

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.21-2020/E

LA RINEGOZIAZIONE DEL MUTUO CON EFFETTO DI ESDEBITAZIONE NELL'AMBITO DEL PROCESSO ESECUTIVO AVENTE AD OGGETTO L'ABITAZIONE PRINCIPALE DEL DEBITORE

di Ernesto Fabiani e Luisa Piccolo

(Approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 17/02/2020)

Abstract

Lo studio esamina l'art. 41 *bis* del d.l. 26 ottobre 2019 n. 124 (aggiunto dalla legge di conversione 19 dicembre 2019 n. 157), norma di carattere eccezionale e di stretta interpretazione, che s'inserisce nel solco della recente tendenza legislativa a salvaguardare la posizione del debitore ove l'immobile oggetto di espropriazione immobiliare sia costituito dalla sua abitazione principale.

Gli Autori affrontano le numerose problematiche interpretative aperte da una disposizione che, sul piano della tecnica legislativa: per un verso, è formulata in modo approssimativo e confuso; per altro verso, rinvia, per aspetti sicuramente non marginali, all'adozione di un decreto interministeriale espressamente qualificato come di "natura non regolamentare".

Gli Autori si soffermano, in particolare: sulla delimitazione dell'ambito di applicazione della disposizione in esame, stanti i dubbi interpretativi aperti dalla relativa formulazione con riferimento alle fattispecie che vi rientrano; sui relativi presupposti di ordine oggettivo e soggettivo; sulle eventuali posizioni di soggezione introdotte dalla norma; sulla valutazione del giudice (specie con riferimento alla sospensione e all'estinzione del processo esecutivo); sull'effetto di esdebitazione nell'ambito del processo esecutivo; sulla valutazione del creditore e sul suo rifiuto della richiesta di rinegoziazione.

Dall'esame condotto emerge, con evidenza, come i maggiori problemi ermeneutici attengono alla fattispecie relativa al finanziamento accordato al parente/ affine del debitore. Al di là della posizione fortemente sacrificata di quest'ultimo rispetto al debitore, questa fattispecie pone evidenti criticità sotto diversi profili (natura del diritto trasferito al parente o affine e connessa pubblicità immobiliare; possibili pregiudizi per i terzi; operatività dell'effetto esdebitatorio anche in tale ipotesi).

Non pochi dubbi permangono altresì con riferimento alla valutazione ed al controllo del giudice dell'esecuzione nell'ipotesi di rinegoziazione concessa al debitore e in quella concessa al parente/ affine, nonché con riferimento: all'ipotesi in cui sia domandata, congiuntamente dal debitore e dal creditore, la sospensione del processo esecutivo; ai presupposti cui è subordinato il prodursi dell'effetto di esdebitazione; alla posizione dei creditori, sia del debitore che del parente,

a fronte del diritto riconosciuto a questi ultimi di evitare la vendita forzata del bene immobile che costituisce abitazione principale del debitore.

In sede di riflessioni conclusive, pur senza voler entrare nel merito delle scelte effettuate dal legislatore con l'introduzione di una disposizione quale quella in esame, gli Autori sottolineano quanto la tecnica legislativa adoperata sia del tutto insoddisfacente e rischi di ingenerare un contenzioso non solo "interno" alle procedure esecutive rientranti nel perimetro applicativo della stessa, ma anche con eventuali terzi pretendenti sul bene immobile fatto oggetto di trasferimento coattivo in favore del parente del debitore cui sia stato concesso il finanziamento.

Sommario: 1. Premessa: l'art. 41 bis d.l. 124/2019 esaminato alla luce delle recenti tendenze legislative nell'ambito del processo esecutivo; 2. La natura eccezionale dell'art. 41 bis d.l. 124/2019; 3. La delimitazione dell'ambito di applicazione: fattispecie e presupposti; 3.1 Le fattispecie previste dall'art. 41 bis; 3.2 I presupposti di carattere oggettivo e soggettivo; 4. Principali problematiche aperte dalla formulazione della norma; 5. Le eventuali posizioni di soggezione; 6. La valutazione del giudice e l'estinzione del processo esecutivo; 7. Problemi e perplessità in ordine alle posizioni soggettive in gioco in caso di finanziamento accordato al parente/ affine del debitore; 8. L'effetto di esdebitazione nell'ambito del processo esecutivo; 9. La garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa; 10. L'istanza congiunta del debitore e del creditore di sospensione della procedura esecutiva; 11. La valutazione del creditore e il rifiuto/ rigetto della richiesta di rinegoziazione; 12. Aspetti (non di dettaglio) non disciplinati dalla norma e rimessi ad un decreto interministeriale qualificato come di "natura non regolamentare"; 13. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa: l'art. 41 bis esaminato alla luce delle recenti tendenze legislative nell'ambito del processo esecutivo*

L'art. 41 bis¹, introdotto dal d.l. 124/2019, offre al debitore-consumatore, in possesso di determinati e stringenti requisiti, un'ulteriore possibilità per salvare il bene immobile, che

¹ Per agevolare la comprensione di quanto evidenziato nel testo si riporta l'integrale contenuto dell'art. 41 bis del d.l. 26 ottobre 2019 n. 124, aggiunto dalla legge di conversione 19 dicembre 2019 n. 157: «Al fine di fronteggiare, in via eccezionale, temporanea e non ripetibile, i casi più gravi di crisi economica dei consumatori, ove una banca o una società veicolo, creditrice ipotecaria di primo grado, abbia avviato o sia intervenuta in una procedura esecutiva immobiliare avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore, è conferita al debitore consumatore, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 2, la possibilità di chiedere la rinegoziazione del mutuo in essere ovvero un finanziamento, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente, a una banca terza, il cui ricavato deve essere utilizzato per estinguere il mutuo in essere, con assistenza della garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e con il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo.

2. Il presente articolo si applica al ricorrere congiunto delle seguenti condizioni:

a) il debitore sia qualificabile come consumatore ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera a), del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206;

b) il creditore sia un soggetto che esercita l'attività bancaria ai sensi dell'articolo 10 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o una società veicolo di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130;

c) il credito derivi da un mutuo con garanzia ipotecaria di primo grado sostanziale, concesso per l'acquisto di un immobile che rispetti i requisiti previsti dalla nota II-bis) all'articolo 1 della tariffa, parte prima, allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, e il debitore abbia rimborsato almeno il 10 per cento del capitale originariamente finanziato alla data della presentazione dell'istanza di rinegoziazione;

d) sia pendente un'esecuzione immobiliare sul bene oggetto di ipoteca per il credito, il cui pignoramento sia stato notificato tra la data del 1° gennaio 2010 e quella del 30 giugno 2019;

e) non vi siano altri creditori intervenuti oltre al creditore procedente o, comunque, sia depositato, prima della presentazione dell'istanza di rinegoziazione, un atto di rinuncia dagli altri creditori intervenuti;

f) l'istanza sia presentata per la prima volta nell'ambito del medesimo processo esecutivo e comunque entro il termine perentorio del 31 dicembre 2021;

g) il debito complessivo calcolato ai sensi dell'articolo 2855 del codice civile nell'ambito della procedura di cui alla lettera d) e oggetto di rinegoziazione o rifinanziamento non sia superiore a euro 250.000;

h) l'importo offerto non sia inferiore al 75 per cento del prezzo base della successiva asta ovvero del valore del bene come determinato nella consulenza tecnica d'ufficio nel caso in cui non vi sia stata la fissazione dell'asta. Qualora il debito complessivo sia inferiore al 75 per cento dei predetti valori, l'importo offerto non può essere inferiore al debito per capitale e interessi calcolati ai sensi della lettera g), senza applicazione della percentuale del 75 per cento;

i) il rimborso dell'importo rinegoziato o finanziato avvenga con una dilazione non superiore a trenta anni decorrenti dalla data di sottoscrizione dell'accordo di rinegoziazione o del finanziamento e comunque tale che la sua durata in anni, sommata all'età del debitore, non superi tassativamente il numero di 80;

l) il debitore rimborsi integralmente le spese liquidate dal giudice, anche a titolo di rivalsa, in favore del creditore;

m) non sia pendente nei riguardi del debitore una procedura di risoluzione della crisi da sovraindebitamento ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

3. Se il debitore non riesce a ottenere personalmente la rinegoziazione o il rifinanziamento del mutuo, lo stesso può essere accordato a un suo parente o affine fino al terzo grado, ferme restando le condizioni di cui al comma 2, con le modalità stabilite dal decreto di cui al comma 6. Se il finanziamento è stato concesso al parente o affine fino al terzo grado, il giudice emette decreto di trasferimento ai sensi dell'articolo 586 del codice di procedura civile in suo favore. Per i successivi cinque anni, decorrenti dalla data di trasferimento dell'immobile, è riconosciuto, in favore del debitore e della sua famiglia, il diritto legale di abitazione, annotato a margine dell'ipoteca. Entro lo stesso termine il debitore può, previo rimborso integrale degli importi già corrisposti al soggetto finanziatore dal parente o affine fino al terzo grado, chiedere la retrocessione della proprietà dell'immobile e, con il consenso del soggetto finanziatore, accollarsi il residuo mutuo con liberazione del parente o affine fino al terzo grado. Le imposte di registro, ipotecaria e catastale relative al trasferimento degli immobili ai sensi del presente comma sono applicate nella misura fissa di 200 euro agli atti di trasferimento in sede giudiziale degli immobili e all'eventuale successivo trasferimento dell'immobile residenziale al debitore. Il beneficio decade se il debitore non mantiene la residenza nell'immobile per almeno cinque anni dalla data del trasferimento in sede giudiziale.

4. Le rinegoziazioni e i finanziamenti di cui al presente articolo possono essere assistiti dalla garanzia a prima richiesta rilasciata da un'apposita sezione speciale del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2019. La garanzia della sezione speciale è concessa nella misura del 50 per cento dell'importo oggetto di rinegoziazione ovvero della quota capitale del nuovo finanziamento.

5. A seguito di apposita istanza congiunta, presentata dal debitore e dal creditore, il giudice dell'esecuzione, ricorrendo le condizioni di cui al comma 2, sospende l'esecuzione per un periodo massimo di sei mesi. Il creditore procedente, se e' richiesta la rinegoziazione, entro tre mesi svolge un'istruttoria sulla capacità reddituale del debitore. Il creditore e' sempre libero di rifiutare la propria adesione all'istanza o di rigettare, anche successivamente alla presentazione dell'istanza congiunta, la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore. In ogni caso in cui sia richiesto un nuovo finanziamento a una banca diversa dal creditore ipotecario, a questa è comunque riservata totale discrezionalità nella concessione dello stesso.

6. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita, per gli aspetti di sua competenza, la Banca d'Italia, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabilite le ulteriori modalità di applicazione del presente articolo, in particolare definendo:

a) il contenuto e le modalità di presentazione dell'istanza di rinegoziazione;

b) le modalità con cui il giudice procede all'esame dell'istanza, alla verifica del conseguimento delle finalità di cui al presente articolo, alla liquidazione e alla verifica del pagamento delle spese procedurali, all'estinzione della procedura esecutiva e alla surroga dell'eventuale banca terza finanziatrice nell'ipoteca;

costituisca la sua abitazione principale, dalla vendita forzata, con inevitabili risvolti nella sfera sostanziale e in quella processuale. S'inserisce in tal guisa nel solco della sempre più marcata tendenza legislativa a salvaguardare la posizione del debitore, il cui bene immobile sia sottoposto ad esecuzione immobiliare, specie laddove esso costituisca la sua abitazione. Testimoniano tale tendenza i seguenti interventi legislativi, cui abbiamo assistito negli ultimi anni:

- a) nell'esecuzione esattoriale, la preclusione dell'assoggettamento all'espropriazione laddove essa abbia ad oggetto l'unico immobile di proprietà del debitore, adibito ad uso abitativo del debitore e nel quale quest'ultimo abbia la residenza anagrafica, ad esclusione delle abitazioni di lusso (previste dal Decreto del Ministero per i lavori pubblici 2 agosto 1969), delle ville (categoria catastale A/8) e dei castelli e palazzi artistici e storici (categoria catastale A/9)²;
- b) la modifica in tema di custodia e liberazione del bene pignorato ex art. 560 c.p.c. relativa all'estensione, ai sensi dell'art.18 *quater* del d.l. 162/2019, conv. con modifiche dalla l. 8/2020 (cd. decreto milleproroghe), ai procedimenti instaurati prima del 14 febbraio 2019, del diritto del debitore di continuare a risiedere nell'immobile fino al trasferimento³.

Nella medesima prospettiva di cui sopra sembrerebbe porsi anche il potenziamento della conversione del pignoramento (disposto con la legge n. 12/2019, in quarantotto rate anziché trentasei e la riduzione del primo versamento da un quinto a un sesto del totale).

Nel caso di specie ci troviamo di fronte ad un intervento articolato e complesso.

c) gli elementi ostativi alla concessione della rinegoziazione o del rifinanziamento e alla stipulazione dell'accordo;
d) le modalità e i termini per il versamento della somma di cui al comma 1 al Fondo di garanzia per la prima casa;
e) le modalità di segnalazione nell'archivio della Centrale dei rischi della Banca d'Italia e negli archivi dei sistemi di informazione creditizia privati.

7. Con il medesimo decreto di cui al comma 6 sono definiti termini, condizioni e modalità per l'accesso alle prestazioni della sezione speciale di cui al comma 4.

8. Agli oneri derivanti dal comma 4, pari a 5 milioni di euro per l'anno 2019, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di conto capitale iscritto, ai fini del bilancio triennale 2019-2021, nell'ambito del programma "Fondi di riserva e speciali" della missione "Fondi da ripartire" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2019, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al medesimo Ministero».

² C. PUNZI, *Limiti alla pignorabilità e oggetto della responsabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, 1281.

³ Per comprendere il senso di questa misura va rammentata l'evoluzione che negli ultimi anni ha caratterizzato l'art. 560 c.p.c.

Al fine di rendere appetibili le vendite forzate e raggiungere così il prezzo migliore, con una efficace tutela del credito, il sistema di cui all'art. 560 c.p.c. è stato imperniato, sino al 2019, sulla consegna del bene al momento del trasferimento della proprietà, grazie all'ordine di liberazione emesso dal giudice dell'esecuzione.

La riforma del 2016 aveva in particolare previsto un procedimento semplificato e agevolato, attuabile direttamente dal custode, con l'ausilio della forza pubblica, al di fuori dello schema dell'azione ordinaria di rilascio (su cui cfr. C. CALDERONI, *Esecuzione forzata, d.l. n. 59/2016 e ordine di liberazione dell'immobile pignorato*, in *Studi e Materiali*, 1-2, 2017, 205 s.).

Tendenza contraria, invece, ha ispirato la novella del 2019, la quale ha previsto una modifica volta a tutelare il diritto del debitore ad abitare il bene pignorato fino al decreto di trasferimento (su cui vedi E. GASBARRINI, *Il nuovo articolo 560 c.p.c. il diritto del debitore e dei suoi familiari conviventi di continuare ad abitare l'immobile fino all'emissione del decreto di trasferimento e le (nuove) modalità di attuazione della custodia dei beni immobili pignorati*, in www.notariato.it).

Da ultimo, il legislatore del "milleproroghe" è tornato nuovamente a modificare l'art. 560, precisando la possibilità di liberare il bene a cura del custode anche dopo il decreto di trasferimento, sempre fermo restando il diritto del debitore diligente di continuare a risiedere nel bene pignorato fino al trasferimento (Cfr. A.CRIVELLI, *Asta, il curatore procede allo sgombero*, in *Ilsole24ore* (3 marzo 2020).

Con l'art. 41 *bis* il legislatore introduce, nell'ambito del processo esecutivo, uno strumento a favore del debitore, di carattere eccezionale e di stretta interpretazione, per salvare la propria abitazione principale dalla procedura esecutiva.

In estrema sintesi, il legislatore concede al debitore la possibilità di rinegoziare il mutuo oppure di ottenere un finanziamento, con surroga nell'ipoteca, da una banca terza, usufruendo del beneficio della esdebitazione, ma subordina detta possibilità al ricorrere di una pluralità di requisiti (sia di ordine soggettivo che oggettivo) assai stringenti.

Anche se, in una prospettiva tendente ad ampliare il perimetro applicativo della suddetta possibilità offerta al debitore, si fa leva anche sull'allargamento della cerchia dei soggetti legittimati.

Più precisamente, si prevede che, se il debitore non riesce ad ottenere la rinegoziazione o il rifinanziamento, lo stesso possa essere concesso, fermi restando i requisiti richiesti, al suo parente o affine entro il terzo grado. In tal caso il giudice dell'esecuzione emette decreto di trasferimento nei confronti del parente, fermi restando, però, in favore del debitore:

- il diritto legale di abitazione;
- il diritto alla retrocessione del bene.

È altresì previsto che, «a seguito di apposita istanza congiunta, presentata dal debitore e dal creditore, il giudice dell'esecuzione», ricorrendo le suddette condizioni (di ordine soggettivo e oggettivo), «sospende l'esecuzione per un periodo massimo di sei mesi».

Ove si perfezioni la fattispecie prevista dal legislatore, con conseguente effetto esdebitatorio a fronte della intervenuta rinegoziazione del mutuo, la procedura esecutiva si estingue, conformemente a quanto inequivocabilmente disposto dalla lettera *b*) del comma sesto della disposizione in esame. Anche se, detta disposizione non reca alcuna indicazione in ordine alle modalità attraverso le quali si perviene alla estinzione della procedura esecutiva, recando, piuttosto, (anche sotto questo profilo) un rinvio ad un «decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il ministro della giustizia e con il ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita per gli aspetti di sua competenza, la Banca d'Italia» che dovrebbe essere adottato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. in esame.

Siamo evidentemente di fronte all'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto che, pur essendo in via più immediata legato a profili processuali, non è indubbiamente privo anche di rilevanti profili negoziali, ma che, soprattutto, non è di agevole ricostruzione nel suo complesso. La lettera della norma, infatti, non è di grande ausilio a tal fine in quanto: per un verso, impone, per come è formulata, un grosso sforzo interpretativo (*rectius* ricostruttivo) per delimitarne con esattezza i confini e coglierne appieno il significato; per altro verso, rinvia, per aspetti sicuramente non marginali, all'adozione del suddetto decreto interministeriale, espressamente qualificato come di «natura non regolamentare».

Il presente contributo, incentrato sui profili processuali, mira a tentare di sciogliere i principali nodi interpretativi posti dalla disposizione in esame, pur dovendosi rimarcare, sin d'ora, come detta attività, per taluni profili, non potrà che limitarsi a prendere atto di talune evidenti lacune legislative nella parte in cui il legislatore rinvia, per profili non certamente marginali, al suddetto decreto interministeriale avente natura non regolamentare. Sotto questo profilo, evidentemente, l'interprete non può sostituirsi integralmente al legislatore, così come non lo può fare un decreto interministeriale, ancorché qualificato come di «natura non regolamentare». Solo

il legislatore potrebbe colmare quelle lacune che sono l'effetto di una tecnica legislativa evidentemente inadeguata (anche) sotto il profilo delle fonti.

2. *La natura eccezionale dell'art. 41 bis d.l. 124/2019*

Il primo dato che preme evidenziare è che ci troviamo evidentemente di fronte ad una norma eccezionale, di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi al c.c.⁴

Ciò si desume agevolmente, oltre che dal modo in cui la stessa è strutturata, dalla lettera della stessa, avendo cura il legislatore di precisare espressamente come si tratti di norma applicabile «in via eccezionale, temporanea e non ripetibile», esclusivamente «nei casi più gravi di crisi economica dei consumatori».

Nella medesima direzione milita anche la limitazione di ordine temporale contenuta nel testo della norma, essendo espressamente prevista l'applicabilità della nuova disciplina introdotta solo con riferimento alle esecuzioni immobiliari sui beni oggetto di ipoteca per il credito «il cui pignoramento sia stato notificato tra la data del 1° gennaio 2010 e quella del 30 giugno 2019».

In definitiva, dunque, non vi è spazio per ricorrere al criterio analogico o all'interpretazione estensiva della norma in commento oltre i casi e le condizioni dalla stessa espressamente considerati.

3. *La delimitazione dell'ambito di applicazione: fattispecie e presupposti*

La norma prevede diverse fattispecie, tutte avvinte dal medesimo scopo di sottrarre alla vendita forzata l'immobile principale del debitore–consumatore, ma accomunate anche da un medesimo nucleo di requisiti di fondo particolarmente stringenti, il cui effetto, come avremo modo di vedere meglio di qui a breve, è evidentemente quello di circoscriverne fortemente il perimetro applicativo.

Ci troviamo, in altri termini, dinanzi ad un istituto dalla dimensione applicativa assai modesta, anche in ragione della limitazione di ordine temporale in precedenza segnalata.

3.1) *Le fattispecie previste dall'art. 41 bis*

L'art. 41 bis del d.l. 124/2019, conv. con modifiche dalla l. 157/2019, rubricato “*Mutui ipotecari per l'acquisto di beni immobili destinati a prima casa e oggetto di procedura esecutiva*”⁵, presenta differenti fattispecie, avvinte dal medesimo scopo di sottrarre alla vendita forzata l'immobile principale del debitore – consumatore.

Al primo comma prevede due fattispecie distinte, conferendo al debitore consumatore, la cui abitazione principale sia oggetto di procedura esecutiva, la “possibilità” di chiedere:

⁴ Così pare in dottrina FINOCCHIARO, *I rebus della rinegoziazione del mutuo «prima casa» ad espropriazione pendente*, in *Quotidianodeditritto.it*, 10 febbraio 2020.

⁵ Tra i primi commenti, per lo più didascalici, cfr.: FINOCCHIARO, *I rebus della rinegoziazione del mutuo «prima casa» ad espropriazione pendente*, in *Quotidianodeditritto.it*, 10 febbraio 2020; VALERINI, *Novità per (molte) esecuzioni immobiliari sull'abitazione principale del consumatore*, in *ilprocessocivile.it*; PISCHETOLA, *Rinegoziazione o surroga del mutuo se la prima casa è sotto pignoramento*, in *ilsole24ore*, 23 gennaio 2020.

- a) *«la rinegoziazione del mutuo in essere», «con assistenza della garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e con il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo»;*
- b) *«un finanziamento, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente, a una banca terza, il cui ricavato deve essere utilizzato per estinguere il mutuo in essere, con assistenza della garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e con il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo».*

Al fine di ausiliare il debitore, il legislatore ha, dunque, fatto ricorso a due strumenti: l'assistenza della garanzia del fondo di garanzia per la prima casa e il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo. Cui si affianca la possibilità di chiedere il suddetto finanziamento anche ad una banca terza.

Al contempo, sempre al fine di agevolare il conseguimento del suddetto obiettivo da parte del debitore (che potrebbe non riuscire ad ottenere personalmente la rinegoziazione o il "rifiinanziamento del mutuo"), è altresì prevista la possibilità che il rifiinanziamento del mutuo sia accordato a un parente o affine del debitore fino al terzo grado, sempreché sussistano i requisiti di cui al secondo comma della norma in esame, in base alle modalità stabilite dall'emanando decreto di cui al comma 6.

Il terzo comma della norma in esame, nel primo periodo, prevede testualmente il "*rifiinanziamento del mutuo*" a favore del parente/affine e l'emissione del decreto di trasferimento dell'immobile, da parte del giudice, a favore dello stesso (fermo restando però, come già segnalato, il diritto quinquennale, decorrente dalla data di trasferimento dell'immobile, alla retrocessione, oltre che all'abitazione dell'immobile in favore del debitore). Il secondo periodo dello stesso comma discorre, invece, di "*finanziamento*" concesso al parente o affine fino al terzo grado.

Evidentemente, la formulazione della norma lascia molto a desiderare e suscita, conseguentemente, non pochi dubbi (anche) sotto il profilo della delimitazione del suo ambito di applicazione. Per come è formulata, infatti, non si può escludere in radice la possibilità che, facendo leva sul combinato disposto dei commi primo e terzo, rientrino nel suo perimetro applicativo diverse *sub* fattispecie:

a.1) finanziamento con accollo del debito nei confronti della banca-creditrice originaria e creditore precedente, con il parente/affine del debitore. Vi è in tal caso un rapporto complesso composto da accollo del debito da parte del parente /affine, ristrutturazione del debito, e un nuovo piano di ammortamento;

a.2.) finanziamento ottenuto, da una banca terza, dal parente/ affine del debitore con surroga nella garanzia ipotecaria esistente. In tal caso sembrerebbe operare l'istituto della surrogazione per volontà del debitore.

In entrambi i casi, il decreto di trasferimento è emesso a favore del parente.

È altresì previsto che, dalla data di trasferimento dell'immobile decorrono cinque anni in cui al debitore e alla sua famiglia è riconosciuto il diritto legale di abitazione, il quale va peraltro annotato a margine dell'ipoteca. L'ambito della famiglia del debitore, in assenza di diverse disposizioni, dovrebbe corrispondere alla nozione di cui all'art. 1023 c.c.⁶.

⁶ Art. 1023 cc: *Nella famiglia si comprendono anche i figli nati dopo che è cominciato il diritto d'uso o d'abitazione, quantunque nel tempo in cui il diritto è sorto la persona non avesse contratto matrimonio. Si comprendono inoltre i*

Entro lo stesso termine quinquennale, secondo il terzo periodo del comma terzo, «*il debitore può, previo rimborso integrale degli importi già corrisposti al soggetto finanziatore dal parente o affine fino al terzo grado, chiedere la retrocessione della proprietà dell'immobile e, con il consenso del soggetto finanziatore, accollarsi il residuo mutuo con liberazione del parente o affine fino al terzo grado*».

È previsto un regime fiscale agevolato per il trasferimento giudiziale dell'immobile e la sua retrocessione al debitore. In particolare, le imposte di registro, ipotecaria e catastale relative al trasferimento degli immobili ai sensi del presente comma sono applicate nella misura fissa di 200 euro agli atti di trasferimento in sede giudiziale degli immobili e all'eventuale successivo trasferimento dell'immobile residenziale al debitore. Il beneficio decade, però, qualora il debitore non mantenga la residenza nell'immobile per almeno cinque anni dalla data del trasferimento in sede giudiziale.

In definitiva ed in estrema sintesi, in favore del debitore è, dunque, previsto:

- 1) il diritto legale di abitazione;
- 2) il diritto di chiedere la retrocessione della proprietà dell'immobile;
- 3) un regime fiscale agevolato (non solo per il trasferimento giudiziale ma) anche per la retrocessione dell'immobile.

3.2.) I presupposti di carattere oggettivo e soggettivo

La norma presenta un ambito di applicazione molto ristretto, stante la previsione, al secondo comma, di una pluralità di condizioni (sia di ordine soggettivo che oggettivo) cui è subordinata la sua applicabilità.

Sono previsti requisiti soggettivi legati sia alla persona del debitore sia alla persona del creditore.

In particolare, il debitore deve possedere la qualifica di consumatore (*ex art. 3, comma 1, lettera a)*, del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e non deve essere pendente nei suoi riguardi una procedura di risoluzione della crisi da sovraindebitamento ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3).

Il creditore, invece, deve possedere la qualifica di soggetto che eserciti l'attività bancaria ai sensi dell'art. 10 TU 385/1993 ovvero una società veicolo *ex L 130/1999*.

I requisiti oggettivi attengono al credito, alla procedura esecutiva, al debito ed al finanziamento richiesto.

Quanto al credito, deve trattarsi di un credito derivante da un "mutuo con garanzia ipotecaria di primo grado sostanziale", concesso per l'acquisto di un immobile che rispetti i requisiti previsti per le agevolazioni prima casa.

Quanto alla procedura esecutiva immobiliare, possono annoverarsi tre requisiti:

- deve trattarsi di una procedura sul bene oggetto di ipoteca che garantisce il credito, il cui pignoramento sia stato notificato tra il primo gennaio 2010 e il 30 giugno 2019;

figli adottivi [291 ss.], i figli [naturali] riconosciuti [e gli affiliati] (1), anche se l'adozione, il riconoscimento o l'affiliazione sono seguiti dopo che il diritto era già sorto (2). Si comprendono infine le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi.

- occorre che non siano intervenuti altri creditori oppure che, laddove siano intervenuti, abbiano presentato, prima della presentazione dell'istanza di rinegoziazione, un atto di rinuncia dagli altri creditori intervenuti;
- occorre che l'istanza di rinegoziazione sia presentata per la prima volta nell'ambito dello stesso processo esecutivo e in ogni caso entro il termine perentorio del 31 dicembre 2021.

Quanto al debito, occorre che il debito complessivo calcolato ai sensi dell'art. 2855 c.c. nell'ambito della procedura di cui alla lettera d) e oggetto di rinegoziazione o rifinanziamento non sia superiore a euro 250.000». Pertanto, giusta il richiamo all'art. 2855, devono computarsi ai fini del calcolo del debito: 1) «le spese dell'atto di costituzione d'ipoteca»; 2) «quelle dell'iscrizione e rinnovazione»; 3) «quelle ordinarie occorrenti per l'intervento nel processo di esecuzione»; 4) «il credito di maggiori spese giudiziali», se espressamente previsto con patto espresso e «purché sia presa la corrispondente iscrizione»; 5) «gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione», ma limitatamente «alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento»; pur in difetto di enunciazione del tasso d'interesse nell'iscrizione ipotecaria, «gli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento, però soltanto nella misura legale»; 6) «le iscrizioni particolari prese per altri arretrati».

Quanto al finanziamento richiesto, secondo la lettera h) del secondo comma, occorre che *«l'importo offerto non sia inferiore al 75 per cento del prezzo base della successiva asta ovvero del valore del bene come determinato nella consulenza tecnica d'ufficio nel caso in cui non vi sia stata la fissazione dell'asta. Qualora il debito complessivo sia inferiore al 75 per cento dei predetti valori, l'importo offerto non può essere inferiore al debito per capitale e interessi calcolati ai sensi della lettera g), senza applicazione della percentuale del 75 per cento»*.

Dalla lettera della norma, non certo inequivoca neanche sotto il profilo in esame, sembrerebbe che, al fine di ottenere la rinegoziazione o il finanziamento, l'importo offerto debba essere non inferiore al 75 per cento del prezzo base della successiva asta oppure del valore del bene come determinato nella consulenza tecnica d'ufficio, qualora non vi sia ancora stata la fissazione dell'asta. Nondimeno, laddove il debito complessivo sia inferiore alla predetta somma, invece, l'importo offerto non può essere inferiore al debito per capitale e interessi calcolati ai sensi dell'art. 2855 c.c.

È previsto inoltre un limite alla possibilità di dilazionare il rimborso del finanziamento rinegoziato o finanziato: tale dilazione non deve essere superiore a trenta anni decorrenti dalla data di sottoscrizione dell'accordo di rinegoziazione o del finanziamento e, in ogni caso, la sua durata in anni, sommata all'età del debitore, non deve superare tassativamente il numero di 80.

Infine, per la concessione della rinegoziazione con l'effetto di esdebitazione previsto dalla norma in commento, occorre che il debitore rimborsi integralmente le spese liquidate dal giudice, anche a titolo di rivalsa, in favore del creditore.

4. *Principali problematiche aperte dalla formulazione della norma*

La norma, per come formulata, solleva non pochi dubbi interpretativi.

Occorre, in particolare, chiedersi:

- a) se la “possibilità” concessa al debitore cui la stessa fa riferimento si concreta in un diritto potestativo dello stesso oppure se, ed in quale misura, la banca possa valutare il merito creditizio e finanche opporsi alla rinegoziazione o al finanziamento;
- b) quale sia l’effettiva entità della portata innovativa della disposizione in esame, posto che: da un lato, l’autonomia negoziale consente al debitore di avvalersi, senza il bisogno di questa norma, di strumenti quali la rinegoziazione o il rifinanziamento del mutuo con surroga nella garanzia ipotecaria; dall’altro lato, potrebbe darsi luogo ad estinzione del processo esecutivo proprio in seguito ad accordi con i creditori, considerando l’uso dei predetti strumenti; in altri termini, potrebbe ritenersi che l’art. 41 *bis* si limiti a prevedere soltanto le condizioni in base alle quali può intervenire il fondo di garanzia oppure che, con una portata innovativa ben più significativa, stabilisca delle posizioni di soggezione in capo ai soggetti coinvolti nelle operazioni di rinegoziazione e finanziamento;
- c) se, ed eventualmente con quali modalità, l’accordo che le parti raggiungono al di fuori del processo debba essere calato nell’ambito di quest’ultimo;
- d) se, ed eventualmente in quale misura, sussista un margine di operatività per una valutazione del giudice, come accade in relazione ad altre fattispecie normative in cui, come evidenziato anche da ultimo in dottrina⁷, sono evidentemente attribuiti al giudice dell’esecuzione (anche) poteri propriamente cognitivi.

5. Le eventuali posizioni di soggezione

Partendo dalla prima delle problematiche appena più sopra evidenziate, con riferimento all’ipotesi della rinegoziazione accordata al debitore nei confronti della banca- creditrice procedente, sembrerebbe potersi escludere una posizione di soggezione della banca creditrice. Infatti, il creditore, ai sensi del comma cinque, può rifiutare la rinegoziazione laddove valuti negativamente la capacità reddituale del debitore.

Più problematico è stabilire se altrettanto possa ritenersi anche con riferimento all’ipotesi del rifinanziamento del mutuo da una banca terza, con surroga nella garanzia ipotecaria già esistente. In tal caso, sembrerebbe che l’importo offerto non inferiore al 75 % del prezzo base della successiva asta del valore del bene determinato nella relazione tecnica, costituisca requisito necessario ed anche sufficiente (sebbene in concorso con gli altri requisiti di cui al comma

⁷ Cfr., tra gli altri, F. DE STEFANO, *Il giudice dell’esecuzione e la governance del processo esecutivo*, in *Riv. esecuzione forzata* 1-2020, 1 s., il quale prende in esame alcune norme che demandano al giudice dell’esecuzione, al quale viene oggi richiesto un ruolo e composito e variegato, poteri di accertamento di cognizione. In particolare tale A. osserva: «il giudice dell’esecuzione, rimanendo pur sempre tale e quindi privo del potere di risolvere questioni di diritto, si è visto attribuire dal legislatore penetranti poteri di accertamento di sostanziale vera e propria cognizione, benché ovviamente del tutto sommario e limitato all’ambito del processo che dirige, come nel campo prima delle controversie distributive (fin dal 2006) e poi (con la riforma del 2012) dello stesso accertamento dei crediti oggetto di pignoramenti presso terzi, con disposizione, quale il novellato art. 548 c.p.c., che ha superato anche i dubbi di costituzionalità indotti dalla deformalizzazione assoluta del subprocedimento. Ma soprattutto la Corte di legittimità gli ha infine riconosciuto il potere-dovere di assicurare, per quanto possibile e talvolta con una lettura molto ampia del testo delle norme, la regolarità e la funzionalità dell’azione esecutiva, a tutela anche del terzo e del pubblico cui il processo si rivolge».

secondo) per ottenere l'esdebitazione, sempreché si rispetti questa modalità della surroga del terzo nella garanzia ipotecaria già esistente.

Non è superfluo precisare che l'importo in questione potrebbe anche essere significativamente basso rispetto al valore dell'immobile stimato, considerando che la norma parla di "successiva asta".

Ad analoghe conclusioni sembrerebbe doversi pervenire anche con riferimento all'ipotesi del finanziamento concesso al parente/affine del debitore.

Laddove tale finanziamento sia concesso da parte della medesima banca creditrice procedente, per i medesimi motivi di cui sopra, non sembrerebbe sussista una posizione di soggezione di quest'ultima, la quale, all'esito della valutazione relativa alla capacità reddituale del parente/affine, consente o nega a questi il finanziamento.

Diversamente, in relazione all'ipotesi del finanziamento, a favore del parente /affine, concesso da una banca terza, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente. In tal caso, per i medesimi motivi di cui sopra, sembrerebbe sussistere una soggezione della banca creditrice procedente, la quale non potrebbe pertanto opporsi.

6. La valutazione del giudice in relazione alle diverse fattispecie ex art. 41 bis e l'estinzione del processo esecutivo

In relazione alle diverse fattispecie sin qui distinte, occorre verificare se vi sia un accordo extraprocessuale delle parti che possa oppure debba necessariamente essere calato nel processo esecutivo e, per tale ipotesi, se sia o meno riservato al giudice un margine di valutazione e, se del caso, di che tipo.

Più in particolare, l'ipotesi della rinegoziazione accordata al debitore nei confronti della banca-creditrice procedente determina una chiusura anticipata del processo esecutivo in forza di un accordo tra le parti. Non è chiaro, però, se tale accordo si realizzi e si perfezioni al di fuori dal processo, senza richiedere un'evidenza processuale, oppure se esso si perfezioni in forza di un provvedimento del giudice che dia atto della rinuncia del creditore procedente nonché della rinegoziazione, previa valutazione della sussistenza di tutti i requisiti previsti dal comma secondo ai fini della concessione dell'esdebitazione.

Di più agevole risoluzione è l'ipotesi del finanziamento nei confronti del parente/affine del cedente, ove l'accordo sembrerebbe dover trovare necessariamente una sua evidenza in sede processuale, dovendo il decreto di trasferimento essere emesso in suo favore. Conseguentemente, in tal caso dovrebbe altresì ritenersi che la concessione dell'effetto esdebitatorio e l'estinzione della procedura siano subordinati ad una preventiva valutazione giudiziale in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui al comma secondo.

Analogamente dovrebbe ritenersi anche con riferimento all'ipotesi del finanziamento concesso dalla banca – terza, con surroga fatta "contro il creditore procedente". Anche in tal caso, la concessione dell'effetto esdebitatorio e l'estinzione della procedura sembrerebbero subordinati ad una preventiva valutazione giudiziale in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui al comma secondo.

Se così è, sul piano sistematico dovrebbe ritenersi che, anche nell'ipotesi maggiormente problematica della rinegoziazione accordata al debitore nei confronti della banca creditrice procedente, l'effetto esdebitatorio e l'estinzione della procedura siano subordinati ad una preventiva valutazione giudiziale in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui al comma secondo.

Conseguentemente, sembrerebbe corretto ritenere che la stessa estinzione della procedura esecutiva debba necessariamente avere una evidenza processuale, ancorché il legislatore non fornisca alcuna indicazione in ordine alle relative modalità, rinviando sul punto - con scelta, oltre che evidentemente inopportuna, anche di dubbia legittimità -, ad un decreto interministeriale espressamente qualificato come di «natura non regolamentare».

Circostanza, questa, ancor più grave ove si consideri la peculiarità dell'ipotesi di estinzione in esame rispetto a quelle attualmente disciplinate dal codice (riconducibili, da un lato, alla rinuncia agli atti e, dall'altro lato, alle numerose e diversificate ipotesi di inattività delle parti).

Lo stesso legislatore ha evidentemente percepito la peculiarità di quest'ipotesi se ha ravvisato la necessità di una specifica disciplina (ritenendo, dunque, non sufficiente un mero rinvio alla disciplina di carattere generale), ma, anziché dettare lui stesso detta disciplina, come avrebbe dovuto, l'ha inopportunamente (*rectius* illegittimamente) rinviata ad un decreto interministeriale, qualificato dallo stesso legislatore come di «natura non regolamentare».

7. Problemi e perplessità in ordine alle posizioni soggettive in gioco in caso di finanziamento accordato al parente/affine del debitore

Tra le diverse lacune e difficoltà interpretative che emergono dall'approssimativa formulazione della norma in esame, un aspetto di peculiare delicatezza attiene al "rapporto" esistente fra le posizioni soggettive che fanno capo, da un lato, al debitore e, dall'altro, al parente a cui favore venga concesso il trasferimento ex art. 586 c.p.c. Senza voler sindacare la scelta discrezionale del legislatore nell'effettuare il bilanciamento tra esigenze contrapposte, assai singolare appare la posizione del suddetto parente, nonché la totale pretermissione di ogni disciplina in ordine a profili che finiscono per involgere anche la posizione dei suoi creditori.

Come precisato innanzi, il terzo comma della norma in esame non è molto chiaro, e di conseguenza è incerto il suo ambito applicativo. Dal punto di vista letterale, il terzo comma della norma in esame, nel primo periodo, stabilisce il "*rifinanziamento del mutuo*" e al secondo periodo dello stesso comma discorre di "*finanziamento*" concesso al parente o affine del debitore.

Evidentemente, la formulazione della norma lascia molto a desiderare e suscita, conseguentemente, non pochi dubbi (anche) sotto il profilo della delimitazione del suo ambito di applicazione. Per come è formulata, infatti, non si può escludere in radice la possibilità che, facendo leva sul combinato disposto dei commi primo e terzo, rientrino nel suo perimetro applicativo diverse *sub* fattispecie:

a.1) finanziamento con accollo del debito nei confronti della banca-creditrice originaria e creditore procedente, con il parente/affine del debitore. Vi è in tal caso un rapporto complesso composto da accollo del debito da parte del parente /affine, ristrutturazione del debito, e un nuovo piano di ammortamento;

a.2.) finanziamento ottenuto, da una banca terza, dal parente/ affine del debitore con surroga nella garanzia ipotecaria esistente.

In questa prospettiva interpretativa, al parente/affine può essere concesso un finanziamento con accollo del debito da parte della medesima banca-creditrice originaria (creditore precedente), ovvero un finanziamento da una banca terza, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente.

In entrambi i casi, il giudice emette decreto di trasferimento a favore del parente/affine, fermo restando, però, il riconoscimento in capo al debitore sia del diritto di abitazione che del diritto alla retrocessione del bene (da esercitare nel termine di cinque anni dalla data del decreto ex art. 586 c.p.c.).

A fronte di questi due diritti concessi al debitore, il suo parente/affine sembrerebbe trovarsi in una posizione di mera soggezione, totalmente priva di ogni corrispettivo o vantaggio.

La retrocessione prevista da questa norma è di difficile inquadramento sistematico.

Sotto lo specifico profilo del processo esecutivo, si pongono, in particolare, le seguenti problematiche:

- a) la corretta informativa da dare al parente o affine a cui favore viene emesso il decreto di trasferimento e le modalità di redazione di quest'ultimo;
- b) la natura del diritto trasferito al parente o affine;
- c) i rapporti con la pubblicità immobiliare;
- d) la risoluzione dei conflitti con i terzi, creditori sia del debitore sia del parente/affine;
- e) la valutazione rimessa al giudice dell'esecuzione, tanto sotto il profilo della sua tipologia che della delimitazione dei relativi confini (si pensi, in particolare, sotto quest'ultimo profilo ai possibili usi distorti di questo strumento, anche a discapito dei creditori del debitore).

Sotto il profilo *sub a)*, è necessario che il parente o affine sia reso edotto, nell'ambito della procedura esecutiva, che "acquista" un immobile il quale, nell'arco di un quinquennio, potrà essere oggetto di retrocessione da parte del debitore. Tale diritto alla retrocessione dovrebbe essere descritto anche nel decreto di trasferimento ex art. 586 c.p.c.

Sotto il profilo *sub b)*, molto incerta è la qualificazione del diritto trasferito al parente o affine del debitore, nonché il connesso profilo della pubblicità immobiliare (e, dunque, dei possibili conflitti con i terzi).

Nulla ha, infatti, disposto espressamente il legislatore su profili di indubbio rilievo quali quelli di cui sopra, essendosi limitato ad utilizzare in modo atecnico il termine di "retrocessione".

Da ciò, l'inevitabile esigenza di tentare di individuare quali possano essere gli istituti civilistici che possano venire in rilievo con riferimento al caso di specie al fine di colmare una grave lacuna, che involge anche il regime della pubblicità (e, dunque, anche il modo in cui debbano essere risolti i possibili conflitti con i terzi).

Un primo istituto che potrebbe venire in rilievo, al suddetto fine, è quello della vendita soggetta a condizione legale risolutiva (nel caso di specie rappresentata dalla retrocessione).

Un altro possibile istituto che potrebbe venire in rilievo, con forzature ancora maggiori rispetto alla precedente figura, in ragione delle peculiarità proprie della fattispecie in esame – come avremo modo di vedere di qui a breve nel trattare del connesso profilo della pubblicità immobiliare – è il riscatto legale.

Strettamente connesso al suddetto profilo, è quello di cui *sub c)*, con riferimento al quale il legislatore non ha previsto che il decreto di cui all'art. 586 c.p.c. sia trascritto dando evidenza del diritto di retrocessione del debitore, diversamente da quanto ha previsto in relazione alle recenti ipotesi di trasferimenti condizionati (si pensi tra tutti al "*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*" ex art. 48 bis TUB).

Rispetto alla formalità pubblicitaria prevista dall'art. 586 c.p.c., relativa alla trascrizione del decreto di trasferimento, il legislatore ha previsto, come pubblicità ulteriore, soltanto l'annotamento del diritto di abitazione in margine all'iscrizione ipotecaria. Non ha previsto, però, che debba darsi evidenza pubblicitaria del diritto alla retrocessione.

Conseguentemente si apre un delicatissimo problema in merito alla posizione dei terzi che consultano i registri immobiliari. Per costoro, l'unico indizio della sussistenza del predetto diritto alla retrocessione potrebbe essere rappresentato dall'annotazione, a margine dell'ipoteca, del diritto legale di abitazione (essendo questa l'unica previsione espressa dettata dal legislatore sotto il profilo ora in esame).

Detta problematica, come anticipato, risente inevitabilmente, della qualificazione, a monte, della peculiare ipotesi di vendita disciplinata dal legislatore.

Qualora si opti, come più sopra ipotizzato, per la qualificazione in termini di vendita soggetta a condizione legale risolutiva espressa (consistente nel possibile esercizio della retrocessione), occorrerebbe chiedersi, sotto il profilo ora in esame, se possa trovare applicazione l'art. 2659 c.c. E' controverso, infatti, quali norme, dettate per la condizione convenzionale, trovino applicazione anche con riferimento a quella legale. Secondo un orientamento diffuso, trovano applicazione soltanto le norme considerate come essenziali e centrali nella definizione del fenomeno condizionale⁸. Conseguentemente, è discusso se tra queste rientri anche l'art. 2659, ultimo comma, il quale richiede che la nota di trascrizione faccia menzione, tra l'altro, della condizione, laddove l'acquisto, la rinuncia, o la modificazione del diritto siano sottoposti alla stessa. In caso di risposta affermativa a tale interrogativo, potrebbe darsi evidenza pubblicitaria

⁸ Come noto, alla condizione di cui all'art. 1353 c.c. (condizione volontaria) si contrappone la c.d. condizione legale (*condicio iuris*) consistente nell'avvenimento futuro e incerto al quale è subordinata l'efficacia del negozio per volontà (non delle parti, ma) della legge. La principale problematica attiene alla ricostruzione della disciplina ad essa applicabile. Secondo parte della dottrina (G.PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, in *Notariato*, 2001, 3, 274) «sono certamente applicabili, per identità di *ratio*, alla *condicio iuris* le norme che disciplinano la situazione di pendenza: si considerino, ad esempio, la possibilità del titolare dell'aspettativa di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.), la norma che obbliga le parti ad agire secondo buona fede durante la pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), le norme che regolano la sopravvenuta possibilità dell'oggetto nel negozio sospensivamente condizionato (art. 1347 c.c.) e la sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1465, ult. comma, c.c.), gli effetti del fallimento dell'alienante allorché la proprietà non si è ancora trasferita all'acquirente (art. 72 l. fall.), la disciplina della prescrizione dell'aspettativa, la previsione della non debenza della provvigione al mediatore fino a quando non si avvera la condizione (art. 1755, comma 1, c.c.). Con riferimento ad altri profili di disciplina - e segnatamente per ciò che concerne l'irrevocabilità o impegnatività, l'aspettativa condizionale ed in genere gli effetti preliminari, il profilo della retroattività e la disciplina degli atti di amministrazione (art. 1361) e di disposizione in pendenza della condizione (ex art. 1357 c.c.) - l'analisi circa la ricorrenza della *eadem ratio* ai fini dell'applicazione analogica necessita di maggior attenzione. Con particolare riferimento al profilo della retroattività, appare ragionevole l'opinione che - facendo applicazione dell'interpretazione analogica - propende per una valutazione caso per caso, alla luce degli interessi coinvolti».

alla retrocessione ex art. 41-*bis* ai sensi della norma testé richiamata. Ferma restando, la problematica, assai controversa, relativa alla opponibilità o meno della condizione non trascritta⁹.

Non può tuttavia neanche escludersi in radice la possibilità che, come in precedenza evidenziato, il legislatore abbia inteso introdurre nel nostro ordinamento una peculiarissima ipotesi di riscatto legale. Una peculiarissima ipotesi in quanto detto istituto viene in rilievo nel nostro ordinamento solitamente come una sorta di strumento di tutela della posizione giuridica del beneficiario delle prelazioni legali, laddove le stesse siano violate¹⁰.

In tal caso, la disciplina della pubblicità immobiliare (e la connessa posizione dei terzi) non potrebbe che risentire del dibattito relativo alla natura e alla pubblicità immobiliare del riscatto legale.

Secondo un primo orientamento, dal momento che la dichiarazione di riscatto non opera un trasferimento della proprietà, ma sostituisce retroattivamente il riscattante al riscattato (quale destinatario dell'effetto traslativo già prodotto dal contratto concluso con il secondo da colui che era tenuto a rispettare, e non ha rispettato, la prelazione attribuita al primo), la stessa non può ritenersi soggetta a pubblicità, per gli effetti di cui all'art. 2644 c.c., in forza della norma dell'art. 2645 c.c. In questa prospettiva, il riscatto è illimitatamente opponibile anche a coloro che abbiano avuto causa dal riscattato posteriormente alla scadenza per l'esercizio del diritto di riscatto, sebbene abbiano eventualmente trascritto o iscritto il loro acquisto¹¹.

⁹ Cfr. per una sintesi del dibattito e per i riferimenti M. GRANDI, *La retroattività della condizione: il problema e le prospettive*, in *Contratti*, 2011, 3, 289.

¹⁰ Il riscatto legale è solitamente impiegato quale tecnica di tutela delle ipotesi di prelazioni legali, accordata al beneficiario ed esercitabile nei confronti del terzo acquirente e dei successivi suoi aventi causa, laddove la prelazione legale sia violata. A titolo esemplificativo, si pensi alle ipotesi relative alla prelazione ex art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590, in tema di fondi rustici, o a quella relativa all'art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392, in tema di immobili urbani. Sono molto controverse però la natura e le modalità di trascrizione. in dottrina sulle varie ipotesi di prelazione legale cfr. G. DI ROSA, *Il modello (non unitario) della prelazione legale*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2015, 2061.

¹¹ In questa prospettiva, parte della dottrina (P. SIRENA, *Il riscatto*, in *Tratt. della trascrizione*, vol. II, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Torino, 2014, 306 s.) sottolinea la differenza tra riscatto legale e convenzionale, affermando che gli stessi non costituiscono due specie dello stesso istituto, distinte solo dal punto di vista della fattispecie costitutiva del diritto esercitato dal riscattante. Tale Autore osserva che le dichiarazioni di riscatto previste dall'art. 2653, determinano la risoluzione del contratto di alienazione del bene, cosicché il venditore riscattante torna a essere l'originario titolare del diritto che aveva trasferito al compratore assoggettato al riscatto quelle di riscatto legale tengono invece ferma l'efficacia traslative di tale contratto, facendo piuttosto sì che il riscattante si sostituisca al riscattato come acquirente del bene derivativo. In quest'ottica si nega la trascrivibilità delle dichiarazioni di riscatto legale ai sensi dell'art. 2653, n. 3, ritenendo che le stesse producano un effetto giuridico diverso da quello delle dichiarazioni menzionate da tale disposizione legislativa. Ciò è confermato dal fatto che le dichiarazioni di riscatto legale determinano un conflitto attributivo che è inequivocabilmente diverso da quello risolto ex art. 2565, n.3, c.c., in quanto è nella qualità giuridica di avente causa dal venditore che il riscattante si oppone al terzo subacquirente dal compratore nella qualità giuridica di originario titolare del diritto. Considerato che la dichiarazione di riscatto legale non determina un trasferimento *ex nunc* del diritto acquistato, ma la sostituzione *ex tunc* dal riscattante al riscattato, occorre concludere che essa non sia trascrivibile, risultando illimitatamente opponibile anche a coloro che abbiano avuto causa dal riscattato posteriormente alla scadenza per l'esercizio del diritto di riscatto, sebbene abbiano eventualmente trascritto o iscritto il loro acquisto. Tale dottrina aggiunge altresì che, per quanto tale soluzione possa essere criticabile dal punto di vista della politica del diritto, in quanto assoggetta i terzi subacquirenti al rischio di un riscatto occulto da parte di un loro dante causa mediato, la conclusione che si è esposta non è sistematicamente incoerente né irragionevole quanto alla disparità di trattamento che risulti ingiustificata. In tal senso si dice che se è indubbio che il sistema della pubblicità legale generalmente consente all'acquirente di un immobile di accertare preventivamente se l'acquisto del suo dante causa non sia stato annullato, rescisso, risolto o revocato, è altresì vero che ciò non è sempre assicurato laddove tale vicenda caducatoria dipenda da un presupposto legale suscettibile di essere oggettivamente e direttamente verificato dal terzo subacquirente, indipendentemente da qualsiasi accertamento concetto della volontà delle parti contraenti o di altre circostanze di fatto. Sul punto tale dottrina

Secondo un altro orientamento, il riscatto determina (non una radicale eliminazione degli effetti del precedente contratto traslativo, diversamente da quanto accade in relazione agli atti e ai fatti considerati dalla norma dell'art. 2655 c.c., bensì) la sostituzione del destinatario dell'effetto traslativo, che resta fermo. In questa prospettiva, tendente a tutelare la sicurezza del traffico immobiliare (messa a rischio dalla sempre maggiore frequenza dell'esercizio di riscatti legali) e la coerenza del sistema pubblicitario¹², gli effetti del riscatto legale sono subordinati alla sua trascrizione, che sarebbe possibile in base all'art. 2653, n.3 (secondo alcuni applicabile in via diretta a tale fattispecie¹³, secondo altri inapplicabile *tout court* alla stessa¹⁴). In ogni caso, secondo questa impostazione, la trascrizione del riscatto legale è decisiva per risolvere i conflitti tra riscattante ed aventi causa dal riscattato in base ad atti posti in essere dopo la dichiarazione di riscatto.

Sotto il profilo *sub d)*, l'analisi della posizione dei terzi può essere svolta distinguendo i creditori e aventi causa dal parente (o affine) e i creditori e aventi causa dal debitore.

Quanto ai creditori e aventi causa dal parente o affine, occorrerebbe chiedersi se essi possano aggredire esecutivamente il bene oggetto del trasferimento *ex art.* 586 c.p.c. ma soggetto alla retrocessione. Non può che osservarsi che, nella fattispecie in commento, il legislatore ha lasciato inopinatamente in ombra la posizione del parente o affine, e di conseguenza dei suoi creditori.

richiama quanto previsto dall'art. 1445, per cui la sentenza di annullamento del contratto che dipenda da incapacità legale di una delle parti contraenti sia illimitatamente opponibile agli aventi causa dall'altra parte.

¹² Cfr. tra tutti G.GABRIELLI, *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 5, 10695 s., consultato in *Leggid'italia.it*

¹³Cfr. tra tutti G.GABRIELLI, *op.cit.*. Sono due le principali argomentazioni a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, si sottolinea che la sostituzione retroattiva di uno ad altro destinatario di un trasferimento è un fenomeno previsto dall'ordinamento, anche al di là dei casi di riscatto legale; l'ordinamento ha regolato, anzi, tale fenomeno, in un caso diverso da quelli di riscatto legale, anche sul piano del regime pubblicitario, come nell'ipotesi del contratto per persona da nominare. In quest'ottica si sostiene che l'atto da cui discende la sostituzione retroattiva di uno ad altro acquirente deve essere reso pubblico dunque, per espressa disposizione di legge, agli effetti di cui all'art. 2644 c.c., questi essendo gli effetti della pubblicità prescritta per il contratto sul quale la sostituzione incide. In secondo luogo, si sottolinea che dall'art. 2653, n. 3, malgrado la sua impropria formulazione letterale, discende che la dichiarazione di riscatto debba essere trascritta, peraltro per ben altro effetto che quello della mera notizia e del rispetto della regola di continuità. In questa prospettiva, in risposta all'obiezione secondo la quale l'art. 2653 farebbe riferimento solo alla vendita (mentre i riscatti possono esercitarsi nei confronti di ogni contratto traslativo a titolo oneroso, purché sia fungibile la controprestazione a carico dell'acquirente), si sostiene che il legislatore ha utilizzato, come in molti casi nella materia delle prelazioni legali, la *sineddoche*, coprendo la vendita tutta l'area dei contratti soggetti a riscatto; inoltre si osserva che sarebbe assurdo, sul piano della ponderazione sostanziale degli interessi in gioco, che colui il quale esercita un diritto di riscatto pattizio sia tutelato più intensamente, nei confronti degli aventi causa dal riscattato, di colui che si giova d'un diritto di riscatto attribuito dalla legge. Ma proprio questo avverrebbe, se al conflitto fra riscattante ed avente causa dal riscattato in forza di un titolo successivo alla scadenza del termine per riscattare (od alla prescrizione del diritto, nel caso del retratto successorio), si applicasse senza correttivo il criterio selettivo di cui all'art. 2644 c.c.: il riscattato, alienando immediatamente dopo tale scadenza, potrebbe fare facilmente prevalere il proprio avente causa, sol che questi provveda senza indugio alla pubblicità dell'acquisto; invero, il riscattato, se abbia atteso fino alla prossimità della scadenza, come per lo più avviene, non avrebbe materialmente modo di provvedere ad una pubblicità più tempestiva di quella data al titolo di acquisto incompatibile.

¹⁴ Cfr. F.GAZZONI, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E.GABRIELLI – F. GAZZONI, vol. 1, tomo I, Torino, 2013, 500, secondo il quale il riscattante dovrà trascrivere al fine di prevalere nei confronti degli aventi causa dal terzo. Egli acquista non già *ex tunc* dall'alienante ma *ex nunc* dal terzo stesso, il quale si presenta così come comune autore. Al riguardo, come si vedrà, è necessario operare un importante distinguo a seconda che il terzo alieni in pendenza del termine per il riscatto oppure successivamente a tale termine.

Laddove si qualifichi la fattispecie in discorso come vendita soggetta alla condizione risolutiva legale, a norma dell'art. 2659 c.c., dovrebbe ritenersi opponibile ai terzi la condizione trascritta¹⁵; in quest'ottica, prevarrebbero gli aventi causa dal debitore che esercita il diritto alla retrocessione rispetto agli aventi causa dal parente.

Laddove si qualifichi la vendita in discorso come vendita soggetta al riscatto legale, potrebbero recuperarsi, insieme con la disciplina relativa alla trascrizione, anche i criteri di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dal soggetto riscattante o riscattato.

Come anticipato, però, anche questa tematica è controversa.

Ad avviso della dottrina che ritiene non trascrivibile ex art. 2653, n. 3, il riscatto legale, il relativo esercizio è illimitatamente opponibile anche a coloro che abbiano avuto causa dal riscattato, posteriormente alla scadenza per l'esercizio del diritto di riscatto, sebbene abbiano eventualmente trascritto o iscritto il loro acquisto¹⁶.

Nella prospettiva secondo cui è necessaria la trascrizione del riscatto legale, occorre distinguere due diverse tesi circa la risoluzione dei conflitti tra aventi causa dal riscattante e dal riscattato.

Secondo un primo orientamento, il conflitto tra riscattante ed aventi causa dal riscattato in base ad atto concluso dopo l'esercizio del riscatto, ma nella pendenza del relativo termine, sarebbe risolto immediatamente a favore del riscattante, ovvero l'effetto del riscatto sarebbe opponibile di per sé, senza alcun rilievo della trascrizione. Al contrario, il conflitto tra il riscattante e gli aventi causa dal riscattato in base ad un atto concluso dopo l'esercizio del riscatto, ma quando il relativo termine è scaduto o prescritto, andrebbe risolto in base al principio ex art. 2653, n. 3, secondo il quale il riscattante fa salvo il proprio acquisto a danno degli aventi causa dal riscattato solo se trascrive tempestivamente il riscatto; diversamente, in caso di trascrizione tardiva (ossia oltre i sessanta giorni dalla scadenza del termine di riscatto), il riscattante soccombe¹⁷.

Secondo un altro orientamento, invece, l'esecuzione tempestiva della pubblicità immobiliare è sempre decisiva per la risoluzione del conflitto tra il riscattante e gli aventi causa dal riscattato, in base ad un atto concluso dopo l'esercizio del riscatto, a prescindere dal fatto che tale atto sia stato concluso in pendenza o dopo la scadenza del termine per il riscatto¹⁸.

Sotto il profilo *sub e)*, la norma sembrerebbe affidare al giudice dell'esecuzione solo una verifica in ordine ai presupposti di applicabilità indicati dal secondo comma, ai fini della concessione dell'effetto esdebitatorio e dell'emanazione del decreto di trasferimento.

¹⁵ Cfr. M.GRANDI, *op.cit.*

¹⁶ P.SIRENA, *op.cit.*, 306 s.

¹⁷ Cfr. G.GABIELLI, *op.cit.*; Adde F.GAZZONI, *op.cit.*, 501, secondo il quale «in pendenza del termine il diritto di riscatto va esercitato contro il terzo e prevale anche se non trascritto o se la trascrizione è preceduta da altra iscrizione o trascrizione incompatibile, perché l'avente causa ben sa o dovrebbe sapere che il termine di legge per l'esercizio del riscatto è ancora pendente. Nel caso in cui il riscatto, pur esercitato in pendenza del termine, sia trascritto dopo la sua scadenza, il riscattante non potrà invece non soccombere ove una iscrizione o trascrizione sia stata precedentemente (ma successivamente alla scadenza stessa) curata. In buona sostanza non può non aversi riguardo a quanto stabilito dall'art. 2653, n. 3 per l'ipotesi di vendita con patto di riscatto, anche se non sembra possibile applicare tout court tale norma. Sarebbe infatti davvero assurdo che il riscattante fosse pienamente tutelato in ipotesi di riscatto convenzionale e dovesse invece vedere consumato il proprio potere anche nei confronti degli aventi causa dal terzo, i quali acquistassero durante lo spatium deliberandi e trascrivessero prima».

¹⁸ Cfr. N.CIMMINO, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 2012, 747, che in tal senso richiama l'opinione di CARPINO, voce *Riscatto* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

Anche se, alla luce del differente atteggiarsi della pluralità di presupposti che vengono in rilievo, se talvolta detta valutazione giudiziale si traduce in una mera verifica di ordine “oggettivo” (come avviene, a titolo esemplificativo, per la verifica della notifica del pignoramento tra il primo gennaio 2010 e il 30 giugno 2019), altre volte, invece, involge ben più complesse scelte interpretative (si pensi alla nozione di consumatore¹⁹) e “accertamenti” (si pensi alla validità della rinuncia da parte dei creditori intervenuti²⁰).

8. *L'effetto di esdebitazione nell'ambito del processo esecutivo*

La norma prevede che la rinegoziazione del mutuo produca l'effetto di esdebitazione in merito al residuo debito.

Detto effetto, per come è formulata la norma, dovrebbe prodursi sia in ipotesi di rinegoziazione concessa dalla banca creditrice originaria, sia in ipotesi di finanziamento concesso da una banca terza con surroga nella garanzia ipotecaria.

Parte della dottrina obietta che il richiamo al beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo sia incomprensibile, posto che, ove debitore e istituto di credito ipotecario si accordino direttamente per la rinegoziazione, più correttamente dovrebbe discorrersi di efficacia remissoria della posizione debitoria²¹.

A ben vedere, però, sembrerebbe che il richiamo all'effetto esdebitatorio in tanto possa essere compreso in quanto si guardi allo stesso in una prospettiva (non negoziale ma) processuale, alla luce del credito fatto valere nel processo esecutivo.

Quanto, infine, alla delimitazione dei confini del suddetto effetto esdebitatorio, questo deve ritenersi circoscritto al solo creditore ipotecario, non potendo dunque coinvolgere anche creditori diversi²². Decisiva in tal senso sembrerebbe essere la lettera della norma nella parte in cui, nel delimitare il perimetro applicativo della stessa, richiede altresì l'assenza di creditori ulteriori rispetto alla banca mutuataria ovvero la loro rinuncia agli atti di intervento.

Del tutto lacunosa sotto il profilo in esame si rivela, invece, la norma con riferimento all'ipotesi della rinegoziazione concessa in favore (non del debitore ma) del parente o affine del

¹⁹Senza indugiare in tal sede nella complessa tematica inerente alla nozione di consumatore, basti richiamare la controversa locuzione ex art. 3 comma 1, lettera a) del d.lgs. 206/2005 di “*scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”, la quale ha dato adito ad un contrasto interpretativo sul se lo scopo debba intendersi in modo oggettivo oppure soggettivo: cfr. per tutti sul punto F.TRUBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 7-8, 989.

²⁰ La norma di cui all'art. 41 bis però non indica parametri in base ai quali valutare la ritualità della rinuncia. Nel silenzio della norma, dovrebbero soccorrere i criteri di cui all'art. 629 c.p.c., in relazione al quale si ritiene che la rinuncia vada formalizzata in maniera analoga a quanto previsto dall'art. 306 c.p.c. (richiamato infatti dall'ultimo comma dello stesso art. 629): per cui se espressa dal procuratore legale, occorre che lo stesso sia stato espressamente munito di questa facoltà: cfr. A. CRIVELLI, *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2012, 1663.

²¹ Così FINOCCHIARO, *op.cit.*

²² Cfr. FINOCCHIARO, *op.cit.*, secondo cui «l'effetto di esdebitazione non potrebbe riguardare debiti diversi da quello derivante dal contratto di mutuo garantito da ipoteca sulla prima casa del debitore, in base sia al suo tenore letterale (l'inequivocabile uso del singolare: «beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo»), sia a ragioni sistematiche e costituzionali (se, per assurdo, l'esdebitazione dovesse estendersi anche ai debiti nei confronti di creditori diversi da quello ipotecario, questi dovrebbero essere messi nella condizione di potersi difendere, pena l'irrimediabile violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.).»

debitore, con conseguente sussistenza di non pochi dubbi in ordine al se l'effetto di esdebitazione si produca o meno anche in questo caso.

9. *La garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa*

Il comma quattro prevede che le rinegoziazioni e i finanziamenti di cui al presente articolo possano essere assistiti dalla garanzia a prima richiesta rilasciata da un'apposita sezione speciale del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2019. La garanzia della sezione speciale è concessa nella misura del 50 per cento dell'importo oggetto di rinegoziazione ovvero della quota capitale del nuovo finanziamento.

Il successivo comma ottavo stabilisce che agli oneri derivanti dal comma 4, pari a 5 milioni di euro per l'anno 2019, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di conto capitale iscritto, ai fini del bilancio triennale 2019-2021, nell'ambito del programma "Fondi di riserva e speciali" della missione "Fondi da ripartire" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2019, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al medesimo Ministero.

10. *L'istanza congiunta del debitore e del creditore di sospensione della procedura esecutiva*

Il debitore, congiuntamente al creditore, può presentare istanza di sospensione della procedura esecutiva, la quale potrà essere disposta dal giudice dell'esecuzione, per un tempo non superiore a sei mesi, ove ricorrano le condizioni di cui al secondo comma. Il creditore procedente, se è richiesta la rinegoziazione, entro tre mesi svolge un'istruttoria sulla capacità reddituale del debitore ed è libero di rifiutare la propria adesione all'istanza o di rigettare, anche successivamente alla presentazione dell'istanza congiunta, la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore.

Parte della dottrina²³, nel porre in luce la distinzione tra l'istanza di rinegoziazione e quella di sospensione congiunta, puntualizza che quest'ultima: è cronologicamente successiva a quella di rinegoziazione; deve essere proposta congiuntamente dal debitore e dal creditore; produce l'effetto di sospendere l'espropriazione forzata per al massimo sei mesi, in presenza delle condizioni stabilite dal secondo comma.

A dire il vero sembrerebbe, in primo luogo, che l'istanza di sospensione congiunta possa essere anche contestuale (oltre che successiva) a quella di rinegoziazione, trattandosi di soluzione compatibile con la lettera della norma e più conforme alla sua *ratio* ed agli obiettivi che mira a conseguire.

In secondo luogo, sembrerebbe che la sospensione del processo esecutivo sia comunque subordinata ad una valutazione del giudice ancorché circoscritta alla sola verifica della sussistenza delle condizioni di cui al secondo comma.

Come si è osservato, tuttavia, in ragione della differente tipologia dei presupposti contemplati dal secondo comma della norma in commento, detta valutazione non si traduce sempre in una mera verifica di ordine "oggettivo" (come avviene, a titolo esemplificativo, in ordine

²³ FINOCCHIARO, *op.cit.*

alla verifica della notifica del pignoramento tra il primo gennaio 2010 e il 30 giugno 2019), richiedendo, invece, talvolta l'effettuazione di delicate scelte interpretative (si pensi alla nozione di consumatore) e, talaltra, anche di "accertamenti" (si pensi alla valutazione relativa alla validità della rinuncia da parte dei creditori intervenuti).

Ciò posto, siamo, però, comunque di fronte ad un'ipotesi di sospensione che, quanto meno stando alla lettera della norma, non si estende fino a ricomprendere una valutazione in ordine alla opportunità o meno di sospendere il processo.

La norma prevede, infatti, che, «a seguito di apposita istanza congiunta, presentata dal debitore e dal creditore, il giudice dell'esecuzione, ricorrendo le condizioni di cui al comma, sospende l'esecuzione per un periodo».

In altri termini, dovremmo essere di fronte ad un'ipotesi di sospensione che (non deriva direttamente dalla legge ed opera *ipso iure* ma) discende da un provvedimento del giudice, ma che è (non meramente discrezionale – in quanto rimessa a valutazioni di opportunità – ma) obbligatoria, in quanto subordinata esclusivamente alla verifica dei presupposti indicati dal legislatore.

Anche sotto questo profilo, ci troveremmo, dunque, di fronte ad un'ipotesi di sospensione differente dalla sospensione concordata *ex art. 624-bis* c.p.c., quanto meno ove si acceda a quell'indirizzo tendente a ritenere che, fermo restando l'imprescindibile accordo dei creditori titolati, il giudice esercita un potere discrezionale in merito all'*an* della sospensione, oltre che alla durata della medesima²⁴.

Al di là del profilo i cui sopra, ci troviamo comunque di fronte alla introduzione nel nostro ordinamento, da parte del legislatore, di una nuova ipotesi di "sospensione concordata" sulla base di presupposti (e con disciplina) differenti da quella di cui all'*art. 624-bis* c.p.c.

Pur in assenza di previsione espressa, deve ritenersi che il provvedimento di sospensione adottato dal giudice dell'esecuzione (ovvero di rigetto dell'istanza congiunta di sospensione) sia suscettibile di impugnazione, da parte del debitore o del creditore, con l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'*art. 617* c.p.c.

La suddetta istanza di sospensione segna, peraltro, la decorrenza del termine trimestrale in cui il creditore può esaminare la proposta di rinegoziazione. Si badi che il debitore ha interesse a sapere tempestivamente se la sua istanza di rinegoziazione, con conseguente effetto esdebitatorio, potrà essere accolta, nell'ambito di una valutazione più ampia legata anche alla possibilità di ricorrere ad una procedura di sovraindebitamento (la quale, come precisato sopra, rappresenta uno degli elementi ostativi alla rinegoziazione in discorso)²⁵.

11. La valutazione del creditore e il rifiuto/rigetto della richiesta di rinegoziazione

²⁴ Cfr. tra gli altri C.PETRILLO, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, Padova, 2007, 676, la quale pone in rilievo come, ferma la necessità dell'istanza congiunta di tutti i creditori, si afferma generalmente che il giudice ha discrezionalità sia in ordine all'*an* sia in ordine al *quantum*, così come discrezionale è la concessione della sospensione del processo di cognizione. In proposito l'audizione del debitore dovrebbe essere utile soprattutto alla valutazione delle modalità e dei tempi del concordato piano di rientro.

²⁵ Cfr. VALERINI, *Novità per (molte) esecuzioni immobiliari sull'abitazione principale del consumatore*, in *il processocivile.it*, sulla possibilità che il debitore valuti se sia più conveniente la rinegoziazione in discorso o la procedura di sovraindebitamento.

La disposizione in esame attribuisce al creditore precedente, ove sia richiesta la rinegoziazione, il potere di effettuare, entro tre mesi dalla proposizione di quest'ultima, un'istruttoria sulla capacità reddituale del debitore.

Come precisato innanzi, il debitore ha assoluto interesse a sapere tempestivamente se la sua istanza di rinegoziazione, con conseguente effetto esdebitatorio potrà essere accolta, in quanto, altrimenti, potrebbe anche optare per la procedura di sovraindebitamento (la quale, come precisato sopra, rappresenta uno degli elementi ostativi alla rinegoziazione in discorso).

Anche dopo l'istanza congiunta di sospensione della procedura esecutiva, il creditore può rifiutare la propria adesione all'istanza o finanche rigettare la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore. In ogni caso in cui sia richiesto un nuovo finanziamento a una banca diversa dal creditore ipotecario, a questa è comunque riservata totale discrezionalità nella concessione dello stesso.

Sembrerebbe, invece, sottratta ogni valutazione ed ogni possibilità di opporsi al creditore precedente nel caso in cui il finanziamento sia concesso da una banca terza. Come detto, infatti, sembrerebbe che l'importo offerto non inferiore al 75 % del prezzo base della successiva asta del valore del bene determinato nella relazione tecnica, costituisca requisito necessario ed anche sufficiente (in concorso, però, con gli altri requisiti di cui al comma secondo) per ottenere l'esdebitazione, sempreché si rispetti questa modalità della surroga del terzo nella garanzia ipotecaria già esistente.

12. Aspetti (non di dettaglio) non disciplinati dalla norma e rimessi ad un decreto interministeriale qualificato come di "natura non regolamentare"

La norma in commento non disciplina espressamente profili di indubbio rilievo del nuovo istituto che introduce nel nostro ordinamento rinviando espressamente all'adozione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (25 dicembre 2019), di un "decreto di natura non regolamentare" del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita, per gli aspetti di sua competenza, la Banca d'Italia.

Più in dettaglio, con il suddetto decreto devono essere definiti:

- il contenuto e le modalità di presentazione dell'istanza di rinegoziazione;
- le modalità con cui il giudice procede all'esame dell'istanza, alla verifica del conseguimento delle finalità di cui al presente articolo, alla liquidazione e alla verifica del pagamento delle spese procedurali, all'estinzione della procedura esecutiva e alla surroga dell'eventuale banca terza finanziatrice nell'ipoteca;
- gli elementi ostativi alla concessione della rinegoziazione o del rifinanziamento e alla stipulazione dell'accordo;
- le modalità e i termini per il versamento della somma di cui al primo comma al Fondo di garanzia per la prima casa;
- le modalità di segnalazione nell'archivio della Centrale dei rischi della Banca d'Italia e negli archivi dei sistemi di informazione creditizia privati;
- i termini, le condizioni e le modalità per l'accesso alle prestazioni della sezione speciale del Fondo di garanzia per la prima casa di cui al comma 4.

Come già in precedenza evidenziato, appare assai discutibile la tecnica normativa del rinvio, per la disciplina anche di aspetti tutt'altro che marginali, all'emanando decreto

interministeriale, espressamente qualificato come avente “natura non regolamentare”, e dunque sottratto alla disciplina di cui all’art. 17 della legge 400/1988.

Oltre all’inarrestabile ricorso al fenomeno della cd. “fuga dal regolamento”²⁶, si conferma ancora una volta la tendenza del legislatore, di dubbia legittimità costituzionale, di demandare sempre più spesso al potere esecutivo, nonostante le critiche mosse da più parti in dottrina²⁷, l’effettuazione di scelte relative ad aspetti essenziali della disciplina e capaci di incidere sulle sorti del processo (che competono esclusivamente al legislatore), anziché la definizione di aspetti meramente “tecnici”.

Nel caso di specie a destare le maggiori perplessità è il rinvio al decreto ministeriale per l’individuazione delle modalità con cui il giudice procede «all’esame dell’istanza, alla verifica del conseguimento delle finalità di cui al presente articolo, alla liquidazione e alla verifica del pagamento delle spese procedurali, all’estinzione della procedura esecutiva e alla surroga dell’eventuale banca terza finanziatrice nell’ipoteca».

²⁶La giurisprudenza amministrativa, nella sua più autorevole espressione (cfr. per tutte Adunanza plenaria del Cons. Stato 4 maggio 2012, n. 9), ha definito in tali termini (“fuga dal regolamento”) il fenomeno che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l’adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari, ritenendo peraltro che nonostante il diffondersi di tale fenomeno debba, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti “atipici”, di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall’ art. 17 legge n. 400 del 1988. In dottrina cfr., anche per i richiami, L.NICOLA, *Il consiglio di stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale dir. Amm.*, 2012, 12, 1209, il quale definisce il fenomeno in discorso in relazione all’adozione di atti (governativi o ministeriali) aventi sì contenuto normativo, ma non la forma regolamentare prescritta dall’ art. 17 della legge n. 400 del 1988. Tale A., ripercorrendo anche l’evoluzione di detto fenomeno, precisa inoltre che, lo stesso, pur apparendo sostanzialmente unitario, può essere suddiviso in (almeno) due categorie: potendosi assistere ad una “fuga dal regolamento” per così dire “spontanea”, in assenza cioè di indicazioni esplicite nella fonte legislativa su cui si fonda il potere regolamentare; e una “fuga dal regolamento” invece “autorizzata” o addirittura “imposta” dal legislatore, il quale configura in modo espresso l’atto da adottarsi come “di natura non regolamentare”, pur affidandogli, nella sostanza, contenuti non dissimili da quelli di un atto normativo. L’A. dà atto di come, con l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, e in particolare del sesto comma dell’art. 117, la tendenza a preferire atti governativi non qualificati come normativi al posto dei regolamenti ha trovato sostegno non più soltanto nella volontà di evitare la sottoposizione al parere del Consiglio di Stato e al visto della Corte dei conti e, nel caso dei decreti ministeriali, pure alla previa comunicazione al Presidente del Consiglio, ma altresì nell’esigenza di aggirare il limite fissato all’ambito materiale di intervento dei regolamenti statali. Da ciò la diffusione delle previsioni legislative volte a prevedere decreti “di natura non regolamentare” e “fughe dal regolamento” autorizzate sì dal legislatore, ma - ove l’atto in questione sia invece configurabile come sostanzialmente normativo e risulti riconducibile a materie diverse da quelle di cui all’art. 117, secondo comma, Cost. - in violazione, a questo punto, come si è giustamente rilevato da più parti, sia della legge n. 400/1988, sia, ancora prima, della Costituzione.

²⁷Basti in tal sede ricordare quanto verificatosi in ordine alla disciplina della vendita telematica la cui attuale disciplina è contenuta non nel codice di rito bensì nel decreto ministeriale 32/2015 e nelle specifiche tecniche del Responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero. In particolare, il suddetto decreto ministeriale, lungi dallo stabilire le sole regole “tecnico-operative” della vendita forzata telematica (così come invece prescritto dall’art. 161-ter disp. att. c.p.c.), ha effettuato scelte di opportunità giuridica di non poco momento, disciplinando l’iter procedimentale di svolgimento della vendita forzata immobiliare telematica, e affidando peraltro la gestione informatica della vendita forzata telematica al cd “gestore della vendita telematica”. Su questi profili cfr. E. FABIANI, *La vendita forzata telematica*, Padova, 2018, 124, secondo cui «anche ove non si voglia scomodare la riserva di legge “processuale” di cui all’art. 111 Cost., l’illegittimità del modo di procedere del legislatore, nel caso di specie ed in casi analoghi, discende dal concetto stesso di “regola tecnica”, la quale, per sua natura, dovrebbe essere espressione di criteri scientifici (per definizione asettici e neutrali) propri di una scienza specialistica e non può certo concretarsi, come nel caso di specie, in valutazioni di opportunità giuridica».

13. Riflessioni conclusive

La norma esaminata si inserisce nel solco della recente tendenza legislativa a salvaguardare la posizione del debitore ove l'immobile oggetto di espropriazione sia costituito dalla sua abitazione principale, facendo leva su soluzioni negoziali nell'ambito delle procedure esecutive, sulla falsariga di quanto già da tempo sperimentato, per eterogenee finalità, in ambito concorsuale.

In questo caso il legislatore introduce, nell'ambito del processo esecutivo, uno strumento a favore del debitore, di carattere eccezionale e di stretta interpretazione, per salvare la propria abitazione principale dalla procedura esecutiva, senza sacrificare eccessivamente le pretese creditorie azionate.

Uno strumento, dunque, assai peculiare che si diversifica, sotto differenti profili, dai tradizionali istituti del processo esecutivo volti a consentire comunque al debitore di evitare la vendita forzata dell'immobile oggetto di procedura espropriativa (quale, su tutti, la conversione del pignoramento).

Chiaro, appare, dunque, l'obiettivo perseguito dal legislatore, ma facendo ricorso ad una tecnica legislativa che lascia molto a desiderare, sia sotto il profilo della formulazione della norma, sia sotto il profilo del rinvio, per aspetti di indubbia rilevanza, ad un decreto interministeriale espressamente qualificato come di "natura non regolamentare".

Quanto alla formulazione della norma emergono non poche lacune, solo talvolta colmabili in via interpretativa anche se con risultati difficilmente tali da poter assicurare uniformità in sede applicativa (si pensi, per tutti, alla questione legata alla qualificazione del diritto trasferito, ex art. 586 c.p.c., al parente o affine).

Taluni profili, di rilevante interesse, sono stati al contempo totalmente pretermessi da parte del legislatore, con conseguente acuirsi delle difficoltà di risolvere la relativa problematica in via meramente interpretativa (si pensi, per tutti, al profilo della pubblicità immobiliare in ordine al diritto di retrocessione a favore del debitore in caso di rinegoziazione concessa al suo parente o affine).

Al contempo, non appare risolutivo, per talune delle lacune esistenti, il rinvio al decreto interministeriale, stante l'evidente illegittimità di tentare di colmare attraverso questa via il deficit di scelte che comunque competono al legislatore²⁸.

Sotto il profilo dei contenuti della disposizione legislativa in esame, svariate sono le criticità, soprattutto con riferimento all'ipotesi in cui la rinegoziazione venga concessa a favore del parente o affine.

Basti pensare, con riferimento a questa specifica fattispecie, che sembrerebbe comunque di difficile realizzazione nella pratica, in ragione della posizione fortemente sacrificata del parente rispetto al debitore, soprattutto alle criticità segnalate sotto il profilo:

- a) della natura del diritto trasferito al parente o affine;
- c) della relativa pubblicità immobiliare e dei possibili pregiudizi per i terzi, ivi compresi i creditori - sia del debitore sia del parente - (non essendo chiaro se, ed in quale misura, sia gli uni

²⁸ Il decreto interministeriale, alla luce della lettera *b*) del comma sesto, dovrebbe prevedere, tra l'altro: «le modalità con cui il giudice procede all'esame dell'istanza, alla verifica del conseguimento delle finalità di cui al presente articolo, alla liquidazione e alla verifica del pagamento delle spese procedurali, all'estinzione della procedura esecutiva e alla surrogà dell'eventuale banca terza finanziatrice nell'ipoteca».

che gli altri, possano aggredire esecutivamente il bene oggetto di rinegoziazione nell'arco del quinquennio in cui può essere esercitato il diritto alla retrocessione);

d) della operatività dell'effetto esdebitatorio anche in tale ipotesi (e non solo nella fattispecie, di cui al primo comma, di rinegoziazione concessa al debitore).

In via più generale, residuano al contempo, non poche perplessità e dubbi interpretativi in ordine:

- 1) alla valutazione ed al controllo del giudice dell'esecuzione nell'ipotesi di rinegoziazione concessa al debitore e in quella concessa al parente o affine²⁹ nonché in relazione all'ipotesi in cui sia domandata, congiuntamente dal debitore e dal creditore, la sospensione del processo esecutivo;
- 2) ai presupposti cui è subordinato il prodursi dell'effetto di esdebitazione (*sub specie*, in particolare, del prodursi di tale effetto in forza del solo accordo ovvero in forza anche di una valutazione del giudice se del caso non circoscritta esclusivamente all'esame dei requisiti di cui al comma 2);
- 3) alla posizione dei creditori, sia del debitore che del parente, a fronte del diritto riconosciuto a questi ultimi di evitare la vendita forzata del bene immobile che costituisce abitazione principale del debitore.

In definitiva, si assiste all'introduzione di un istituto destinato ad operare, in ragione degli stringenti requisiti (di ordine soggettivo ed oggettivo) cui è subordinato, in ipotesi estremamente limitate, ma comunque disciplinato dal legislatore in modo tale da lasciare aperte una miriade di problematiche interpretative, sia in ragione del modo in cui è formulata la norma, sia in ragione del rinvio, per aspetti certamente di non marginale rilevanza, ad un decreto interministeriale avente "natura non regolamentare", il quale, per evidenti motivi, non potrà colmare lacune che solo il legislatore potrebbe colmare.

Senza voler entrare, dunque, nel merito delle scelte effettuate dal legislatore con l'introduzione di una disposizione quale quella in esame, e degli interessi cui ha inteso attribuire rilevanza in tal modo, la tecnica legislativa appare del tutto insoddisfacente e rischia di ingenerare (non solo i suddetti dubbi interpretativi, ma anche) un contenzioso non solo "interno" alle procedure esecutive rientranti nel perimetro applicativo della stessa, ma anche con eventuali terzi pretendenti sul bene immobile fatto oggetto di trasferimento coattivo in favore del parente del debitore cui sia stato concesso il finanziamento.

Ernesto Fabiani - Luisa Piccolo

²⁹ Stando alla lettera della norma, in ogni caso, il sindacato giudiziale dovrebbe limitarsi alla verifica dei requisiti di cui al comma secondo senza entrare nel merito della situazione debitoria complessiva. Milita, però, in senso contrario il combinato disposto dei commi primo e sesto (lettera b), circa la valutazione del giudice della possibilità che lo strumento in esame raggiunga il fine di fronteggiare la grave crisi del consumatore. Ciò infatti potrebbe consentire di recuperare un controllo giudiziale sulla complessiva posizione debitoria e scongiurare altresì possibili usi distorti dello strumento in esame.