

# LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE  
ANNO XXXIX

a cura di  
**GIORGIO CIAN**  
**ALBERTO MAFFEI ALBERTI**  
**PIERO SCHLESINGER**

**4/2016**

 [edicolaprofessionale.com/NLCC](http://edicolaprofessionale.com/NLCC)

**Direzione:**

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,  
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,  
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

**Redattore capo:**

A. Finessi

**La nuova disciplina delle convivenze (l. n. 76/16)**

**I contratti di convivenza (l. n. 76/16)**

**Il prestito vitalizio ipotecario (l. n. 44/15;  
d.m. n. 226/15)**

**Tutela degli utenti e comunicazione elettronica  
(Reg. UE n. 2015/2120)**

**Registro delle imprese ed altri strumenti  
pubblicitari**

**Ancora sulla “saga” dei derivati**

**Concorrenza e *level playing field* europeo  
nella gestione collettiva dei diritti d'autore  
e connessi**

**Poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce  
delle nuove norme sulla crisi bancaria**



Wolters Kluwer

ANTONELLO IULIANI (\*)

Assegnista di ricerca nell'Università Roma Tre

## IL PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO NEL NUOVO “SISTEMA” DELLE GARANZIE REALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il ruolo dell'ipoteca. – 2. La struttura della fattispecie: gli elementi soggettivi. – 3. *Segue*: gli elementi oggettivi. – 4. Le finalità del prestito vitalizio ipotecario. – 5. La produzione di interessi anatocistici mediante capitalizzazione annuale di interessi e spese. – 6. La deroga alla procedura di escussione della garanzia ipotecaria: il comma 12° *quater* e la tipizzazione del patto marciano.

### 1. *Introduzione. Il ruolo dell'ipoteca.*

Il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 22 dicembre 2015, n. 226, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 38 del 16 febbraio 2016, nel dare attuazione all'articolo 1 della l. 2 aprile 2015, n. 44, ha completato l'intervento di parziale modifica della disciplina del prestito vitalizio ipotecario. L'intenzione del legislatore è quella di rivitalizzare anche mediante una politica di incentivi fiscali<sup>(1)</sup> un istituto sinora poco sfruttato a distanza ormai di dieci anni dalla sua introduzione ad opera dell'articolo 11 *quaterdecies* del d.l. 30 aprile 2005, n. 203. Si tratta di un'esigenza giustificata dall'ampia diffusione dell'istituto non solo negli ordinamenti di *common law* ma anche in alcuni ordinamenti europei, come quello francese<sup>(2)</sup>, dove è stato introdotto a partire dal 2006. La dottrina<sup>(3)</sup>, di fronte al susseguirsi negli ultimi anni di interventi episodici da parte del legislatore nazionale volti ad introdurre nell'ordinamento

---

(\*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

(1) Sul punto cfr. MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, p. 219 s.

(2) Cfr., per un inquadramento della disciplina francese dell'istituto, GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Reccueil Dalloz*, 2006, p. 1294 s.; OGG, *Le prêt viager hypothécaire*, in *Retraite et société*, 2012, p. 167 s.; per un ampio inquadramento dell'istituto in chiave comparatistica, cfr. MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 15 s.

(3) MAZZAMUTO, *Il tramonto delle Scuole e il compito dell'odierna civilistica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 289 s.

schemi contrattuali inediti – il prestito vitalizio ipotecario, nella nuova versione, segue, infatti, l'introduzione del *rent to buy* (art. 23 d.l. n. 133/14) e precede quella del *leasing* immobiliare finanziario (art. 1, commi dal 76° all'84°, l. n. 208/15) – non ha mancato di criticare l'assenza di sistematicità e la perdita di qualità della legislazione interna, sempre più appiattita su scelte di mera politica economica. Si tratta, tuttavia, di una tendenza che ben riflette l'attuale stato dei rapporti tra diritto ed economia se è vero, com'è stato osservato, che «l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamò l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative»<sup>(4)</sup>, ma solo interventi di adattamento della disciplina del contratto. Anche là dove il legislatore nazionale, come in Francia e in Germania, ancora persegue strategie di ampio respiro sistematico, l'intervento novellatore non manca di evidenziare una forte riduzione del suo apparato concettuale e un generale appiattimento sulle esigenze del sistema economico<sup>(5)</sup>. Venendo al merito della disposizione, in verità abbastanza scarno in punto di disciplina<sup>(6)</sup>, l'art. 11 *quaterdecies* prevedeva nell'originaria formulazione la possibilità per le persone di età non inferiore ai 65 anni di rivolgersi ad aziende di credito, istituti di credito, nonché intermediari finanziari per ottenere un finanziamento a medio e lungo termine subordinato alla concessione di un'ipoteca di primo grado sugli immobili residenziali, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e l'obbligo di rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza. Si tratta, dunque, di un contratto bancario a struttura variabile, di durata e a titolo oneroso. La durata incerta del contratto e la capitalizzazione annuale degli interessi renderebbero, secondo alcuni autori, il prestito vitalizio ipotecario un contratto aleatorio «in quanto la struttura legislativa dello stesso è tale da non permettere alle parti, ed in particolare al finanziatore,

---

(4) GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 197.

(5) È sufficiente leggere la relazione di accompagnamento alla riforma del codice francese per rendersene conto: si afferma espressamente che «L'objectif est de doter les acteurs du monde économique d'un ensemble de règles destinées à faciliter leurs échanges en les rendant plus sûrs». Del resto esiste una classifica degli ordinamenti giuridici ordinata in base alla loro capacità attrattiva rispetto alle esigenze delle imprese, redatta dalla Banca Mondiale e consultabile al sito [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org), la quale mostra una chiara prevalenza dei paesi di tradizione di *common law*. Cfr., sul punto, SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, pp. 266 s. e 270 s.

(6) Secondo BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il Caso.it*, 2015, p. 2, «di fatto, tale norma, più che disciplinare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, si limitava ad una mera descrizione, priva di alcuna disposizione operativa. Forse proprio per tale motivo il provvedimento non è stato sufficiente a promuovere l'avvio ed il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto».

di conoscere al momento della stipula quale sarà l'entità dei vantaggi e, rispettivamente, dei sacrifici che riceveranno dal contratto»<sup>(7)</sup>. Secondo una diversa opinione, tuttavia, «gli elementi di incertezza non sono tali da far ritenere aleatorio il contratto in esame»<sup>(8)</sup>: «la prestazione a carico del soggetto finanziatore è certa e predeterminata, mentre la prestazione del soggetto obbligato è determinabile sulla base dell'ammontare del prestito e degli interessi, ed è oltretutto garantita da ipoteca»<sup>(9)</sup>. Ad un primo sguardo emerge l'analogia con la vendita della nuda proprietà: entrambi gli istituti mirano, infatti, a soddisfare l'esigenza della fascia più anziana della popolazione di ricavare liquidità dal valore della propria abitazione e di continuare ad abitarla fino alla propria morte. Al di là dei punti di contatto, il prestito vitalizio ipotecario presenta, tuttavia, significativi tratti di novità ed, anzi, la sua introduzione si è resa necessaria proprio per superare alcune criticità<sup>(10)</sup> dello schema traslativo emerse nella prassi a seguito delle mutate esigenze sociali: esso, infatti, risponde alla richiesta di quei soggetti ancora relativamente giovani che difficilmente riuscirebbero a trovare un'acquirente della nuda proprietà; è più flessibile, perché permette di dilazionare nel tempo la somma erogata in prestito; consente, infine, di godere della somma erogata senza privare il soggetto finanziato<sup>(11)</sup> della titolarità del bene.

Uno degli aspetti centrali dello schema contrattuale è rappresentato dall'ipoteca, la quale «non è soltanto garanzia dell'adempimento ma entra anche nella causa del contratto, in quanto senza ipoteca non può esservi prestito vitalizio ipotecario»<sup>(12)</sup>. Ancora più significativa è la circostanza che qui, a differenza di quanto accade nel mutuo fondiario, l'ipoteca sia prevista come elemento necessario di un finanziamento non finalizzato,

<sup>(7)</sup> Così MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 87.

<sup>(8)</sup> Cfr. FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamenti*, Roma, 2006, p. 3.

<sup>(9)</sup> *Ibidem*.

<sup>(10)</sup> Le criticità della nuda proprietà sono illustrate da POPPETTI, *Il Prestito ipotecario vitalizio. Un'alternativa alla nuda proprietà*, in *Bancaria*, 2014, p. 72, e da BULGARELLI, *op. cit.*, p. 3; CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1106 s.; FARACE, *op. cit.*, p. 5.

<sup>(11)</sup> Questo aspetto è ben sottolineato da BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 303.

<sup>(12)</sup> FARACE, *op. cit.*, p. 2; MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 118 parla dell'ipoteca come del «perno centrale dell'intera impalcatura del prestito vitalizio ipotecario»; anche CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 508 riconosce che «la garanzia ipotecaria rappresenta, del resto, il perno dell'intero meccanismo[...] sebbene per *imprinting* culturale, l'enfasi sia posta sul finanziamento».

com'è quello destinato all'acquisto di un'immobile, a riprova della tendenza del legislatore non solo nazionale ad estendere in via generalizzata l'utilizzo del credito ipotecario. La nuova formulazione della norma mantiene il ruolo centrale assegnato all'ipoteca e prevede che il finanziamento sia garantito «da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, e agli stessi si applica l'articolo 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del Testo Unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385». Il rinvio al testo unico bancario introduce una serie di vantaggi per l'istituto di credito, in deroga tanto alla disciplina dell'ipoteca, quanto a quella della revocatoria fallimentare<sup>(13)</sup>. La nuova formulazione della norma non ha invece risolto il problema di coordinamento con l'art. 2855 c.c.<sup>(14)</sup>, ed in particolare con il suo secondo comma, il quale prevede che l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti ma con il limite delle due annate anteriori e di quella in corso al giorno del pignoramento. La norma mira ad evitare un eccessivo accumulo di interessi a danno dei successivi creditori e dell'eventuale terzo proprietario e sanziona, al secondo comma, con la nullità il patto di estensione dell'iscrizione ad un numero maggiore di annualità. È evidente il difetto di compatibilità tra la norma e il dettato dell'art. 11 *quaterdecies* che prevede la capitalizzazione annuale degli interessi con l'obbligo di restituzione soltanto alla scadenza del rapporto, il quale si estende di regola per un periodo di tempo assai lungo. In assenza di una esplicita deroga, alcuni commentatori hanno ritenuto che la fattispecie possa ricadere sotto il patrocinio dell'art. 2852 c.c. relativo ai crediti che nascono in dipendenza di un rapporto già esistente, lasciando l'art. 2855 c.c. a regolare solo l'ipotesi della restituzione annuale degli interessi<sup>(15)</sup>. Secondo una lettura più convincente l'applicazione dell'art. 2855 c.c. sarebbe, invece, superata in virtù del richiamo operato dal co. 12 *quater* all'art. 39 del t.u.b. ed in particolare al comma 3° che prevede che il credito dell'istituto erogante relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione sia garantito dall'ipoteca iscritta fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per l'effetto dell'applicazione di dette clausole<sup>(16)</sup>.

---

(13) Cfr., per le deroghe alla disciplina ordinaria, RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, p. 942 s.; MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 120 s.

(14) Cfr., sul punto, FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 5; MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 122 s.; CHERTI, *op. cit.*, p. 1104.

(15) Così, GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. merito*, 2011, p. 679; MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 122 s.

(16) Così CHERTI, *op. cit.*, p. 1105.

La diffusione del credito ipotecario<sup>(17)</sup> si inserisce a pieno nell'attuale fase di sviluppo del capitalismo così fortemente incentrato sulla finanza – o economia del debito, secondo una definizione che parrebbe preferibile<sup>(18)</sup> – e nel quale la forma di ricchezza prevalente è costituita dalla proprietà mobiliare. Lo conferma l'ampia diffusione del fenomeno della cartolarizzazione<sup>(19)</sup> che consente, com'è noto, alla banca di rifinanziarsi mediante la cessione del credito ipotecario ad una società che emette titoli obbligazionari da offrire sul mercato. La dottrina attenta ai risvolti sul piano sociologico ha rimarcato lo slittamento semantico<sup>(20)</sup> che ha investito l'ipoteca la quale da diritto di garanzia fortemente legato all'immobile è diventata credito in astratto, un valore mobiliare del tutto irrelato. Il prestito vitalizio ipotecario si inserisce a pieno titolo in una strategia di smobilizzazione della ricchezza immobiliare a vantaggio della sua trasformazione in valori mobiliari in sintonia con le esigenze di un capitalismo che, come detto, individua nella proprietà smaterializzata la forma privilegiata di ricchezza. Si tratta, a dire il vero, di una strategia non inedita e già ampiamente presente nel codice civile come dimostrano alcune norme – si pensi agli artt. 838, 857 e 865 c.c. – che si giustificano soltanto alla luce della strategia promossa dal capitalismo industriale di smobilizzazione della proprietà terriera a vantaggio della proprietà produttiva<sup>(21)</sup>. La trasformazione attuale esibisce, però, dei tratti di novità assai significativi:

---

(17) Esso è a tal punto centrale, che si è avvertita l'esigenza di una disciplina unitaria dell'ipoteca a livello europeo: cfr. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 553 s.

(18) Preferisce il termine «economia del debito» a quello di «finanziarizzazione», LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2012, p. 42.

(19) Cfr. PERONA e SEPE, *Cartolarizzazione: riflessioni critiche e crisi finanziaria*, in GABRIELLI e LENER (a cura di) *I contratti del mercato finanziario*, in RESCIGNO e GABRIELLI, *Trattato dei contratti* (diretto da), Torino, 2011, p. 1471 s.; per un inquadramento giuridico dell'istituto, cfr. CARIOTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, *ivi.*, p. 1501 s.

(20) Cfr. GOTMAN, *Vers la fin de la transmission? De l'usage du logement pour assurer ses vieux jours. Le prêt à hypothèque inversée*, in *Sociologie*, 2010, p. 150 s.; cfr., altresì, ASSIER-ANDRIEU e GOTMAN, *Réversion du principe du logement humain. Chronique du prêt hypothécaire inversé*, Paris, 2009, p. 39 s.

(21) Lo sottolinea BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 273: «il riconoscimento della proprietà privata della terra costituisce insieme un portato inevitabile del principio proprietario, ma anche – per le caratteristiche del bene terra – un ostacolo al pieno espandersi di esso nel mercato». Infatti, *ivi.*, p. 295: «la proprietà esclusiva della terra tende ad assumere di per sé una valenza economica, che è la rendita, ed entra in conflitto con la logica produttivistico-mercantile, sia perché legittima situazioni di appropriazione di ricchezza non legate al processo produttivo e alla creazione di profitto, sia perché legittima forme di attribuzione della ricchezza non sempre mediate da un rapporto di scambio».

mentre la strategia messa in capo dal “secondo capitalismo” (22) prevedeva la sostituzione di una forma di ricchezza improduttiva – la rendita – a vantaggio di una produttiva – il profitto – oggi la relazione è a segno invertito. Si assiste ad un prepotente ritorno della rendita come forma privilegiata dell’attuale sistema capitalistico per estrarre plusvalore, senza più la necessità di organizzare la cooperazione produttiva (23). Il capitalismo finanziario (24) mette, infatti, in gioco un dispositivo di accumulazione (25) che fa a meno dello Stato nel suo ruolo di organizzatore della produzione e che è in gran parte esterno ai processi produttivi: non contribuisce a creare ricchezza sociale ma si limita a carpirlo in modo parassitario, «se ne appropria, rimanendo tenacemente asserragliato dentro la sua forma di denaro che è capitale per sé ma non fuori di sé» (26). In questa nuova veste il capitalismo attuale fa mostra di sé nel modo più odioso poiché, nel superare la distinzione tra bene mobile e bene immobile, convertendo i beni immobili in valori mobiliari, coinvolge il bene al quale nella coscienza sociale più di altri è attribuito un indubbio valore idiosincratico, la casa d’abitazione. Percepita come un mezzo di sostentamento indissociabile dalla condizione umana, una proprietà esclusivamente definita per il suo valore d’uso, irriducibile a qualsiasi valutazione di mercato, l’abitazione diventa nel linguaggio neoliberista semplice «patrimonio dormiente»: una risorsa inutilizzata e non monetizzata.

## 2. La struttura della fattispecie: gli elementi soggettivi.

Il recente intervento di modifica ad opera della l. 2 aprile 2015, n. 44 ha aggiunto all’art. 11 *quaterdecies* i commi dal 12° *bis* al 12° *sexies*, dettando una disciplina più articolata e meno lacunosa. Con riferimento alla nozione di *finanziatore* la norma supera l’ambiguo riferimento alle «aziende ed istituti di credito» e circoscrive l’ambito di applicazione alle banche e agli altri intermediari finanziari di cui all’art. 106 del t.u.b., cioè a quei soggetti iscritti in appositi albi e sottoposti ad un sistema normativo e di

---

(22) La tripartizione del capitalismo in tre fasi è efficacemente proposta da NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, *passim*.

(23) Acute le osservazioni di HARDT e NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, p. 137 s., a proposito della metamorfosi della composizione del capitale.

(24) LAZZARATO, *La fabbrica dell’uomo indebitato*, cit., p. 39.

(25) Accumulazione originaria del capitale che «è sempre contemporanea al suo sviluppo, non ne costituisce una fase storica, ma una contemporaneità sempre rinnovata»: così, LAZZARATO, *op. cit.*, p. 59.

(26) Così NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 516.

vigilanza che garantisce non solo la parte “debole” del contratto, che potrà beneficiare ad esempio della nullità delle clausole abusive<sup>(27)</sup>, ma anche la stabilità del sistema finanziario. Quanto al *soggetto finanziato*, proprio al fine di consentire una maggiore fruibilità e diffusione dell’istituto, è stata abbassata l’età per richiedere il finanziamento da 65 a 60 anni. Non è, invece, previsto alcun limite massimo d’età, essendo la durata del contratto ancorata alla vita del finanziato, anche se dall’art. 2 del decreto attuativo si desume che la durata fisiologica non sia superiore ai 25 anni, in linea con gli indicatori demografici dell’Istat che fissano a poco più di 80 anni l’età media della morte. La norma dispone, infatti, che il prospetto sull’andamento del debito che la banca è tenuta a fornire al soggetto finanziato debba avere «una durata minima pari alla differenza tra l’età del soggetto finanziato più giovane e 85 anni e comunque non inferiore a 15 anni». È invece prevista una *durata minima del contratto* di 18 mesi: lo si deduce dal rinvio operato agli artt. 15 s. del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, relativo alla disciplina delle agevolazioni tributarie per le operazioni di credito a medio e lungo termine, che considera tali le concessioni di credito di durata contrattuale superiore a 18 mesi<sup>(28)</sup>. Particolarmente opportuna è la previsione dell’art. 2, comma 7°, del decreto attuativo che prevede nel caso in cui il soggetto finanziato sia coniugato o anche soltanto convivente *more uxorio* da almeno cinque anni l’obbligo della sottoscrizione per entrambi i coniugi, anche nel caso in cui l’immobile non sia in comunione dei beni. La disposizione scongiura infatti il pericolo per il coniuge o il convivente più giovane, in caso di morte dell’altro coniuge, di perdere il diritto d’abitazione sulla casa data in ipoteca e lega a tal fine la durata del finanziamento alla vita del coniuge superstite. In assenza di un tale correttivo la previsione dell’art. 540, comma 2°, c.c.<sup>(29)</sup> che riserva al coniuge, ancorché concorra con altri chiamati, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare non impedirebbe al finanziatore che abbia precedentemente iscritto ipoteca sull’immobile di procedere con l’espropriazione<sup>(30)</sup>.

---

(27) Lo sottolineano, CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 1104; GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 678.

(28) RUMI, *op. cit.*, p. 940.

(29) MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1129 ha ricondotto la *ratio* della norma entro «la tutela della salute degli anziani», dal momento che i diritti ivi previsti assicurano al beneficiario «al di là del semplice interesse a disporre di un alloggio, la conservazione del rapporto affettivo con l'ambiente in cui è vissuto in comunione di vita col coniuge scomparso».

(30) Cfr., ad es. quanto deciso da Cass. 13 gennaio 2009, n. 463 in *pluriscedam.it*.



Il riferimento alla nozione di *persona fisica* mantenuto dalla nuova formulazione della norma di per sé non esclude dal novero dei soggetti finanziati i professionisti ma solamente le persone giuridiche, coerentemente con la scelta di limitare la durata del finanziamento alla vita del soggetto finanziato. Ciò, peraltro, non contrasta con la previsione nella fase precontrattuale di una serie di *obblighi informativi* in capo al finanziatore dato che la debolezza nei contratti di intermediazione finanziaria caratterizza anche il professionista. La disciplina in tema di “trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”, di cui al titolo VI del t.u.b., riguarda, infatti, il cliente, cioè, come precisa la Banca d’Italia nelle “Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” (art. 3, Sezione I), «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l’intermediario». A proposito degli obblighi informativi, l’art. 2 del decreto del Ministero dello sviluppo prevede che il finanziatore sia tenuto a consegnare gratuitamente al richiedente, almeno 15 giorni prima dell’eventuale stipula del contratto, un prospetto informativo contenente le informazioni minime tra cui l’importo finanziato, il valore dell’immobile dato in garanzia e la somma effettivamente percepita dal finanziato al netto delle imposte e di tutti i costi. Il confronto con le Disposizioni di trasparenza solleva il dubbio se tale prospetto corrisponda alla copia del contratto che, unitamente al documento di sintesi, deve essere consegnata al cliente, non entro «tempi congrui» come si esprime l’art. 6 (Sezione II) delle Disposizioni, ma entro 15 giorni, o se si tratti, viceversa, di un obbligo informativo diverso ed ulteriore. Sia la copia del contratto, sia il documento di sintesi si collocano nella fase precontrattuale in quanto assolvono alla funzione di fornire al cliente prima della conclusione del contratto un quadro chiaro delle condizioni economiche contenute nel foglio informativo e personalizzate per il singolo cliente. Si tratta di un’ulteriore espressione del neo-formalismo negoziale<sup>(31)</sup>, cioè di quella tendenza ad un uso diffuso dei vincoli di forma al fine di veicolare non solo il contenuto del contratto ma anche le informazioni precontrattuali – la c.d. “forma informativa” – e ciò allo scopo di rafforzare un consenso debole quale quello di chi aderisce ad un regolamento contrattuale non negoziato o comunque imposto da una parte in posizione più forte<sup>(32)</sup>. Alla medesima ragione risponde l’obbligo

---

<sup>(31)</sup> Cfr., a riguardo, ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, p. 339 s.; MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 233 s.

<sup>(32)</sup> Le conseguenze sul piano rimediabile dell’omessa consegna della copia sono ana-

previsto dall'art. 2, comma 1°, a carico dell'istituto finanziatore di predisporre nel contratto due prospetti esemplificativi sull'andamento del debito nel tempo, uno utilizzando il tasso previsto al momento della conclusione del contratto, l'altro simulando al terzo anno un rialzo del tasso di interessi. Si tratta di una regola specifica dettata con riferimento al prestito vitalizio ipotecario in attuazione dell'obbligo generale previsto dagli artt. 6 e 7 (Sezione II) delle Disposizioni di trasparenza di consegnare al cliente una copia del contratto, con allegato un documento di sintesi o in alternativa il solo documento di sintesi, con allegato un piano di ammortamento. Anche la previsione del comma 3° dell'art. 2 del decreto di attuazione, secondo cui è fatto divieto al finanziatore di esigere il pagamento delle spese per le attività svolte nel caso in cui il richiedente non sottoscriva il finanziamento, discende dall'art. 6 (Sezione II) delle Disposizioni di trasparenza che prevede non solo che la consegna della copia del contratto o del documento di sintesi sia gratuita ma anche che essa non vincoli in nessun modo alla conclusione del contratto.

Più netta è, invece, la soluzione francese che, nel collocare la disciplina del *prêt viager hypothécaire* nel *Code de la Consommation* all'art. L.314-2 esclude espressamente, a pena di nullità, che soggetti di tipo professionale possano accedere al finanziamento<sup>(33)</sup>. La scelta del legislatore francese non solo appare in sintonia con la prassi degli operatori bancari anche italiani di vietare l'impiego del prestito vitalizio ai fini, tra gli altri, di finanziamento di attività produttive o professionali dei mutuatari ma sembra essere maggiormente in sintonia con la *ratio* dell'istituto: se infatti la finalità del contratto sotto il profilo causale è certamente quella di finanziamento di per sé non finalizzato e dunque compatibile anche con l'impiego a fini professionali, l'età avanzata dei soggetti<sup>(34)</sup> e le motivazioni in

---

lizzate, a partire dal contratto di credito al consumo, da PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 296 s.

<sup>(33)</sup> Secondo MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 82 la scelta di non seguire la soluzione francese «si lega anche alla natura ed allo scopo del finanziamento concesso che [...] può essere destinato a soddisfare i bisogni più diversi, come ad esempio quello di liquidità di una impresa individuale»; anche GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 678, non esclude che «l'erogazione del credito finanzia l'attività di impresa, svolta magari in forma individuale o di microimpresa, dal soggetto richiedente o dai suoi aventi causa».

<sup>(34)</sup> Certamente non si può dire che l'anziano assurga a categoria soggettiva autonoma, ancorché sia destinatario di una specifica attenzione anche a livello costituzionale europeo, in particolare all'art. 25 della Carta di Nizza; cfr., sul tema della tutela giuridica dell'anziano BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, cit., p. 293 s. Va, inoltre, certamente escluso che il prestito ipotecario vitalizio possa piegarsi ad un'esigenza di tipo strettamente assistenziale (prestazione di fare, consistente nel prendersi cura

concreto che li spingono a farne richiesta conferiscono alla causa una spiccata coloritura in senso consumeristico. È evidente, infatti, che il prestito vitalizio è concepito come uno strumento volto ad incentivare i bisogni di consumo di quella fascia della popolazione che non dispone di liquidità sufficiente a finanziarli, non solo di carattere meramente volutuario ma sempre più di carattere fondamentale, in conseguenza della privatizzazione di tutta una serie di prestazioni previdenziali.

### 3. Segue: *gli elementi oggettivi.*

Venendo agli elementi oggettivi, il regolamento ministeriale si limita a precisare che per *immobile* si intende «l'immobile residenziale e le relative pertinenze» con chiaro riferimento alla destinazione urbanistica di civile abitazione; non risulta invece chiaro se l'immobile dato in garanzia debba essere quello abitato dal soggetto che richiede il finanziamento oppure possa essere anche un altro di sua proprietà, ad esempio una seconda casa di villeggiatura. Parrebbe più convincente, invece, escludere che il bene possa essere dato in godimento a terzi: dal momento che l'art. 3 del Decreto attuativo prevede l'immediata restituzione della somma se, dopo la conclusione del contratto (lett. *b*) vengono trasferiti diritti di godimento sull'immobile o (lett. *g*) soggetti che non siano i familiari prendano la residenza nell'immobile, la preesistenza di un contratto di locazione sull'immobile dato in garanzia dovrebbe essere considerata causa impeditiva alla conclusione del contratto<sup>(35)</sup>.

Nel silenzio del legislatore, alcuni commentatori<sup>(36)</sup> hanno ipotizzato la possibilità di una dissociazione tra la figura del richiedente il prestito e quella del proprietario dell'immobile residenziale su cui deve essere iscritta l'ipoteca. Sebbene tale eventualità sia astrattamente possibile appare più convincente ritenere che il legislatore abbia formulato la norma tenendo

---

personalmente e concretamente della persona anziana); cfr., sul punto, LONG, *La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 606 s., la quale sottolinea gli aspetti di debolezza dell'istituto: «L'effettiva soddisfazione dell'interesse del vitaliziato dipende dunque dalla capacità di quest'ultimo (o più spesso dei suoi familiari o amici) di amministrare i proventi della rendita vitalizia per ottenere l'assistenza necessaria. L'ammontare delle rate della rendita vitalizia e della *reverse mortgage*, inoltre, è fisso e non varia al mutare delle condizioni personali del vitaliziato né (salvo che sia espressamente indicato nel contratto) dalla svalutazione».

<sup>(35)</sup> Cfr., in senso analogo, MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 125, nt. 165.

<sup>(36)</sup> CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, *cit.*, p. 1099 s., spec., per il profilo evidenziato nel testo, p. 1104; GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 678; MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 127 s.

conto dell'ipotesi fisiologica in cui il soggetto finanziato coincida anche con il proprietario dell'immobile concesso in ipoteca. E infatti l'art. 11 *quaterdecies*, comma 12° *quater* prevede come ipotesi alternativa alla vendita diretta da parte del finanziatore la possibilità che sia l'erede a provvedere alla vendita dell'immobile, intendendo in tal senso l'erede del proprietario del bene ipotecato che, però, coincide anche con il soggetto finanziato, non potendosi riconoscere ad un altro terzo il potere di vendere un immobile di proprietà altrui<sup>(37)</sup>. Il comma 12° prevede, oltretutto, come causa di rimborso anticipato del prestito il ricorrere di una serie di eventi in grado di compromettere il valore dell'immobile e riconducibili tutti al comportamento del soggetto finanziato, così presupponendo che il bene ipotecato sia di proprietà del finanziato il quale soltanto ne ha la disponibilità.

Il riferimento al termine *finanziamento*, di per sé abbastanza generico, si adegua alla prassi ormai in uso – si pensi al termine fornitura di beni, utilizzando dalla direttiva sulla vendita dei beni di consumo – di dettare una disciplina trasversale per diversi tipi contrattuali accomunati dalla medesima finalità, così da consentire alle parti di scegliere lo schema di erogazione del credito più rispondente alle loro esigenze. Se la forma tipica è quella del mutuo non è escluso che le parti possano stipulare un'apertura di credito o un contratto di rendita la cui disciplina si applicherà in quanto compatibile.

Nulla dice la disciplina sull'*entità del finanziamento* e sui parametri per determinarlo anche se, com'è stato segnalato<sup>(38)</sup>, costituisce un punto di riferimento senz'altro utile l'art. 38, comma 2°, t.u.b. che rinvia alla Delibera del CICR del 22 aprile 1995 e alle conseguenti istruzioni applicative della Banca d'Italia le quali fissano il limite massimo di finanziabilità in una misura pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati<sup>(39)</sup>. È evidente, in ogni caso, che sull'ammontare del prestito incidono sia il valore dell'immobile, sia l'età del soggetto finanziato. Quanto al *valore dell'immobile* particolare importanza assume non solo il suo valore attuale ma anche la previsione del valore al momento della restituzione del prezzo, ragione per

---

(37) Le ragioni di un'interpretazione restrittiva sono ben illustrate da MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 128, sebbene, poi, gli autori aderiscano all'impostazione estensiva che ammette la figura del terzo datore di ipoteca anche nel prestito vitalizio ipotecario, ritenendo possibile una completa scissione tra finanziato e datore di ipoteca (cfr. *ivi*, p. 132).

(38) Da CHERTI, *op. cit.*, p. 1103.

(39) Cfr., sul problema delle conseguenze del superamento del limite massimo di finanziabilità, PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, p. 439 s.

la quale il prestito sarà accordato esclusivamente agli abitanti di quei quartieri sufficientemente valorizzati sul mercato immobiliare. Quanto all'incidenza dell'*età del soggetto finanziato* sull'ammontare del finanziamento, se nel mutuo fondiario o nelle varie forme di credito al consumo<sup>(40)</sup> l'età avanzata costituisce un ostacolo all'erogazione di un prestito, non potendo la banca contare sul rispetto, nel lungo periodo, degli impegni contrattuali assunti, nel prestito vitalizio ipotecario l'età avanzata, e quindi la durata relativamente breve del prestito rappresentano, viceversa, un incentivo per la banca<sup>(41)</sup>. Questa, infatti, non corre il rischio né di un aumento eccessivo dei tassi di interessi che potrebbero pregiudicare la restituzione della somma erogata, né di una diminuzione del valore dell'immobile su cui eventualmente potersi rifare.

Per quel che riguarda il *termine di restituzione* del finanziamento, cioè il momento in cui diventa esigibile il credito alla restituzione della somma erogata, comprensiva degli interessi e delle spese capitalizzate, il comma 12° nella nuova formulazione elimina le incertezze derivanti dal vecchio riferimento alla scadenza e precisa che esso debba avvenire «al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile»<sup>(42)</sup>. Un elenco dettagliato di tali atti è contenuto nell'art. 3 del decreto di attuazione del Ministero dello Sviluppo economico: si tratta di comportamenti che coinvolgono il bene ipotecato in via diretta, compromettendo o rendendo più difficile l'escussione della garanzia ipotecaria prevista dal legislatore e in via indiretta, incidendo negativamente sul suo valore. L'art. 3, comma 1°, lett. b, n. 2 prevede, infatti, come causa di decadenza dal beneficio del termine la costituzione di un diritto di godimento d'usufrutto, d'uso, di abitazione, di superficie e il successivo n. 3 la costituzione di un diritto di servitù. Secondo quanto disposto dall'art. 2812 c.c. l'iscrizione della costituzione di una servitù, di un diritto di usufrutto, di uso o di abitazione, successivamente all'iscrizione dell'ipo-

---

<sup>(40)</sup> Lo sottolinea, AGABITINI, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 619.

<sup>(41)</sup> Lo segnalano CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili e proprietà*, p. 306; CHERTI, *op. cit.*, p. 1103; MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 103.

<sup>(42)</sup> Le singole ipotesi di decadenza dal beneficio del termine sono analizzate con completezza da MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 149 s.

teca non è opponibile al creditore ipotecario «il quale può far subastare la cosa come libera». Il creditore potrà, dunque, agire mediante l'ordinaria procedura esecutiva del bene ipotecato, ma non potrà ricorrere alla speciale procedura individuale prevista dall'art. 11 *quaterdecies*. L'art. 2812, comma 2°, c.c. prevede, infatti, che i titolari dei suddetti diritti possano soddisfare le proprie ragioni sul ricavato della vendita e tale possibilità potrà essergli garantita esclusivamente mediante il ricorso all'ordinaria procedura esecutiva. Nel caso di trascrizione della costituzione di un diritto di superficie o di enfiteusi, l'art. 1812, comma 3°, c.c. rinvia, invece, alle disposizioni relative ai terzi acquirenti e cioè all'art. 2858 c.c. il quale prevede che se il terzo «non preferisce pagare i creditori iscritti», o «rilasciare i beni stessi ovvero liberarli dalle ipoteche», «l'espropriazione segue contro di lui secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile». Il trasferimento di un diritto al terzo obbliga quindi il creditore, anche in questo caso, a ricorrere alla procedura esecutiva ordinaria dal momento che l'efficacia meramente obbligatoria del patto marciano ne impedisce l'opponibilità al terzo. Quanto agli atti che riducono significativamente il valore del bene immobile ipotecato, l'art. 3, lett. c del decreto di attuazione elenca tra le ipotesi oltre alla già citata costituzione sull'immobile ipotecato di diritti reali di garanzia in favore di terzi, la realizzazione di modifiche sull'immobile senza accordo con il finanziatore, la revoca dell'abitabilità dell'immobile per l'incuria o l'omessa manutenzione, il trasferimento ad opera di terzi della residenza nell'immobile ipotecato, l'assoggettamento dell'immobile a procedimenti conservativi o esecutivi di importo pari o superiore al venti per cento del valore dell'immobile.

Le ipotesi alternative alla morte del soggetto finanziato che giustificano la restituzione immediata della somma erogata rappresentano, secondo un'opinione diffusa, cause legali di decadenza dal beneficio del termine<sup>(43)</sup> ex art. 1186 c.c.: si tratta di circostanze estranee al rapporto obbligatorio e legate al sopravvenire di fatti esterni che incidono sulla situazione patrimoniale complessiva del debitore. La decadenza dal beneficio del termine rappresenta una forma di tutela satisfattiva di cui il creditore può avvalersi quando la gravità dell'insolvenza rende insufficienti gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, e, quindi, neces-

---

(43) Cfr., sul punto, MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 146 s.; LENZI, *Il credito per l'accesso all'abitazione*, in BUCCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di frizione e tutele giuridiche*, *Atti del convegno in onore di Gianni Galli*, Firenze 19-20 ottobre 2012, Padova, 2013, p. 309.

sario soddisfare immediatamente l'interesse del creditore<sup>(44)</sup>. Tale forma di tutela si distingue dalla risoluzione la quale presuppone un inadempimento idoneo a giustificare lo scioglimento del contratto, laddove nella decadenza a rilevare sono eventi che segnalano la compromissione della capacità del debitore di far fronte ai debiti futuri, dalla quale discende il diritto di chiedere immediatamente il pagamento di quanto dovuto. Tale differenza tende, tuttavia, a sfumare nel contratto di mutuo dato che gli obblighi previsti a carico del soggetto finanziato non riconducibili al pagamento degli interessi sono anch'essi funzionali al mantenimento della garanzia ipotecaria la quale concorre pienamente a delimitare il rischio dell'operazione per il finanziatore, rischio in funzione del quale è costruito l'equilibrio tra le prestazioni<sup>(45)</sup>. E del resto anche il risultato pratico che consegue alla decadenza dal beneficio del termine è analogo a quello che si verifica in caso di risoluzione: il mutuatario dovrà, infatti, restituire anticipatamente la somma che aveva ricevuto<sup>(46)</sup>.

Nonostante il termine fissato dal legislatore per il rimborso integrale del prestito e degli interessi coincida con la morte del soggetto finanziato è stato previsto, a partire da tale momento, un *termine per l'adempimento della prestazione* di un anno, periodo durante il quale l'erede ha l'opportunità di valutare se estinguere il debito o lasciare che la banca si soddisfi sul ricavato della vendita dell'immobile. Il comma 12° *quater* prevede, infatti, la possibilità per la banca di vendere direttamente l'immobile senza ricorrere ad una procedura esecutiva, avvalendosi, per la determinazione del prezzo, di un esperto indipendente da essa nominato: la disposizione introduce una tipizzazione del c.d. patto marciano e di essa si dirà in modo approfondito nel proseguo. La proroga di un anno rappresenta un termine dilatorio e non una proroga del termine iniziale, ragione per cui l'effetto sospensivo della mora durante l'anno decorrente dalla morte del soggetto finanziato è condizionato all'adempimento alla scadenza del termine "di tolleranza" con la conseguenza che nel caso di inadempimento gli effetti della mora decoreranno dal primo termine stabilito<sup>(47)</sup>. In alternativa alla restituzione integrale del finanziamento e degli interessi alla morte del

---

(44) Cfr., sulla decadenza dal beneficio del termine, FADDA, *sub* art. 1186, in *Comm. UTET, Delle obbligazioni, artt. 1173-1215*, Torino, 2012, p. 426 s.

(45) Cfr., sul punto, ORESTANO, *Il mutuo*, in ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti, IV. Opere e servizi*, 2, Milano, 2014, p. 668.

(46) FRIGENI, *Mancato pagamento delle rate nel mutuo fondiario e rimedi a disposizione della banca: tra risoluzione del contratto e decadenza dal beneficio del termine*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 582 s.

(47) Sulla distinzione tra proroga del termine e c.d. termine di tolleranza cfr. CAPPAL,

soggetto finanziato il comma 12° *bis* prevede inoltre la possibilità che il finanziato e il concedente concordino modalità di restituzione rateale dei soli interessi e delle spese con esclusione in tal caso della capitalizzazione annuale degli interessi. Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rimborso rateale degli interessi sono disciplinate mediante rinvio all'art. 40, comma 2°, t.u.b., il quale prevede, nel caso di ritardo limitato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno successivo alla scadenza e protrattosi per sette rate anche non consecutive o, a prescindere dal numero delle rate, nel caso di ritardo successivo ai centottanta giorni, la possibilità per la banca di chiedere la risoluzione del contratto<sup>(48)</sup>. Particolarmente significativa è, infine, la parte del comma 12° *quater* secondo cui «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile al netto delle spese sostenute»: si tratta di un'ipotesi legale di rimessione del debito. La *ratio* della disposizione è quella di garantire il soggetto finanziato da eventuali svalutazioni del mercato immobiliare o da improvvisi rialzi dei tassi di interesse, accollando alla banca il rischio del *cross-over*<sup>(49)</sup>, il rischio cioè che il valore del debito residuo maturato sia superiore al valore di vendita dell'immobile. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi eccezionale dal momento che la banca, al fine di contenere tale rischio, concederà un prestito di ammontare inferiore al valore stimato dell'immobile in modo da garantirsi contro l'eventuale decremento di valore al momento della vendita.

#### 4. *Le finalità del prestito vitalizio ipotecario.*

Sono perlomeno tre le letture che si possono dare dell'istituto in esame: la prima, apparentemente più neutrale, fa leva sulla necessità di sostenere i consumi della popolazione più anziana, tenuto conto del generale allungamento dell'aspettativa di vita, il cui reddito si va drasticamente riducendo e la cui ricchezza immobiliare tuttavia rimane costante<sup>(50)</sup> (i c.d. *house rich, cash poor*). In una prospettiva macroeconomica il prestito

---

*sub art.* 1185 c.c., in *Comm. UTET, Delle obbligazioni, artt. 1173-1215*, Torino, 2012, p. 404; CANTILLO, *Le obbligazioni*, II, Torino, 1992, p. 510 s.

<sup>(48)</sup> Cfr., ad es., FRIGENI, *Mancato pagamento delle rate nel mutuo fondiario*, cit., p. 586; SEPE, *sub art.* 40, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, p. 305; BOATTO, *sub art.* 40, in COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni, Artt. 1-69*, Torino, 2013, p. 385 s.

<sup>(49)</sup> Cfr. CERINI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 514 s.

<sup>(50)</sup> Cfr., sotto il profilo statistico, i rilievi di POPPETTI, *Il Prestito ipotecario vitalizio*, cit., p. 70 s., nonché, MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 6 s.



vitalizio avrebbe così l'effetto di riattivare i consumi contrastando la tendenziale contrazione che caratterizza l'età avanzata e in una prospettiva microeconomica consentirebbe di migliorare le condizioni di vita della popolazione meno giovane senza privarla della titolarità della propria abitazione<sup>(51)</sup>. Una seconda lettura inserisce il prestito vitalizio ipotecario nel più ampio contesto del diritto della crisi, ossia quel complesso di interventi normativi che avrebbero l'obiettivo di temperare da un lato le difficoltà di accesso al credito, come nel caso del *rent to buy* o del *leasing* immobiliare finanziario, e dall'altro di tamponare gli effetti negativi dell'inadempimento, come nel caso della disciplina del sovraindebitamento (l. n. 3/12, successivamente modificata con il d.l. n. 179/12 convertito dalla l. n. 222/12)<sup>(52)</sup>. Secondo tale prospettiva la natura eccezionale e imprevedibile della crisi richiederebbe al diritto interventi correttivi degli effetti distortivi che l'applicazione delle regole esistenti produrrebbe<sup>(53)</sup>. Una terza lettura, certamente più persuasiva, pone, invece, l'accento sul carattere endemico della crisi in un modello economico di tipo capitalistico quale effetto naturale della ristrutturazione dei processi di valorizzazione del capitale. In questa diversa prospettiva gli interventi normativi perseguono una strategia più ambiziosa della semplice risposta emergenziale agli effetti della crisi economica che è quella di ridefinire sulle basi della nuova «razionalità neoliberista»<sup>(54)</sup> le relazioni sociali e i mezzi di soddisfazione dei bisogni essenziali degli individui. In particolare, il prestito vitalizio ipotecario, al di là dell'obiettivo immediato di mantenere ad un livello soddisfacente i consumi, si candida a diventare uno strumento alternativo di politica sociale e patrimoniale progettato per far fronte all'invecchiamento della popolazione nei paesi occidentali. Lo smantellamento progressivo del sistema di protezione offerto dallo Stato sociale e la sua trasformazione in terreno di accumulazione e profitto per le imprese si accompagna all'idea che non spetta più allo Stato provvedere al mantenimento della popolazione inattiva ma è un compito demandato alla responsabilità individuale dei singoli che dovranno assumere su di sé il rischio della gestione della

---

<sup>(51)</sup> MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 10 s.; CHERTI, *op. cit.*, p. 1099; RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 939 s.

<sup>(52)</sup> Cfr., sui rapporti tra sovraindebitamento e prestito vitalizio ipotecario CERINI, *op. cit.*, p. 527 s.

<sup>(53)</sup> Cfr., ad es., CERINI, *op. cit.*, p. 512 s.; VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 270.

<sup>(54)</sup> Su tale concetto, cfr., sin d'ora DARDOT e LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2013, *passim*; FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2009, *passim*.

propria vecchiaia<sup>(55)</sup>. L'immobile diventa così una riserva di liquidità, un bene fungibile e consumabile di cui ciascuno dispone e dal quale ricavare il supplemento di entrate necessario per garantirsi quell'autonomia finanziaria che i salari e le pensioni non sono più sufficienti ad assicurare<sup>(56)</sup>. Il prestito vitalizio ipotecario testimonia perciò una strategia ben più significativa di quella che lo annovera tra gli istituti della crisi e riflette, a livello sistemico, un vero e proprio mutamento antropologico che si consuma con il passaggio dal paradigma dell'uomo "produttore" a quello che viene abitualmente definito "soggetto imprenditoriale" o "uomo indebitato". Se, infatti, l'intervento messo in campo dal capitalismo industriale attraverso l'integrazione delle originarie protezioni civili con le più sofisticate protezioni sociali, aveva come obiettivo l'inclusione del lavoratore *fordista* nel capitale, nel quadro di un ambizioso progetto di regolazione del conflitto sociale, quello attuale si indirizza verso l'unificazione delle diverse soggettività intorno alla figura dell'impresa. La trasformazione della forza-lavoro che in maniera sempre più consistente assume le forme di un "comune" autonomamente produttivo<sup>(57)</sup> e che, per le sue caratteristiche

---

(55) Cfr., ancora, sul punto, DEL VECCHIO, *Assicurare i soggetti. Sicurezza e dispositivi di governo nella modernità*, in *Filosofia politica*, 2015, p. 405 s., spec. p. 418; LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato*, cit., p. 46; v., altresì, ID., *Il governo delle diseguaglianze. Critica dell'insicurezza neoliberista*, Verona, 2013, p. 31: «Il modello di assicurazione individuale deve sostituire ovunque il modello della mutualizzazione dei rischi: non si tratta di organizzare il trasferimento dei redditi da una parte della società a un'altra, per compensare gli squilibri prodotti dal mercato, ma, al contrario, di far funzionare i meccanismi della capitalizzazione e dell'assicurazione individuale in tutti gli ambiti della vita (sanità, pensioni, formazione ecc.)»; cfr., altresì, ID., *op. cit.*, p. 33 s. Si veda pure l'interessante saggio di KESSLER, *L'avenir de la protection sociale*, in *Commentaire*, 1999, p. 619 s.

(56) Cfr. GOTMAN, *Vers la fin de la transmission?*, cit., p. 149; MASSON, *L'épargnant propriétaire face à ses vieux jours*, in *Revue française d'économie*, 2015, p. 129 s.; AGABITINI, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito*, cit., p. 605 s.; ID., *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e il mercato del credito. L'accesso al credito e il "bene casa"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 78; ID., *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 439, secondo cui «il mercato del credito [è] chiamato a rivestire una nuova e particolare funzione, essendo il ricorso ad esso sempre più spesso indotto da bisogni legati ad una serie di diritti (salute, casa, mezzi di sostentamento) un tempo garantiti dai benefici del Welfare». Si veda, a riguardo, il numero della *Rivista Retraite et société*, n. 62, 2012, intitolato «*Ressources et logement pendant la retraite: quels sont les liens?*», con vari contributi, tutti dedicati al tema in esame.

(57) Per "comune", spiega bene NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 82, si intende, secondo una delle varie accezioni che la parola sottende, «la nuova forma di ricchezza sociale riconducibile alle trasformazioni subite dal lavoro, che sempre più si caratterizza per il suo essere lavoro cognitivo e lavoro affettivo». Questo tipo di lavoro, rilevano HARDT e NEGRI, *Comune*, cit., p. 146 s. tende «a produrre cooperazione

(immaterialità, cognitività, affettività) fa a meno di qualsiasi organizzazione o mediazione esterna, sollecita il capitalismo ad una ristrutturazione complessiva dei suoi meccanismi di accumulazione. Con la promessa apparentemente emancipativa di fare di ciascun individuo un «imprenditore di sé stesso»<sup>(58)</sup> il programma neoliberista attua un processo di privatizzazione dei servizi offerti dallo Stato sociale che riduce il messaggio liberatorio originario esattamente nel suo contrario: «diventare imprenditore di sé significa limitarsi alla gestione, secondo i criteri dell'impresa e della concorrenza, della propria occupabilità, dei propri debiti, della diminuzione del proprio salario e dei propri redditi, della riduzione dei propri servizi sociali»<sup>(59)</sup>. La nuova soggettività non assume più come orizzonte il rapporto cittadino-Stato ma quello debitore-creditore, ed è la ragione per cui l'espressione "economia del debito" fotografa al meglio questa trasformazione nella quale l'essere in debito diventa «il prototipo dell'esperienza contemporanea»<sup>(60)</sup> e l'"uomo indebitato" la nuova soggettività di riferimento. Il prestito vitalizio ipotecario è emblematico di questa trasformazione nella misura in cui presuppone la trasformazione dei diritti sociali in debiti sociali, quindi in debiti privati, e ne assicura, grazie al ruolo centrale svolto dall'ipoteca, l'inserimento in un circuito di autovalorizzazione del capitale estorsivo e autoreferenziale<sup>(61)</sup>. Non meno significativa è poi la testimonianza che il prestito vitalizio offre – ma in questa sede se ne può solo accennare – di un'ulteriore trasformazione messa in campo dalla razionalità neoliberista e cioè la cancellazione di qualsiasi progettualità associata ad una visione di lungo periodo. Le conseguenze dell'assunzione del debito sulla trasmissione intergenerazionale della ricchezza, nonostante la fattispecie non privi, di per sé, il soggetto finanziato della titolarità del bene, sono tali da pregiudicare nel lungo periodo la stessa funzionalità del fenomeno successorio e di offuscarne il carattere istitutivo del diritto borghese: la possibilità degli eredi di rimanere titolari dell'immobile se non è astrattamente esclusa è, infatti, subordinata al pagamento del debito residuo e risulta quindi fortemente disincentivata.

---

in maniera autonoma dal comando capitalistico», che, anziché organizzarlo, si limita a sfruttarlo in maniera parassitaria.

<sup>(58)</sup> FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 180 s.; cfr., altresì, STIMILLI, *Debito e colpa*, Roma, 2015, p. 54 s.

<sup>(59)</sup> LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato*, cit., p. 107, ma anche pp. 24 s. e 65 s.

<sup>(60)</sup> STIMILLI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>(61)</sup> LAZZARATO, *op. cit.*, p. 116 s.

5. *La produzione di interessi anatocistici mediante capitalizzazione annuale di interessi e spese.*

Uno degli aspetti della norma più discutibili è rappresentato dalla previsione nell'art. 11 *quaterdecies* della possibilità per la banca di *capitalizzare annualmente* gli interessi dovuti. Si tratta di un'applicazione del fenomeno dell'anatocismo a lungo diffusa, specie nei contratti di conto corrente bancario, in virtù dell'indebita qualificazione degli usi bancari come usi normativi. Essa consiste nel sommare gli interessi già maturati al capitale e calcolare sulla somma così ottenuta ulteriori interessi in virtù del principio dell'autonoma esigibilità degli interessi rispetto alla somma capitale. Si tratta di un principio ricavabile dall'art. 1820 c.c. ed espressamente sancito dall'art. 1283 c.c., in deroga all'art. 1282 c.c. Non è questa la sede per dilungarsi oltremodo su un tema che ha visto giurisprudenza e legislatore contendersi la soluzione definitiva e che ha avuto una tappa importante nelle sentenze del 1999 della Cassazione<sup>(62)</sup> che hanno affermato la nullità della clausola della capitalizzazione trimestrale, dequalificando gli usi bancari a usi non normativi. Le tappe ulteriori sono sin troppo note: nel tentativo di compiere la definitiva legittimazione delle clausole anatocistiche il legislatore ha introdotto il secondo comma dell'art. 120 t.u.b., rimettendo poi al CICR la determinazione delle modalità di produzione degli interessi sugli interessi. Con Delibera del 9 febbraio 2000 il CICR ha autorizzato la produzione di interessi anatocistici limitatamente ai rapporti di conto corrente, alle operazioni di raccolta e a quelle di finanziamento con piano di rimborso rateale, sempre che tra banca e cliente intercorra apposita pattuizione e che la medesima periodicità caratterizzi tanto gli interessi passivi quanto gli interessi attivi. Nel tentativo di chiarire definitivamente la portata dell'anatocismo, superando l'orientamento liberale della Delibera del 2000 e mettendo fine alla *querelle* con la giurisprudenza, il legislatore è intervenuto nel 2013<sup>(63)</sup> con una norma

---

(62) Cfr. Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 389 s., con note di GINEVRA, *Sul divieto di anatocismo nei rapporti fra banche e clienti*; DOLMETTA e PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazione di interessi e anatocismo*; Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 167 s., con nota di FERRO LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999, n. 237, in tema di anatocismo, usi e conto corrente bancario*. L'orientamento è stato confermato nel 2004 con la Cass., sez. un., 7 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3294 s., con commenti di PALMIERI e PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia di Balek*; COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*; FERRO LUZZI, *Canone inverso. Le sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*

(63) Cfr. GRIFFO, *Interessi moratori, usura, e anatocismo: la querelle infinita*, in *Con-*

abbastanza lacunosa contenuta nell'art. 1, comma 629°, della l. 27 dicembre 2013, n. 147 che ha sostituito il secondo comma dell'art. 120 t.u.b. La norma prevede che il «CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale». Tale norma, in attesa della delibera del CICR, ha di fatto reso inoperante il principio dell'anatocismo "bancario" se non nei limiti stringenti fissati dall'art. 1283 c.c., secondo un'interpretazione avallata da alcune decisioni della giurisprudenza<sup>(64)</sup> e dell'Arbitro bancario finanziario<sup>(65)</sup>. Il divieto di capitalizzazione è assunto come principio generale anche nell'art. 3 della proposta di delibera del CICR formulata dalla Banca d'Italia nell'agosto del 2015<sup>(66)</sup> che espressamente vieta in tutte le operazioni di esercizio del credito che «gli interessi naturali maturati possono produrre ulteriori interessi» ancorché all'art. 4 si preveda per i contratti di conto corrente, a parziale smentita del principio affermato, la capitalizzazione annuale degli interessi dovuti, previa esplicita approvazione da parte del debitore entro i 60 giorni successivi alla scadenza. Per gli altri rapporti bancari non regolati in conto corrente deve, invece, ritenersi applicabile la disciplina generale prevista dall'art. 1283 c.c.

Da questo punto di vista l'art. 11 *quaterdecies*, là dove prevede l'automatica possibilità per la banca di capitalizzare annualmente gli interessi, sembrerebbe introdurre una deroga vistosa alla regola ordinaria<sup>(67)</sup> con l'effetto di aggravare fortemente la posizione finanziaria del soggetto fi-

---

tratti, 2015, p. 507 s.; CARRIÈRE, *La fine dell'anatocismo (bancario?)*, in *Contratti*, 2015, p. 1154 s.; MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della Delibera CICR 9/2/00*, in *Il Caso.it*, 2014, p. 1 s.

<sup>(64)</sup> Cfr. Trib. Milano, ord. 3 aprile 2015.

<sup>(65)</sup> Cfr. Arbitro bancario finanziario, Collegio di coordinamento, decisione dell'8 maggio 2015, n. 7854.

<sup>(66)</sup> Consultabile al sito internet [www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2015/proposta-delibera-cicr](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2015/proposta-delibera-cicr).

<sup>(67)</sup> Così CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 1102, secondo cui «la norma, eccezionale, è un'evidente deroga a quanto disposto dall'art. 1823 c.c., in materia di anatocismo e si giustifica solo in relazione alla struttura di questa tipologia di finanziamento»; RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 940; BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio*, cit., p. 4; MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 107 s.

nanziato. Anche in assenza di un rialzo dei tassi di interesse nel corso del rapporto, ipotizzando la scadenza al termine di un periodo di dieci anni, il debito, per effetto della capitalizzazione degli interessi e delle spese, ammonterà al doppio della somma erogata: analizzando un modello di finanziamento predisposto da uno dei principali istituti di credito italiani<sup>(68)</sup> si nota come a fronte di una somma erogata di 40.000 €, ad un tasso del 7 per cento, il debito maturato alla scadenza assomma a ben € 78.759. Va perciò letto come un tentativo di mitigare gli effetti della previsione o quantomeno un tentativo di ricondurre l'istituto nell'alveo della regola generale, la possibilità riconosciuta dalla riforma del 2015 di escludere la capitalizzazione annuale qualora le parti concordino un piano di rimborso rateale dei soli interessi e spese. Il ragionamento che sembra aver guidato il legislatore è dunque il seguente: data la possibilità concessa alle parti di prevedere convenzionalmente il rimborso rateale degli interessi e delle spese, la scelta di non avvalersi di tale facoltà equivale alla volontà, implicita, di escludere il pagamento alla scadenza degli interessi e di autorizzare che venga prorogata l'esigibilità di tale obbligazione e che, come contropartita, essa produca a sua volta interessi. Se, dunque, la possibilità offerta al debitore di evitare la capitalizzazione degli interessi corrispettivi e delle spese esclude una previsione imposta, ancorché conoscibile, si assiste ad un'inversione della regola generale<sup>(69)</sup> che solleva non poche perplessità: non più divieto generale con possibile deroga nei limiti stringenti previsti dall'art. 1283 c.c. ma applicazione generale con preventiva accettazione, salvo deroga pattizia. Inoltre, se è vero che il rischio per gli eredi di dover pagare gli interessi corrispettivi trova un limite nella previsione per la quale l'ammontare del debito dovuto non può mai superare il valore dell'immobile stimato al momento della conclusione del contratto di finanziamento, qualora l'ammontare del debito sia inferiore al valore dell'immobile, gli eredi subiranno gli effetti negativi della capitalizzazione ricavando dalla vendita dell'immobile meno di quanto avrebbero potuto ricavare in assenza della capitalizzazione.

---

<sup>(68)</sup> Foglio informativo, Prestito vitalizio ipotecario *Prestisenior*, Mps, aggiornato al 7 luglio 2014.

<sup>(69)</sup> Così MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 108.

6. *La deroga alla procedura di escussione della garanzia ipotecaria: il comma 12° quater e la tipizzazione del patto marciano.*

Un altro aspetto della disciplina assai delicato e sul quale conviene perciò soffermarsi riguarda la possibilità concessa all'istituto di credito di ricorrere ad una peculiare forma di esecuzione individuale «in deroga alle norme civilistiche in materia di esecuzione forzata immobiliare (regolata dagli articoli 555 e seguenti del codice di procedura civile)». L'art. 11 *quaterdecies*, comma 12° *quater* prevede infatti che il finanziatore possa vendere l'immobile senza dover attendere le lungaggini del processo esecutivo, qualora entro 12 mesi dal verificarsi della morte del soggetto finanziato il debito non sia integralmente rimborsato. Lo schema adottato non è quello dell'alienazione a scopo di garanzia con la quale le parti pattuiscono il trasferimento della proprietà al creditore in caso di inadempimento, ma quello della procura a vendere a scopo di garanzia. Tale schema rientra secondo la soluzione accreditata in dottrina<sup>(70)</sup> nella fattispecie del mandato con rappresentanza in *rem propriam* ad alienare c.d. *post mortem* perché destinato ad essere eseguito, di regola, dopo la morte del mandatario. Gli effetti si produrrebbero in capo al mandante, ormai defunto, e quindi ai suoi eredi in forza dell'ultrattività del mandato in *rem propriam* e come conseguenza della sua insensibilità rispetto all'evento, normalmente estintivo del mandato, della morte. La giurisprudenza sembra, infatti, ammettere l'ultrattività degli effetti del mandato con rappresentanza in virtù dell'applicazione diretta dell'art. 1723 c.c. sul presupposto che il mandato con rappresentanza non sia l'unione di due negozi distinti e scindibili ma una figura autonoma a sé stante alla quale si applicano tanto le norme relative alla rappresentanza, tanto quelle relative al mandato. L'inquadramento del prestito vitalizio ipotecario nel mandato con rappresentanza in *rem propriam* rappresenta, secondo alcuni commentatori, un'agevole alternativa alla fattispecie del mandato ad alienare nella quale, secondo la ricostruzione privilegiata<sup>(71)</sup>, l'efficacia traslativo-reale è destinata a prodursi non immediatamente, ma solo al verificarsi della condizione sospensiva rappresentata dall'alienazione del bene dal mandante al mandatario, ancorché tale alienazione sia di natura esclusivamente strumentale. La possibilità di disporre anticipatamente del proprio patri-

---

<sup>(70)</sup> BULGARELLI, *op. cit.*, p. 10; MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 179 s. Cfr., altresì, LEO, *Mandato in "rem propriam" eseguito dopo la morte del mandante*, commento a Cass. 23 aprile 2011, n. 5981, in *Notariato*, 2002, p. 254 s.

<sup>(71)</sup> Cfr. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, Torino, 2007, p. 475.

monio per il tempo in cui il debitore avrà cessato di vivere rappresenterebbe, secondo un'opinione diffusa, un'eccezione al divieto legale dell'art. 458 c.c., «confermando la tendenza del legislatore degli ultimi anni di ampliare gli spazi riservati all'autonomia privata nell'ambito dei negozi *post mortem*»<sup>(72)</sup>. È stato, peraltro, fatto notare da alcuni commentatori come la fattispecie, in realtà, non realizza una deroga al divieto dei patti successori dal momento che la specifica finalità della norma non è quella di «costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta», ma esclusivamente quella di finanziamento, sicché gli effetti dispositivi *post mortem*, pur presenti, sarebbero del tutto eventuali, un mero riflesso indiretto dello scopo primario avuto di mira dalle parti<sup>(73)</sup>.

La norma deroga, invece, sicuramente e in maniera abbastanza vistosa all'art. 2744 c.c. che, come è noto, sancisce la nullità del patto con cui debitore e creditore convengono che in caso di inadempimento dell'obbligazione entro il termine pattuito la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno sia trasferita in proprietà a quest'ultimo. La norma sul prestito vitalizio rappresenta il segnale di un'inversione di tendenza rispetto all'orientamento restrittivo consolidatosi negli anni sul divieto del patto commissorio<sup>(74)</sup>, sul presupposto che l'esercizio dell'autonomia privata in materia di garanzie reali nascondesse sovente un intento di sopraffazione del creditore nei riguardi del debitore<sup>(75)</sup>. Il principio ha avuto perciò un'applicazione assai estensiva che ha valorizzato, al di là dello schema tipico, la

---

<sup>(72)</sup> FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 5; PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. notariato*, 2008, p. 1024 s., afferma che «L'ultimo confine al divieto dei patti successori è segnato dal cosiddetto "prestito vitalizio ipotecario" (...) Questa regola, insegna, allora, che sono leciti rapporti contrattuali dove l'obbligazione principale gravante su una parte può divenire esigibile nel momento della morte di quella stessa parte».

<sup>(73)</sup> MANNELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 186.

<sup>(74)</sup> Cfr., sul punto, AGABITINI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 119 s.

<sup>(75)</sup> Cfr., a riguardo, PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in questa *Rivista*, 2015, p. 181 s., il quale raggruppa una serie di sentenze all'insegna di una serie di principi così riassumibili: «è irragionevole disporre in funzione di garanzia»; «la presunzione di coercizione del debitore alienante per via commissoria è assoluta»; il valore protetto dall'art. 2744 c.c. «si radica nell'interesse sociale ad evitare il diffusivo confezionarsi di garanzie reali atipiche»; la clausola di stima contenuta nella convenzione marciata «scaccia il pericolo di abuso sinallagmatico ma è inefficiente rispetto all'illibertà di una vicenda traslativa *irreversibile*». L'A. pone, quindi, un interrogativo: «la lettura funzionalista dell'art. 2744 (...) si è fatta viepiù radicale arricchendosi di una *ratio* maggiormente sofisticata, la tutela della libertà morale del debitore, donde il riaccreditarsi dell'idea di un divieto generale, del sistema italiano, di



funzione di garanzia del negozio di alienazione a prescindere dalla presenza di garanzie reali tipiche e dal momento in cui si fosse perfezionato l'effetto traslativo<sup>(76)</sup>. La novità introdotta dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario non è isolata e si inserisce nel solco di interventi analoghi volti a rendere il diritto delle garanzie più adatto alle esigenze degli operatori economici<sup>(77)</sup>, tenuto conto anche delle lungaggini che, specie in Italia, affliggono il processo civile. Si fa riferimento all'art. 6, comma 2°, d.lgs. n. 170/04 il quale dispone che «ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine non si applica l'articolo 2744 del codice civile»; nonché alla recente riforma dei muti ipotecari. L'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3°, t.u.b., in tema di mutui immobiliari ai consumatori, introdotto dall'art. 1 d.lgs. n. 72/16, in attuazione della Dir. 2014/17/UE, accoglie la possibilità concessa agli Stati dall'art. 28<sup>(78)</sup> della direttiva di prevedere che «il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale [sia] sufficiente a rimborsare il credito». L'art. 120 *quinquiesdecies* attribuisce, infatti, alle parti la possibilità di pattuire espressamente, al momento della conclusione del contratto, che il bene ipotecato passi in proprietà della banca in caso di inadempimento (pari a 18 rate mensili, come specificato dal comma 4). A tutela del finanziato è, tuttavia, previsto che il valore del debito residuo non possa oltrepassare il valore dell'immobile, e che, nel caso in cui questo superi l'ammontare del debito, al finanziato venga restituita l'eccedenza. Ancora più di recente l'art. 2 d.l. n. 59/16, di prossima conversione, ha apportato una rilevante modifica al t.u.b., introducendo l'art. 48 *bis*, rubricato “*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*”: si tratta di un'ulteriore tipizzazione del c.d. patto marciano. La nuova disposizione prevede, infatti, che il contratto di credito stipulato tra la banca e l'imprenditore possa essere

---

negozi ad effetti reali con causa di garanzia, divieto corazzato da una nullità testuale, dissociata dalla compresenza di un effettivo pregiudizio per il debitore?».

<sup>(76)</sup> Cfr., proprio in tema di illiceità della procura a vendere con funzione di garanzia, Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, p. 568 s., con commento di ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, p. 570 s.

<sup>(77)</sup> CERINI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 509 afferma che «tanto la costituzione quanto l'escussione soddisfattiva della garanzia ipotecaria sono operazioni dei costi transattivi nettamente antitetici rispetto all'esigenza di immediatezza ed efficienza che governa il mondo delle garanzie del credito».

<sup>(78)</sup> Cfr., per un inquadramento generale, RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, p. 70 s.

garantito dal trasferimento, sospensivamente condizionato all'inadempimento, in favore dell'istituto di credito, della proprietà di un immobile del finanziato o di un terzo. Nel caso in cui, a seguito della stima del bene da parte del perito, risulti che il valore dell'immobile sia superiore all'ammontare del debito è espressamente previsto che al debitore sia restituita la differenza. Le innovazioni sul piano normativo si inseriscono all'interno di un *trend* che anche a livello giurisprudenziale tende ad individuare la *ratio*<sup>(79)</sup> del divieto di cui all'art. 2744 c.c. non tanto nella «tutela della libertà morale del debitore» quanto nel rischio di una sproporzione tra il valore del bene e l'importo del credito. Il rischio è, infatti, che la debolezza economica di chi cerca un finanziamento renda assai probabile che egli accetti di perdere in futuro la proprietà di un bene di grande valore pur di ricevere un prestito immediato<sup>(80)</sup>. Il disvalore del patto commissorio, come ha di recente argomentato la Cassazione, dipende dalla sua attitudine a produrre effetti contrari all'ordinamento e che consistono non già in una garanzia, bensì «in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore»<sup>(81)</sup>. Ne deriva quindi la piena ammissibilità della fattispecie generale del patto marciano con cui si conviene che in caso di inadempimento il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore con l'obbligo per il creditore di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'importo del debito inadempito. In questo caso, infatti, non solo viene meno quello squilibrio tra l'ammontare del debito e il valore del credito che viene sanzionato con il divieto del patto commissorio, ma si avrebbe addirittura una maggiore tutela per il debitore garantito rispetto al ricorso alla procedura esecutiva. A seguito della riforma<sup>(82)</sup> del 2006 sulle garanzie ipotecarie, il patto marciano riceve esplicito riconoscimento anche nell'ordinamento francese<sup>(83)</sup> con la previsione della possibilità per il creditore, in caso di inadempimento, di giovare di un patto commissorio precedentemente stipulato (artt. da 2458 a 2460 cod. civ. francese), purché in caso di sproporzione tra il valore del credito e quello dell'immobile, l'eventuale differenza venga versata al de-

---

(79) Cfr. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823 s.

(80) Così DE MENECH, *op. cit.*, p. 827.

(81) Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *pluriscdam.it*. Cfr., sul punto, PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 188.

(82) VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., *passim*. L'esigenza di una riforma delle garanzie, specificamente di quelle mobiliari, è stata avvertita anche in Italia: cfr., sul punto, AGABITINI, *Debito sovrano ed accesso al credito*, cit., p. 417 s.

(83) Cfr. VARI, *op. cit.*, p. 270 s.

bitore. Tale possibilità è contemplata anche nel prestito vitalizio ipotecario all'art. L. 314-3 del *Code de la Consommation*, il quale introduce, peraltro, un'eccezione alla regola generale che prevede, nel caso in cui il bene ipotecato sia la residenza principale del debitore, l'esclusivo ricorso all'esecuzione immobiliare. Sulla scia del legislatore francese anche l'art. 11 *quaterdecies*, comma 12° *quater*, stabilisce che, a seguito dell'alienazione da parte del creditore del bene, «le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato, o ai suoi aventi causa».

Affinché tale pattuizione sia valida, secondo l'orientamento prevalente è necessario prevedere un procedimento di stima del bene al tempo dell'inadempimento e che siano predeterminate le modalità che assicurino una valutazione imparziale del bene o attraverso il ricorso a parametri oggettivi preventivamente convenuti, ovvero attraverso l'affidamento dell'incarico ad un terzo soggetto imparziale. Il requisito dell'imparzialità del perito incaricato della stima del bene sarebbe soddisfatto quando la scelta promani almeno formalmente da entrambi le parti, soluzione che consentirebbe anche l'applicazione della disciplina propria dell'arbitraggio e in particolare della possibilità di impugnare la determinazione del valore per manifesta iniquità od erroneità *ex art.* 1349 c.c. Nel caso in cui, tuttavia, la determinazione del terzo è funzionale ad accertamenti di natura tecnica e non discrezionale sarebbe più corretto parlare di perizia contrattuale, ancorché la dottrina maggioritaria<sup>(84)</sup>, a differenza della giurisprudenza che insiste nel ricondurre la figura ad un *tertium genus*, nega alla figura un'autentica autonomia sul piano strutturale, riconducendola ora nell'arbitrato irrituale ora nell'arbitraggio. Ciò comporta la possibilità di riferire anche alla perizia i rimedi previsti per l'arbitraggio con l'unica precauzione di tenere nella dovuta considerazione la natura tecnica delle modalità di valutazione adottate, in modo da adattare la manifesta erroneità o iniquità della decisione alle regole di carattere tecnico su cui si fonda tale valutazione<sup>(85)</sup>. È lecito allora nutrire più di qualche perplessità sulla scelta del legislatore di affidare la nomina dell'esperto al finanziatore, cioè a una sola delle parti, tenuto conto che sia il disegno di legge del 2007, sia la prassi formatasi sotto il vigore della previgente disciplina affidavano la nomina ad

---

<sup>(84)</sup> GITTI, *Problemi dell'oggetto, La determinazione del terzo*, in VETTORI (a cura di), *Regolamento*, in ROPPO (diretto da) *Trattato del contratto*, II, Milano, 2006, p. 38 s.

<sup>(85)</sup> ID., *ivi*, p. 39; contra GABRIELLI, *sub art.* 1349, in *Comm. UTET, Artt. 1321-1349*, 2011, p. 817 s. Fa espresso riferimento all'art. 1349 c.c. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *pluriscedadam.it*; cfr., a riguardo, DE MENECH, *Il patto marciano*, cit., p. 838 s.

un terzo, il Presidente del Tribunale del luogo in cui è situato l'immobile. La soluzione adottata per il prestito vitalizio ipotecario suscita perplessità ancora maggiori alla luce delle recenti disposizioni in materia di mutui ipotecari e conferma il disagio dell'interprete di fronte al susseguirsi di interventi disorganici che, in mancanza di un approccio sistematico, finiscono per creare disparità di disciplina difficilmente giustificabili. A differenza, infatti, di quanto previsto dall'art. 11 *quaterdecies*, comma 12° *quater*, in materia di prestito vitalizio ipotecario da un lato, la nuova disposizione dell'art. 48 *bis* t.u.b. (in particolare il comma 6°) in tema di credito immobiliare ai consumatori affida al Presidente del tribunale la scelta del perito e dall'altro, la previsione dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4°, lett. *d*, t.u.b. in tema di finanziamenti ipotecari alle imprese, rimette la nomina del perito all'accordo tra le parti e, solo in mancanza di un accordo, al Presidente del tribunale. La stessa disciplina francese del *prêt viager hypothécaire* all'art. L. 314-13 prevede che la stima del bene sia fatta quantomeno «*par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur*». Il legislatore italiano ha invece ritenuto sufficiente, in luogo della scelta condivisa o della nomina da parte del Presidente del tribunale, il requisito dell'indipendenza del terzo senza neppure chiarire i contenuti di tale requisito. Un'indicazione la si ricava, tuttavia, dalle *Linee guida per gli immobili in garanzia delle esposizioni creditizie* del 15 dicembre 2015, redatte in esecuzione della circolare della Banca d'Italia n. 263/06 sulla base del Reg. UE n. 575/2013. Al punto R. 2. 3, concernente la definizione di perito, le *Linee guida* confermano che «Il perito può essere un dipendente della banca o esterno alla stessa fermo restando il rispetto di tutti i requisiti del presente codice di condotta R.2.», in grado di assicurarne l'indipendenza. Il rischio è che, per come congegnata, la norma sacrifichi l'interesse all'indipendenza del perito e lasci prevalere l'esigenza della banca di soddisfarsi celermente sul bene ipotecato a discapito dell'interesse del debitore a vendere l'immobile al prezzo più alto possibile. Tale sensazione trova ulteriore conferma nella previsione secondo cui in caso di mancata alienazione il prezzo di vendita è decurtato automaticamente del 15 per cento per ogni anno successivo, a prescindere da qualsiasi deprezzamento reale dell'immobile. La disposizione compromette seriamente l'equilibrio tra il valore del bene ipotecato e il valore del debito che è alla base della legittimità del patto marciano, essendo concreto il rischio che, in tal modo, all'esito dell'operazione non residui nessun valore da restituire agli eredi del finanziato. Oltretutto la riduzione automatica sembra contrastare con l'indicazione che si ricava dalle *Linee guida per la valutazione degli immobili* che, invece, ancorano la stima dell'immobile al

valore di mercato ed escludono che ai fini della determinazione del prezzo possano invece influire necessità soggettive di vendere o acquistare. Va allora considerato un correttivo in favore degli eredi la possibilità<sup>(86)</sup> che gli viene concessa di provvedere direttamente alla vendita dell'immobile; se è questa la *ratio* della norma si dovrebbe, allora, ritenere tale vendita "concordata" come alternativa alla sola procedura di riduzione progressiva del prezzo ma pur sempre ancorata alla determinazione del valore di mercato fatta dal perito. Qualora, invece, si volesse rintracciare la *ratio* della disposizione nella necessità di salvaguardare l'intangibilità del patrimonio ereditario, nell'ipotesi in cui uno degli eredi fosse interessato all'acquisto esclusivo dell'immobile si dovrebbe ritenere tale modalità integralmente alternativa a quella posta in essere dal finanziatore.

Particolarmente di favore<sup>(87)</sup>, per il terzo acquirente, ma non meno per il soggetto finanziato dato l'incentivo all'acquisto che essa determina, è, infine, la previsione del comma 12° *quater* che prevede l'inopponibilità al terzo delle domande giudiziali di cui all'art. 2652, comma 1°, nn. 7) e 8) c.c., trascritte successivamente all'acquisto. Si tratta di domande con cui si contesta il fondamento degli acquisti *mortis causa* e che, in virtù della c.d. retroattività reale, sono tali da pregiudicare i diritti dei terzi anche nel caso in cui essi abbiano trascritto il titolo del loro acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda. L'art. 2652, n. 7) c.c. prevede, a tutela della stabilità dell'acquisto, l'inopponibilità degli effetti della domanda giudiziale contro l'erede apparente o il legatario apparente, se trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* da parte del terzo in buona fede. Ciò a prescindere dal requisito dell'apparenza<sup>(88)</sup> richiesto, invece, dall'art. 534 c.c., ancorché sia necessario, secondo una parte della dottrina<sup>(89)</sup>, pur nel silenzio della norma, che l'acquisto del terzo sia anteriore a quella dell'erede o del vero legatario. Il comma 12° *quater*,

---

<sup>(86)</sup> Cfr., sulla natura giuridica dell'incarico conferito agli eredi di vendere l'immobile, BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio*, cit., p. 12 s.

<sup>(87)</sup> Così si esprimono CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 1106; RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 944 s.

<sup>(88)</sup> Cfr., sul punto, ORESTANO, *Le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte*, in GABRIELLI e GAZZONI (a cura di), *Trattato della trascrizione*, II, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Torino, 2014, p. 191.

<sup>(89)</sup> Cfr. ID., *ivi*, p. 192; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 541; DEL BENE, *Acquisti mortis causa, trascrizione e apparenza*, Milano, 199, p. 136 s.; FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951, p. 173; contra MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 298 s.; TRIOLA, *La trascrizione*, in *Tratt. Bessone, Della tutela dei diritti*, Torino, 2012, p. 274 s.

derogando all'art. 2652 c.c. in senso più favorevole al terzo acquirente, dispone un'anticipazione della tutela a far data dalla trascrizione dell'acquisto prevedendo l'inopponibilità immediata della domanda, purché la trascrizione dell'acquisto sia anteriore alla trascrizione della domanda. Il medesimo effetto di rendere immediatamente inopponibile al terzo che abbia trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale è previsto anche per la sentenza che accoglie le domande di riduzione delle disposizioni lesive della legittima proposte contro il beneficiario, e quindi potenzialmente pregiudizievoli del terzo che da questi abbia acquistato l'immobile. La norma deroga all'art. 2652, comma 1°, n. 8) c.c. che, com'è noto, dispone, per gli acquisti a titolo oneroso dei beni immobili, ulteriormente rispetto a quanto previsto dall'art. 563 c.c., l'inopponibilità delle domande di riduzione trascritte (e non proposte, come invece previsto dall'art. 563 c.c.) dopo il termine decadenziale di dieci anni dall'apertura della successione, a prescindere dalla buona fede del terzo che acquista<sup>(90)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> Cfr. GAZZONI, *Le domande di riduzione e di restituzione*, in *Trattato della trascrizione* cit., 199 s., il quale valuta negativamente l'eccessiva lunghezza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione sia, di conseguenza, di quello di decadenza previsto dall'art. 2652, n. 8). La deroga prevista dal comma 12° *quater* rischia, tuttavia, di sollevare un problema di incostituzionalità per disparità di trattamento rispetto agli altri terzi acquirenti estranei alla vicenda del prestito vitalizio ipotecario. Perplexità esprime, BULGARELLI, *op. cit.*, p. 20, il quale ritiene che non sussista «alcuno speciale motivo che possa far ritenere prevalenti, per il prestito vitalizio ipotecario, gli interessi del finanziatore e dell'acquirente dell'immobile rispetto a quelli degli aventi diritto ad una quota di riserva dell'asse ereditario che di fatto vedono compromesso il termine decennale concesso per tutelare i loro diritti successori, sino a renderne eccessivamente difficile, se non impossibile, l'esercizio».