, afferma che la distinzione tra banca e intermediario finanziario iscritto nell'elenco di cui all'art. 106, D.lgs., 1 settembre 1993, n. 385 riposa sul rilievo per cui la prima eroga il credito avvalendosi di una provvista effettuata mediante la raccolta di risparmio tra il pubblico; il secondo, invece, concede il credito avvalendosi di risorse finanziarie proprie differenti dalla raccolta del risparmio.

⁸ Cfr. in tal senso C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *StudiumIuris*, 2016, p. 1451 ss..

⁹ Sul concetto di "uniformazione", si rinvia per spunti utili a R. MICHEALS, *Three Paradigms of Legal Unification: National, International, Transnational*, *Proceedings of the 96th meeting of the American Society of International Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 335.

accessoria. A quanto sinora osservato, si aggiunga la potenziale incidenza che vicende successorie correlate al negozio di finanziamento garantito possono assumere in relazione alla convenzione marciانا.

In quest'ottica, la premessa da cui appare necessario muovere è che il trasferimento dipendente dalla condizione sospensiva *ex art. 48 bis T.U.B.* rinviene la sua fonte nella disciplina di diritto comune (art. 1353 ss. c.c.), con tutti i conseguenti corollari che ne derivano. Costituirebbe, ad esempio, violazione del canone di buona fede oggettiva – sì che dovrebbe invocarsi il disposto dell'art. 1358 c.c. e, prim'ancóra, dell'art. 1375 c.c. – un atto di disposizione del bene, che si accerti essere idoneo a ledere le aspettative creditorie in pendenza della condizione sospensiva. Le conseguenze della mancata osservanza delle norme da ultimo richiamate rilevarebbero, evidentemente, in chiave risarcitoria, con il conseguente obbligo di ristorare il pregiudizio subito dal mancato acquirente. L'efficacia del patto, ove esso abbia titolo per operare all'esito dell'avveramento della condizione sospensiva, retroagisce al momento della sua iscrizione; ciò vale a dire che, se rispettate le formalità necessarie per l'espletamento di quest'ultima, l'acquisto, conseguente all'inadempimento, prevale necessariamente su eventuali atti dispositivi del bene effettuati dal debitore in pendenza della condizione.

Alla luce di tali rilievi preliminari, può osservarsi come la successione nel lato attivo non generi problematiche teoriche serie. Il solo inconveniente pratico suscettibile di prodursi può concretizzarsi qualora si ceda, per il tramite dello schema approntato dagli artt. 1406 ss. c.c., il contratto di finanziamento ad un soggetto non dotato dei requisiti previsti dall'art. 48 *bis* T.U.B.: in una simile circostanza, il cessionario non potrà evidentemente beneficiare della garanzia derivante dal marciانا.

Di contro, non è raro che casi di successione nel lato passivo del finanziamento creino complessità non insuscettibili di rimanere insolute. Ove l'immobile oggetto della pattuizione marciانا sia ceduto ad un terzo in virtù del meccanismo operativo posto dall'art. 48-*bis* T.U.B., si pone un problema attinente alla sorte del finanziamento; più in particolare, occorre chiedersi se il contenuto dell'onere gravante sull'acquirente consista in un rimborso il finanziamento ovvero in un suo acollo. L'opzione ermeneutica preferibile imporrebbe di risolvere – prima del trasferimento dell'immobile al terzo – la convenzione marciانا stipulata tra debitore e creditore, i quali, in séguito, procederanno alla trascrizione del relativo atto presso la Conservatoria dei registri immobiliari. All'esito dello scioglimento del patto, il terzo avrà diritto di acquistare il bene ed accollarsi il finanziamento; qualora poi egli disponga anche dei requisiti soggettivi previsti dal 1° comma dell'art. 48-*bis* T.U.B., avrà altresì la facoltà di cedere nuovamente l'immobile al creditore, in conformità del disposto della norma richiamata.

3. Condizione sospensiva e interesse del creditore.

Sul piano applicativo, una delle maggiori criticità risiede nel fatto che, qualora l'evento dedotto in condizione – come nella normativa in commento – sia rappresentato proprio dall'inadempimento del debitore, l'avveramento non si concretizza automaticamente al momento della realizzazione dell'evento, ma risulta soggetto agli adempimenti procedurali cui è tenuto il creditore; a tal fine, è indispensabile la comunicazione del valore di stima, se uguale o inferiore all'ammontare del debito inadempito, o l'effettiva corresponsione della differenza, qualora sia accertato un *surplus*. Il procedimento, nella sua interezza, consta dunque di varie fasi. Queste ultime paiono qualificabili come parti di un atto complesso di natura unitaria, costituente l'oggetto di una condizione c.d. mista, atteso il carattere potestativo dell'attività dei contraenti nell'ambito della descritta normativa bancaria¹⁰.

L'istituto di credito, all'esito della procedura, ottiene un titolo di acquisizione di un diritto immobiliare, che, di regola, non è oggetto delle operazioni caratterizzanti l'attività bancaria. Si prospettano così taluni interrogativi – già in parte vagliati – afferenti al carattere soddisfattivo della prestazione. Essi necessitano di essere proiettati in una dimensione concreta: deve stabilirsi se il trasferimento del diritto immobiliare valga a soddisfare il creditore oppure, per questi, sia utile solo il ricavato monetario ottenuto dall'esecuzione forzata. In quest'ottica, appare opportuno accedere ad una soluzione mediante

¹⁰ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 216 ss. il quale ritiene ammissibile che la condizione abbia ad oggetto un evento complesso. Sui meccanismi di funzionamento della condizione mista, si proceda ad un raffronto con le statuizioni di Cass., 14 dicembre 2012, n. 23014, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 1419, secondo cui la condizione potestativa mista – il suo avveramento dipende in parte dal caso o dal terzo e in parte dalla volontà di uno dei contraenti – è soggetta alla disciplina degli artt. 1358 e 1359 cod. civ., da intendersi riferita anche al segmento non casuale. Gli stessi giudici di legittimità soggiungono, inoltre, che, avuto riguardo al contratto sottoposto a condizione potestativa mista, la soggezione di essa al disposto di cui all'art. 1358 cod. civ., che impone alle parti l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, implica che la sussistenza di tale obbligo vada riconosciuta anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista. V., ancora Cass., 8 marzo 2010, n. 5492, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 331, che afferma come l'art. 1359 c.c., ai sensi del quale la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa, introducendo una *fictio* di avveramento a tutela di possibili comportamenti dolosi o colposi posti in essere dal soggetto controinteressato, sia applicabile alla condizione potestativa mista; sì che incombe sul creditore, il quale lamenta il mancato avveramento di essa, l'onere di provarne l'imputabilità al debitore a titolo di dolo o di colpa. Sul tema ampi sviluppi in A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli (1941) rist. 1979, p. 151 ss.; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 42 ss..

un'indagine svolta da una prospettiva non meramente "strutturale" dell'istituto¹¹.

Volgendo l'attenzione al panorama legislativo nel suo complesso, possono invocarsi varie ipotesi, in riferimento alle quali occorre chiedersi se esse ricalchino la disciplina del marciano di cui all'art. 48 *bis* T.U.B. Si pensi alla normativa codicistica in tema di pegno irregolare a garanzia dell'anticipazione bancaria, il quale, ai sensi dell'art. 1851 c.c., ha ad oggetto titoli o merci, acquistati dal creditore; o, ancora, alla nuova fattispecie del pegno non possessorio, in cui il creditore può divenire titolare del bene oggetto della garanzia. Anche con riferimento alle garanzie finanziarie, contenute nel d.lgs., 21 maggio 2004 n. 170, escutibili dal creditore, può rilevarsi come il creditore abbia la facoltà di appropriarsi delle attività finanziarie diverse dal contante¹² o convenire il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia¹³. La dottrina reputa che, in simili ipotesi, l'acquisto di tale categoria di beni ad opera del creditore consenta a questi di liquidarne agevolmente il valore, sì che il problema in ordine all'idoneità dei beni in relazione agli interessi sottesi all'attività bancaria risulterebbe più apparente che reale¹⁴.

Discorso diverso vale, invece, per il caso del marciano *ex art. 48 bis* T.U.B., in cui la possibilità, legislativamente riconosciuta, di acquisire diritti immobiliari nell'ipotesi di inadempimento del debitore non si porrebbe in linea con gli interessi permeanti l'attività bancaria del finanziatore, in quanto il relativo valore non risulta agevolmente convertibile in denaro, senza che ciò valga, con certezza, a deprezzarlo¹⁵. Il che consente di evocare l'interrogativo iniziale circa l'effettiva funzionalità dell'istituto in commento a costituire strumento attrattivo efficace, che risulti poi preferibile rispetto alle ordinarie procedure esecutive. La banca propenderà plausibilmente per l'acquisto del diritto immobiliare solo ove il suo valore sia superiore rispetto al *quantum* erogato con il finanziamento.

¹¹ In proposito P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 111 ss., il quale rammenta che «la rivalutazione dell'interesse negli istituti e nelle situazioni soggettive costituisce la prospettiva più naturale per rivedere criticamente l'eccessiva considerazione riservata al profilo strutturale – che nelle analisi spesso è il criterio classificatorio preferito – e per recuperare alla "costruzione giuridica" la tipologia storico-sociale». Cfr. anche J. CARBONNIER, *Le strutture in diritto privato*, in R. BASTIDE (a cura di), *Usi e significati del termine struttura*, Milano, 1965, p. 78, che si esprime sull'antitesi struttura-funzione quale manifestazione del binomio dialettico organizzazione-funzionamento.

¹² V. art. 4, comma 1, lett. b) del d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170.

¹³ Cfr. art. 6 del d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170.

¹⁴ Così A. SCOTTI, *op. cit.*, p. 1477 ss..

¹⁵ Sul punto si rinvia a B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, Università degli studi di Camerino, XXX, 1964, estratto, 1965, p. 27 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2013, II, 529 ss., il quale rileva significativamente «la capacità di un'operazione di credito» – vale a dire la sua liquidità – «a essere di sicuro risultato economico (...) si pone come esigenza degna socialmente di tutela».