



Roma, 17 maggio 2016

## SENATO DELLA REPUBBLICA

### COMMISSIONE FINANZE E TESORO

#### **Audizione informale del 17 maggio 2016 c/o Ufficio di Presidenza**

#### **Decreto legge 3 maggio 2016, n. 59**

Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali nonché a favore degli investitori di banche in liquidazione  
(Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3.5.2016)

L'ANF Associazione Nazionale Forense rimette all'attenzione di Codesta commissione alcune considerazioni sul DL 59 del 3 maggio 2016.

Preliminarmente, una valutazione complessiva del provvedimento evidenzia che le misure in tema di procedure esecutive individuali e concorsuali devono in realtà indurre a riflettere sulla reale portata dell'art 2 del decreto legge e sugli effetti del patto marciano.

In particolare, le disposizioni del decreto sembrano essere destinate a rafforzare la posizione e le tutele di un singolo ceto creditorio a scapito di tutte le altre categorie di creditori (ad esempio, lavoratori e fornitori).

Inoltre, la liberazione dell'immobile senza l'intervento dell'ufficiale giudiziario (art. 4, comma 1, lett. D) e il trasferimento dell'immobile tramite l'attivazione del patto marciano introducono in forma embrionale la privatizzazione del processo di esecuzione (immobiliare) che si svolge su impulso del creditore, senza la presenza del giudice e senza garanzie per il debitore, e sortendo il complementare effetto di ridurre in entrata e di abbattere nell'attualità il numero delle procedure esecutive dinanzi ai tribunali.

E ancora, sebbene la norma preveda la facoltà del pegno mobiliare non possessorio e del patto marciano, non vi sono contrappesi al rischio che l'istituto di credito o gli altri istituti autorizzati possano imporre questa forma di garanzia, rispetto a quelle tradizionali, per concedere il finanziamento richiesto dall'imprenditore. Quindi le banche stipuleranno il patto marciano e di fronte all'inadempimento del debitore eserciteranno il loro diritto di diventare proprietari.

Sfugge, sotto il profilo strettamente metodologico, il requisito dell'urgenza che giustifica l'introduzione di nuove norme processuali, considerato che alcune disposizioni sono

destinate ad entrare in vigore solo dopo l'adozione di regolamenti di attuazione e l'entrata in vigore della legge di conversione e altre non introducono alcunché di innovativo ma solo adempimenti stringenti in capo ai soggetti che operano in ambito esecutivo individuale e concorsuale; senza tener conto, poi, che è all'esame dell'aula del Senato, in seconda lettura, il testo della legge delega di riforma del processo civile.

### **Art. 1: pegno mobiliare non possessorio**

La norma prevede dunque l'iscrizione del pegno su tutti i beni dell'azienda con la sola eccezione di quelli registrati, pertanto potrà riguardare sia gli impianti che le merci.

Questa disposizione rischia di svuotare le norme civilistiche che prevedono i privilegi sui beni mobili in quanto i creditori privilegiati (tra i quali ai primi posti vi sono i dipendenti, i professionisti e gli artigiani) non avranno più terreno su cui esercitare il loro privilegio.

Inoltre, è uno strumento "futuristico" poiché ancora non è stato costituito alcun registro: come ormai accade da anni questa è l'ennesima conferma della necessità di legiferare con decretazione di urgenza mancando in concreto gli strumenti per la applicazione.

Al giorno di oggi il pegno possessorio previsto dal nostro ordinamento è indubbiamente una forma di garanzia poco adatta alla dinamicità dell'economia moderna.

Infatti l'impresa debitrice difficilmente intende perdere il possesso del proprio bene, perché spesso, da un lato, ha necessità di conservarlo e impiegarlo nell'attività d'impresa e, dall'altro, il creditore è ben consapevole che proprio dal successo dell'attività d'impresa del debitore proviene la maggior garanzia per il proprio credito (ma non si ritiene adeguatamente garantito allorquando i beni mobili dell'impresa possano essere dispersi senza traccia dell'incasso di corrispettivi).

Nel nostro ordinamento sono "entrate" forme contrattuali che hanno una funzione di garanzia mobiliare non possessoria: per esempio, la cessione a sconto di crediti ove il cedente anticipa l'incasso e il cessionario è garantito dall'acquisita titolarità del credito; le clausole di riserva della proprietà nella compravendita ove il venditore è garantito dal mantenere la proprietà del bene fino al saldo; in quasi tutta Europa sono opponibili al terzo creditore, sia o meno prevista una trascrizione; anche il *leasing* e il *lease-back* mobiliare ove il locatore mantiene la proprietà del bene di cui sta finanziando l'utilizzo.

Dunque lo strumento introdotto con l'art. 1, se fosse previsto anche per altri creditori "meno eletti", potrebbe essere anche utile.

Vi sono, comunque, delle problematiche che andrebbero risolte.

A mero titolo esemplificativo, la norma nulla dice per l'ipotesi in cui più creditori costituiscono il pegno su altrettante categorie merceologiche, che poi si fondono in un unico prodotto. Chi eserciterà il diritto? E se poi il prodotto finito fosse un bene mobile registrato cosa succede? E cosa accade in caso di procedure concorsuali? Il curatore fallimentare dovrà riconoscere il diritto del pegno su beni trasferiti da tempo e il cui controvalore è (evidentemente) evaporato, data l'insolvenza?

Rischio dunque di prossimi e prevedibili conflitti tra i titolari del pegno acceso su beni non più esistenti da un lato e, dall'altro, portatori di privilegi che chiederanno di esercitare il

proprio diritto immanente o curatori che chiederanno l'applicazione delle regole del concorso anche a carico dei creditori garantiti da privilegio speciale mobiliare.

La norma presenta, quindi, profili applicativi di dubbia formulazione.

## **Art. 2: patto marciano**

Quanto al contenuto del patto marciano il decreto legge e la relativa scheda accompagnatoria di lettura sembrano richiamare le ricostruzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità; tuttavia, si tratta di verificare l'istituto del patto marciano sia stato effettivamente realizzato secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza e, *ictu oculi*, sembra mancare ogni coerenza sistematica tra l'ipotesi in cui il patto marciano opera fuori dal processo esecutivo da quella in cui opera a processo esecutivo iniziato.

Innanzitutto, la giurisprudenza richiede che il terzo (perito) sia imparziale: occorre domandarsi se il requisito dell'imparzialità sia soddisfatto dalla semplice nomina del presidente del tribunale ovvero debba essere intesa in senso più restrittivo nel senso che il terzo perito non deve aver ricevuto incarichi dalla banca che attiva il patto di cui al comma 1.

La giurisprudenza ha sempre affermato che il bene deve essere valutato al valore effettivo, mentre il riferimento all'art. 1349 cc e la collocazione dell'inciso all'interno del comma 6 sembrano far presumere che il perito debba o possa procedere con equo apprezzamento.

L'art. 1349 cc è calibrato sull'accordo delle parti nel demandare la determinazione dell'oggetto del contratto ad un terzo indicato da entrambi; nell'art. 2 del dl invece non vi è accordo ma solo la richiesta del creditore che si rivolge al tribunale per la nomina del perito. Occorre quindi evitare abusi e soprusi nella valutazione del bene ricorrendo a requisiti più stringenti quali quelli indicati dalla giurisprudenza rispetto a quelli di cui all'art. 1349 cc.

Inoltre, nel processo esecutivo la stima del valore avviene secondo le regole di mercato ex art. 568 cpc, come introdotto dal DL 83/2015. Se la stima avviene ai sensi dell'art. 1349 cc è evidente la disparità di criteri quanto al metodo di valutazione del bene.

Peraltro, è possibile che, nel caso di patto attivato in un procedimento esecutivo in corso, il bene sia stato già stimato secondo il valore di mercato. Ulteriore disparità rispetto all'attivazione del patto al di fuori del processo esecutivo.

È di tutta evidenza che il criterio adottato per la stima del bene influisce anche sul procedimento di contestazione (che secondo il DL in commento è sempre quello previsto dall'art. 1349 cc).

Ci si chiede anche se non sia il caso di prevedere un termine di cessazione degli effetti del patto marciano così come avviene per la trascrizione dei preliminari ex art. 2645 bis cc dal momento che gli effetti della trascrizione del patto sono gli stessi di quelli del preliminare trascritto (e anche la formulazione contenuta nel DL è identica rispetto a quella dell'art. 2645 bis cc).

Sino a quando, nel corso della procedura esecutiva, il creditore può attivare il patto marciano? In ogni momento? Anche a vendita avvenuta o disposta dal GE (la salvezza degli effetti di stabilità della vendita è fatta salva?)?

Disparità di trattamento e di disciplina si riscontra sull'accertamento dell'inadempimento. Ai sensi del comma 10, l'inadempimento è accertato dal giudice mentre ai sensi del comma 1 è "accertato" dal creditore e da questi attestato ai fini della pubblicità (comma 9): l'accertamento ad opera del giudice sospende la procedura? E la contestazione della stima sospende il diritto del creditore di avvalersi degli effetti del patto come invece previsto dal comma 7 nell'ipotesi di attivazione al di fuori del processo esecutivo?

Non sembra regolato il regime dell'opponibilità al creditore ipotecario di grado anteriore rispetto a quello che trascrive il patto marciano.

### **Sulle modifiche al codice di procedura civile e alla legge fallimentare**

Art. 590 *bis* cc: probabilmente detto strumento consentirà alle banche di poter far assegnare il bene ad una società immobiliare del gruppo per poi farlo rientrare nel circuito delle vendite immobiliari fuori dal procedimento esecutivo.

Della liberazione dell'immobile si è già detto nelle considerazioni preliminari, mentre le altre norme non introducono innovazioni tali da giustificare la decretazione di urgenza e tali da assicurare un migliore realizzo del credito nel rispetto delle garanzie del debitore. Lo stesso dicasi per gli interventi sul processo esecutivo mobiliare che non trae alcun effettivo giovamento dalla previsione di un numero massimo di tentativi di vendita del bene pignorato.

La preclusione dell'opposizione è un intervento di poca rilevanza stante i pochi casi pratici in tal senso. La preclusione dell'opposizione è un intervento di poca rilevanza stante i pochi casi pratici in tal senso. Poiché vi è obbligo di inserire avvertimento al debitore nell'atto di pignoramento, detto avviso è atto dell'ufficiale giudiziario, e se non lo inserisce cosa succede?

Il breve lasso di tempo a disposizione non ha consentito di apportare o suggerire in questa sede proposte di emendamenti o soppressione delle norme introdotte.

In ogni caso, tale attività dovrebbe muovere dalla condivisione dell'impostazione di fondo dell'intero provvedimento le cui criticità sono state invece evidenziate nella premessa della presente nota.

Con osservanza.

ANF – Associazione Nazionale Forense