

**Studio legale**  
**Avv. Biagio Riccio**  
**Patrocinante in Cassazione**  
**Via C. Battisti n°24**  
**80024 Cardito (NA)**  
**Tel. 0818301084 - Fax 0818343888**

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

**Il decreto legge n.59 del 2016.**

**1-Breve illustrazione dell'art. 2 concernente il Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato**

Ai fini della nostra indagine nel complesso articolato del decreto, ci preoccupiamo di esaminare il solo articolo 2, concernente il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.

E' forte il sospetto che il tentativo del legislatore di rispettare il divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c non sia riuscito, anzi si potrà ritenere che viene solo rafforzato il potere delle banche e si legittima l'usura reale, si concreta proprio quello che la norma vuole evitare.

Angelo Busani sulle colonne del Sole 24 Ore del 6.05.2016( allo stesso modo il dott.Nicola Graziano eminente Magistrato alla sezione fallimentare al Tribunale di Napoli sul numero 23 di Guida al diritto anno 2016) ha ben descritto il meccanismo previsto dall'art.48 bis, costituente l'art. 2 del decreto legge n.59 del 2016 che si andrà ad incasellare nel seno del Testo Unico Bancario.

Concesso il finanziamento *“se il mutuatario è inadempiente, l'immobile viene trasferito alla banca e questa lo può poi direttamente vendere, senza far luogo a una procedura esecutiva giudiziale, al fine di compensare, con il ricavato dalla vendita, il proprio credito (avendo comunque già restituito al mutuatario inadempiente, prima della vendita “forzata” e indipendentemente da essa, la differenza tra il valore di stima dell'immobile dato in garanzia e l'importo del debito). La nuova norma prevede infatti che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore (o di una società da questi controllata o al medesimo collegata e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari), della proprietà di un immobile o di un altro diritto reale immobiliare di titolarità dell'imprenditore o di un terzo, il tutto sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. L'immobile oggetto di garanzia può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale, fabbricato abitativo), con l'unica eccezione che non può trattarsi dell'abitazione principale del datore di ipoteca, del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. In altri termini, il bene oggetto di garanzia rimane di proprietà dell'imprenditore (o del terzo datore), ma ne viene previsto il passaggio di proprietà alla banca (o ad altro soggetto strumentale alla banca), nel caso in cui l'imprenditore mutuatario non rimborsi il finanziamento: trascrivendo nei Registri immobiliari il trasferimento sotto condizione sospensiva, si impedisce a qualunque altro soggetto di imprimere sul bene in questione altre formalità pregiudizievoli per la banca mutuante (ad esempio, questa trascrizione rende infruttuosa la trascrizione successiva di un pignoramento o di una domanda giudiziale e l'iscrizione di ipoteche), in quanto, se la condizione di inadempimento si verifici, il passaggio di proprietà del bene oggetto di garanzia si intenderà avvenuto nel momento stesso in cui il patto di garanzia venne*

**Studio legale**  
**Avv. Biagio Riccio**  
**Patrocinante in Cassazione**  
**Via C. Battisti n°24**  
**80024 Cardito (NA)**  
**Tel. 0818301084 - Fax 0818343888**

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

*originariamente trascritto, e ciò per effetto del tipico meccanismo retroattivo connesso alla verifica della condizione sospensiva.*

*La nuova norma non riguarda solo i contratti di mutuo che verranno stipulati d'ora innanzi, ma anche quelli in corso, per i quali questa nuova modalità di garanzia venga esplicitamente pattuita mediante un atto notarile. Qualora, in quest'ultimo caso, siano oggetto di trasferimento sospensivamente condizionato immobili già gravati (come è normale che sia, nella maggior parte dei casi) da ipoteca, la nuova legge stabilisce che il patto di trasferimento sospensivamente condizionato prevale, nonostante sia stato trascritto posteriormente all'ipoteca, sulle formalità trascritte o iscritte nei Registri immobiliari successivamente alla iscrizione dell'originaria ipoteca. Dato che si tratta, come detto, di un patto di trasferimento sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento del mutuatario, la legge si fa direttamente carico di definire come "inadempimento" la situazione che si ha: nel caso di ammortamento a rate mensili, quando si abbia un mancato pagamento protratto per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate (anche non consecutive); nel caso di ammortamento a rate di durata superiore a quella mensile, quanto si abbia il mancato pagamento anche di una sola rata; nel caso di obbligo di restituzione non rateale (il cosiddetto finanziamento bullet, da restituire in unica soluzione a una data scadenza), qualora si abbia un ritardo di oltre sei mesi rispetto alla data in cui il rimborso sarebbe dovuto avvenire. Dal punto di vista procedurale, verificatosi l'inadempimento, il creditore notifica una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà. Decorsi 60 giorni, il creditore chiede al presidente del tribunale la nomina di un perito per la stima dell'immobile (con relazione giurata), il quale comunica il valore dell'immobile agli interessati. In questo momento si verifica il passaggio di proprietà del bene dal datore di ipoteca alla banca, se il valore è inferiore al debito; se è invece superiore, il passaggio di proprietà si ha nel momento in cui la banca paga al debitore la differenza tra il valore peritato e l'importo del debito".*

Sinteticamente:

1. Il finanziamento od un mutuo sospensivamente condizionato al suo adempimento è oggetto di un contratto da stipularsi innanzi ad un notaio e da trascriversi nei registri immobiliari;
2. se il mutuatario è inadempiente nel pagamento delle rate, il bene immobile sarà trasferito alla banca, senza che sia necessario l'intervento dello Stato attraverso la mediazione giurisdizionale del Giudice.
3. Quando si verifica l'inadempimento il creditore dovrà provvedere a notificare una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto al debitore e se diverso dal debitore anche al titolare del diritto reale immobiliare. Decorsi sessanta giorni dalla notificazione di questa dichiarazione il creditore potrà presentare istanza al presidente del Tribunale per la nomina di un terzo arbitratore stimatore(1349 c.c), il quale dovrà periziare il valore del bene.
4. La condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della

**Studio legale**  
**Avv. Biagio Riccio**  
**Patrocinante in Cassazione**  
**Via C. Battisti n°24**  
**80024 Cardito (NA)**  
**Tel. 0818301084 - Fax 0818343888**

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

comunicazione al creditore del valore di stima ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della predetta differenza, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento.

5. Entra in giuoco dunque il patto marciano, a tenor del quale, trasferita la proprietà del bene dal debitore al creditore, se vi è un'eccedenza - derivante dalla differenza tra il valore del bene rispetto al finanziamento erogato- essa deve essere destinata al debitore. E' liberato quest'ultimo da ogni obbligazione anche se il valore del bene sia inferiore al debito.
6. Tale disposizione non si applica ai titolari dell'abitazione principale del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

## **2-Le aporie dell'art.2.Sussistenza del patto commissorio.Possibili emendamenti alla norma.**

La norma è monca, perché non tutela il debitore al momento della concessione del finanziamento. Infatti non è precisato, né affrontato il delicato problema della sproporzione tra il valore del finanziamento e quello del bene dato in garanzia, quando viene stipulato il contratto. Il valore del bene in garanzia può essere anche il triplo, il quadruplo del finanziamento concesso. La norma di tutto questo non si preoccupa.

Il legislatore, non disciplinando l'equilibrio al momento( fondamentale) della confezione del contratto tra il valore della res data in garanzia ed il finanziamento concesso, non preoccupandosi della relativa e sottesa proporzionalità, sposta solo al momento successivo della vendita la tutela del debitore, che perderà l'immobile e dovrà accontentarsi della sola eccedenza, scaturita dalla cautela marciانا( se equa).

Ma in questo modo non è rispettato il divieto del patto commissorio.

Il fondamento del patto commissorio si constata:

- nella necessità di tutelare il debitore dal possibile sfruttamento del creditore e dalla coazione morale che su di lui esercita il bisogno di denaro(Rubino, *La compravendita, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano 1971, 1027;Caputo,Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio, in Giustizia Civile, 1979, I, 886*).
- Nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio che il creditore conseguirebbe a danno del debitore e degli altri creditori, facendo propria una cosa che, se venduta con le garanzie di legge, procurerebbe probabilmente un ricavo superiore all'ammontare del credito(Martorano, *Cauzione e pegno irregolare, in Riv. dir. comm., I, 1960, 115; Danusso,Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia, in Giur. it., 1984, I, 1,*

**Studio legale**  
**Avv. Biagio Riccio**  
**Patrocinante in Cassazione**  
**Via C. Battisti n°24**  
**80024 Cardito (NA)**  
**Tel. 0818301084 - Fax 0818343888**

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

1648).

- nella tutela della *par condicio creditorum*(Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, 1120; Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 159).
- nel principio di ordine pubblico che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva delle pretese creditorie(Betti, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 699; Fragali, *Del mutuo*<sup>2</sup> ed., in *Commentario del codice civile, cit.*, Libro quarto delle obbligazioni (Art. 1813-1822), Bologna-Roma 1966, 250).
- nell'esigenza di protezione del debitore e, allo stesso tempo, dei creditori(Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298; Pratis, in *Commentario del Codice civile, lb. VI, t. 2*, Torino 1976, 89).
- nell'inadeguatezza della funzione di garanzia, in sé e per sé considerata, a fondare sotto il profilo causale il trasferimento della proprietà di un bene(Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 29; Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità, (nota a Cass., sez. un., 3 aprile 1989 n. 1611)*, in *Foro it.*, 1989, I, 1428).
- nell'esigenza di proteggere il debitore sia dal pericolo di lasciare nelle mani del creditore un bene di valore superiore all'entità del credito, sia dall'insidia costituita dalla illusione di poter reperire le somme occorrenti per pagare il debito.
- nell' approfittamento della debolezza del debitore nei confronti del creditore contrassegnata nella sproporzione tra l'entità del debito ed il valore del bene alienato in garanzia( per tutti i punti: passim *Giustizia Civile fasc.6*, 2011, pag. 1453 Giulio Adilardi).
- Per principio ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, il divieto del patto commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, ancorchè astrattamente di per sé lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato, vietato dall'ordinamento, di assoggettare il debitore all'illecita coercizione da parte del creditore, sottostando alla volontà del medesimo di conseguire il trasferimento della proprietà di un suo bene, quale conseguenza della mancata estinzione di un debito (Cass. civ. Sez. II, Sent., 12-01-2009, n. 437 e cfr. Cass. n. 9466/04, 1273/05, 2285/06, 2725/07, 6969/07, 13621 /07).

La sussistenza di un eventuale patto commissorio va soppesata **al momento del contratto**( al legislatore del decreto n.59 del 2016 questo è sfuggito), perché bisogna verificare se il creditore abbia ordito l'approfittamento dello stato di debolezza del debitore e l'annessa acquisizione di un bene, il cui valore non potrà mai essere compensato dall'eccedenza del patto marciano.

Potrà infatti accadere che la stima anche se effettuata da un terzo non possa supplire alla sproporzione detta. Potrà altresì verificarsi che il debitore non sia d'accordo con la detta stima, ma la norma prevede

Studio legale  
Avv. Biagio Riccio  
Patrocinante in Cassazione  
Via C. Battisti n°24  
80024 Cardito (NA)  
Tel. 0818301084 - Fax 0818343888

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

in questi casi che la banca **diventi comunque proprietaria** iniquamente e l'eventuale fondatezza delle doglianze del debitore siano possibili solo sull'eccedenza: **sta di fatto che il debitore ha perduto già la res.**

Se non vi è nessun controllo tra il valore dell'immobile ed il finanziamento concesso, il debitore sarà sempre sacrificato. Se per esempio il finanziamento è 100.000,00 ed il valore del bene è 400.000,00 al momento della confezione del contratto e tale importo non viene confermato ex post dallo stimatore, intanto la Banca diventa proprietaria del bene ed il povero debitore dovrà assumersi il rischio, se ottenere o meno l'eccedenza sobbarcandosi il relativo giudizio.

Ecco il vulnus della norma, la sua aporia.

Non sarebbe più giusto soppesare i valori al momento della confezione del contratto e vietare *ab initio* la sproporzione?

In questo caso siamo in una condizione di perfetta parità e si evita qualsiasi fenomeno di usura reale, sanzionato dalla norma civilistica dell' art. 2744 c.c e dall' art. 644 c.p.

Per esempio potrebbe aggiungersi dopo il comma 3 quest'altro principio.

**Il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili il cui valore sia sproporzionato rispetto al finanziamento concesso. Prima dell'erogazione del finanziamento la banca, in contraddittorio con l'imprenditore, assistiti da rispettivi consulenti, verificano la detta sproporzione che si constata tutte le volte che il valore dell'immobile sia almeno il doppio del finanziamento concesso.**

In tal modo è evitato ab origine il patto commissorio.

Se invece si intende spostare la verifica di tal sproporzione *ad un momento successivo*(quello per intenderci di contestazione della stima, per l'applicazione della cautela marciiana) deve essere modificato il comma 7.

Attualmente esso è del seguente tenore: *Qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare.*

Invece se si dovesse verificare una contestazione sulla stima (che può nascere anche per una sproporzione tra i valori in contesa), la banca non potrà conseguire la proprietà dell'immobile che invece si potrà ottenere **solo dopo un accertamento giurisdizionale.**

Dunque il comma 7 sarà del seguente taglio: **Qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di conseguire la proprietà dell'immobile ed il debitore la dovuta eccedenza, solo dopo l'accertamento della fondatezza della contestazione deliberata opportunamente dal**

Studio legale  
Avv. Biagio Riccio  
Patrocinante in Cassazione  
Via C. Battisti n°24  
80024 Cardito (NA)  
Tel. 0818301084 - Fax 0818343888

[www.avvocatobiagioriccio.com](http://www.avvocatobiagioriccio.com) / pec: [biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it)

giudice che ha nominato il perito.

L'accertamento del Giudice sia ex ante che ex post evita qualsiasi forma di abuso di potere, a tutela della parte più debole: il debitore.

Cardito,20.06.2016

avv. Biagio Riccio