

## Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario\*

Giuseppe Settanni, Manuela Ruggi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Reverse mortgage, prêt viager hypothécaire e hipoteca inversa*: l'esperienza degli altri ordinamenti. – 3. Breve storia delle vicissitudini del prestito vitalizio ipotecario nell'ordinamento italiano. – 4. Prime analisi (e primi problemi) del prestito vitalizio ipotecario: oggetto, causa, forma, struttura. – 5. Figure affini: il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto. Somiglianze e differenze. – 6. Prestito vitalizio ipotecario, divieto di patto commissorio, patto marciano: nuove prospettive. – 7. Ulteriori problematiche connesse al prestito vitalizio ipotecario. – 8. La problematica delle trattative precontrattuali e del rimborso delle spese sostenute: una deroga ai principi generali dell'ordinamento. – 9. Aspetti peculiari relativi alla polizza assicurativa sull'immobile: tra obbligatorietà e libertà di scelta del cliente. – 10. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Soprattutto in tempi di crisi (come quelli che stiamo vivendo), la popolazione vede spesso come rifugio certo e unica ancora di salvezza il proprio patrimonio immobiliare. Per tale ragione, pur essendo stato quasi ignorato per molto tempo, il tema dell'utilizzo razionale della ricchezza immobilizzata nella propria abitazione in realtà ha una fondamentale rilevanza sia dal punto di vista sociale che da quello macroeconomico (e, di conseguenza, anche da quello giuridico).

Di fatto, per decenni non si è data importanza a quella domanda, in massima parte proveniente dalla parte più anziana della popolazione, di poter usufruire di strumenti utili a rendere liquida una parte (se non la totalità) della ricchezza accumulata nell'immobile di abitazione conservando tuttavia il diritto ad abitarvi fino al termine della vita. Non si è tenuto conto, in altre parole, che l'al-

\* Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune degli autori.

lungamento della durata media di vita si associa ad un rischio sempre più elevato di trascorrere una parte della vita (l'ultima, nello specifico) in condizioni di non autosufficienza, che l'eccessiva concentrazione della ricchezza sulla componente immobiliare può giustificare la volontà di diversificare maggiormente il proprio patrimonio, e così via.

Gli strumenti esistenti nel nostro ordinamento per ovviare alle suddette problematiche – come la vendita della nuda proprietà – sono risultati piuttosto antiquati e di fatto non sono riusciti a rispondere alle nuove esigenze della popolazione. Per tale ragione, il legislatore ha pensato di introdurre nel nostro ordinamento lo strumento del prestito vitalizio ipotecario, sulla base delle esperienze già testate in altri Paesi.

## 2. Reverse mortgage, prêt viager hypothécaire e hipoteca inversa: *l'esperienza degli altri ordinamenti*

Il prestito vitalizio ipotecario trae ispirazione da istituti già ampiamente conosciuti e utilizzati all'estero come il *reverse mortgage* negli ordinamenti di *common law* o il *prêt viager hypothécaire* in Francia<sup>1</sup>.

Negli Stati Uniti, già da diversi decenni sono attivi alcuni programmi di *reverse mortgage*: in termini generali, il *reverse mortgage* – come utilizzato negli Stati Uniti – consente a un individuo anziano di convertire in liquidità tutta o una parte della propria ricchezza finanziaria accumulata nella casa di cui possiede la piena proprietà e che utilizza come residenza principale. Il pagamento può essere ottenuto in un'unica soluzione anticipata (*lump sum*), attraverso versamenti periodici regolari fino alla morte dell'individuo (*tenure*) o fino al raggiungimento di un termine concordato (*term*), con l'apertura di una linea di credito o utilizzando una combinazione delle precedenti modalità. Commissioni, spese e interessi maturati sono, infine, rimborsati al termine dell'operazione, ovvero alla morte del debitore o al momento del suo trasferimento. A garanzia degli eredi, il valore del debito non potrà comunque mai eccedere il valore di mercato dell'immobile.

Quanto al Regno Unito, invece, i cc.dd. *home equity release schemes* permettono di rendere liquida la ricchezza detenuta nella casa di abitazione. Ne esistono di due tipologie, ovvero i *lifetime mortgages* e i piani di *home reversion*. Il *lifetime mortgage* rappresenta l'equivalente del *reverse mortgage* americano; esso permette all'anziano proprietario di ricevere un corrispettivo monetario a fronte dell'accen-

---

<sup>1</sup> Per alcuni cenni comparatistici, si veda G. Settanni, *Equity Release, Reverse Mortgage and Home Equity Conversion: Perspectives in Different Law Systems and Questions for Harmonization at EU Level*, in *European Business Law Review*, 2017, 731 ss.

sione di una garanzia ipotecaria sull'immobile da parte di un'istituzione finanziaria. L'anziano conserva la proprietà dell'abitazione e la possibilità di continuare a viverci per tutta la durata della sua vita. Il prestito può essere erogato in un'unica soluzione anticipata, in forma di rendita vitalizia oppure attraverso prelievi di ammontare libero nei limiti di un tetto complessivo (*drawdown*). In ogni caso quota capitale e interessi maturati verranno rimborsati utilizzando quanto ricavato dalla vendita dell'immobile alla morte dell'anziano o al momento del suo trasferimento permanente in altra residenza.

I piani di *home reversion* consentono invece a un anziano la vendita di tutta oppure di parte dell'abitazione in cambio di un corrispettivo in contanti in un'unica soluzione oppure di pagamenti periodici regolari. In questo caso, non c'è emissione di debito ma un trasferimento di proprietà. Inoltre, l'anziano ottiene il diritto di rimanere nella propria casa fino alla morte senza dover pagare alcun affitto. Al termine del piano, ovvero alla morte del cliente o al suo trasferimento permanente presso una struttura di cura, l'immobile viene venduto e il ricavato della vendita è utilizzato per rimborsare all'istituzione finanziaria il valore della quota posseduta.

In Francia, il corrispondente del nostro prestito vitalizio ipotecario – ovvero il c.d. *prêt viager hypothécaire* – è disciplinato dagli artt. L314-1 - 314-20 del titolo I (*Crédit*) del libro III (*Endettement*) del *Code de la consommation*. Esso è il contratto con cui un istituto di credito o finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso – capitale e interessi – non potrà essere riscosso che al momento della morte del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia.

Il *prêt viager hypothécaire*<sup>2</sup> può essere concesso solo per garantire il finanziamento delle esigenze di una persona fisica (resta quindi esclusa ogni finalità legata all'esercizio della propria attività professionale). Inoltre, il debitore ha l'obbligo legale di curare la manutenzione dell'immobile (secondo i canoni della ragionevolezza); egli può decadere dal beneficio del termine se con la sua condotta ha determinato una riduzione del valore della garanzia (ad esempio, qualora non consenta al creditore di accedere all'immobile per accertare il buono stato del bene oppure nel caso in cui ne alteri la sua destinazione).

---

<sup>2</sup> Per un inquadramento della disciplina francese dell'istituto, M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Reccueil Dalloz*, 2006, 1294 ss.; J. Ogg, *Le prêt viager hypothécaire*, in *Retraite et société*, 2012, 167 ss.

L'*hipoteca inversa*, infine, è il corrispondente spagnolo del prestito vitalizio ipotecario; essa è stata introdotta con la *Ley* 7 dicembre 2007, n. 41<sup>3</sup>. Tale istituto può essere definito come un contratto di prestito garantito da ipoteca, in virtù del quale il proprietario dell'immobile oggetto di garanzia riceve da un istituto di credito una rendita (periodica o *una tantum*) determinata da vari fattori, e alla sua morte gli eredi faranno fronte al pagamento del debito o l'ente creditizio procederà ad escutere la garanzia.

In tale istituto, il credito deve essere garantito da ipoteca su un bene immobile che rappresenti la residenza abituale del richiedente. Inoltre, sono necessari ulteriori requisiti, ovvero che il richiedente (e i beneficiari che questi può designare) sia una persona di età uguale a (o maggiore di) 65 anni o sia affetto da grave dipendenza, e che disponga dell'importo del credito mediante erogazione periodica o unica. Ancora, il rimborso deve essere esigibile unicamente dal creditore e la garanzia può essere escussa solo nel momento in cui muore il mutuatario o, se così è convenuto nel contratto, quando morirà l'ultimo dei beneficiari. Infine, l'abitazione ipotecata deve essere un bene tassabile e assicurato contro i danni secondo i termini stabiliti dalla legge spagnola.

Come si può osservare da questo breve *excursus* comparatistico, gli esempi non mancano nel panorama internazionale. Ed è in questa situazione che si è mosso il legislatore italiano con il prestito vitalizio ipotecario.

### 3. *Breve storia delle vicissitudini del prestito vitalizio ipotecario nell'ordinamento italiano*

Il prestito vitalizio ipotecario, in realtà, è uno strumento di non recentissima introduzione nel nostro ordinamento, in quanto esistente fin dal 2005: esso ha infatti visto la luce nel sistema italiano con l'emanazione dell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248. La normativa all'epoca emanata stabiliva che esso avesse ad oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine (con capitalizzazione annuale di interessi e spese e rimborso integrale in uni-

---

<sup>3</sup> In proposito, si può fare riferimento a H. Alvarez Alvarez, *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Valladolid, 2009, e a H.S. Moreno, *La hipoteca inversa en la Ley 41/2007 del mercat hipotecari*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2009, Vol. 10, 45 ss.

ca soluzione alla scadenza) assistiti da ipoteca<sup>4</sup> di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni compiuti<sup>5</sup>.

In circa dieci anni, tuttavia, questo strumento non ha trovato quel *favor* del mercato che il legislatore auspicava<sup>6</sup>. La normativa originaria non è stata quindi sufficiente a promuovere l'avvio e il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto<sup>7</sup>. Nel 2015, pertanto, con l'emanazione

---

<sup>4</sup> In tema di ipoteca: A. Ettore, *La pubblicità immobiliare e i servizi ipotecari. Norme, procedimenti e servizi*, Milano, 2011; A. Chianale, *I diritti reali. Vol. 6: l'ipoteca*, Torino, 2010; S. Cervelli, G. Capozzi, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2009; B. Cusato, *L'ipoteca*, Padova, 2007; A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, Milano, 2006; S. Merz, P. Sguotti, *Manuale pratico dell'ipoteca, delle prelazioni e delle garanzie. Ipoteca, pegno, fideiussione*, Padova, 2005; A. Chianale, *L'ipoteca*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005; V. Boero, *Le ipoteche*, Torino, 1999.

<sup>5</sup> L'istituto delineato consisteva, nella sostanza, in una forma di finanziamento garantito da una proprietà immobiliare residenziale, che consentiva al proprietario di convertire parte del valore dell'immobile in contanti al fine di soddisfare esigenze di liquidità, senza che lo stesso fosse tenuto a lasciare l'abitazione ovvero a ripagare il capitale e gli interessi sul prestito fino alla scadenza del contratto. Questo prodotto è nato per dare aiuto a pensionati con pensioni modeste e quindi anche per evitare di ricorrere, per necessità, alla vendita della nuda proprietà che spoglia totalmente gli eredi del patrimonio della casa. Detto altrimenti, la principale ragione giustificatrice della norma era (e tale è rimasta anche a seguito della recente normativa) quella di agevolare il ricorso al credito da parte di persone anziane le quali, pur disponendo della casa di abitazione, sono sprovviste di sufficiente liquidità per far fronte alle proprie esigenze di vita, consentendo loro di contrarre un mutuo, garantito da ipoteca, offrendo uno strumento alternativo per procurarsi liquidità rispetto a quello, diffuso nella prassi, della vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto. Il prestito ipotecario vitalizio ha evidentemente la finalità di smobilizzare il valore della proprietà fondiaria e può rispondere al soddisfacimento di esigenze diverse da parte della clientela che, per semplicità di analisi, possono essere sintetizzate in tre macro-categorie: (a) la necessità di integrare il proprio reddito ovvero di avere immediate disponibilità economiche; (b) l'opportunità di migliorare il tenore di vita, attraverso il soddisfacimento di esigenze di consumo che comportano spese anche rilevanti; (c) l'esigenza di avere disponibilità liquide a supporto del nucleo familiare. Esso prendeva spunto da figure simili presenti in molti ordinamenti stranieri.

<sup>6</sup> Ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, si segnala la brevità e la lacunosità del dettato normativo, che ha fatto sorgere incertezze tanto sui potenziali erogatori dello strumento quanto sui possibili utilizzatori finali. La normativa originaria, infatti, più che disciplinare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, si limitava ad una sua mera descrizione, priva di alcuna disposizione operativa. Nel 2005, infatti, il legislatore si è limitato ad indicare che l'accezione "prestito ipotecario vitalizio" definisce un prestito che: (i) può essere concesso da banche o intermediari finanziari iscritti all'elenco generale ex art. 106 del Testo Unico Bancario, (ii) è riservato a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni; (iii) consiste in un finanziamento a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale degli interessi e spese, assistito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali; (iv) prevede il rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza (che dovrebbe coincidere, anche se la legge non lo precisa, con la data del decesso del mutuatario, considerata la sua natura di prestito vitalizio). Si veda in proposito ABI, A.S. n. 1564 – Modifica all'art. 11-*quaterdecies* del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, in materia di disciplina del Prestito Ipotecario Vitalizio, 6 novembre 2014. Si veda in proposito C. Pacella, U. Filotto, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del mutuo al contrario per over 60*, Milano, 2016, 20 ss.

<sup>7</sup> Anche l'infelice collocazione della – peraltro scarna – normativa all'interno di una legge e di articoli dedicati a tutt'altro già preludeva a un insuccesso. Infatti, l'obiettivo di rendere disponibile agli anziani almeno una parte del capitale immobilizzato della propria casa senza perderne la proprietà (lasciando comunque agli eredi il cospite anche se gravato dal debito) non è stato centrato, nonostante fosse già allora facilmente intuibile che si sarebbe trattato di uno strumento rispondente ad una esigenza prospetticamente impellente. Il provvedimento non è stato sufficiente a promuovere l'avvio e il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto in considerazione dell'incertezza e dell'assenza di alcune disposizioni operative quali ad esempio: (i) gli eventi di estinzione del finanziamento (ii); le procedure di vendita e/o valutazione

dell'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia, chiarendo alcuni aspetti oscuri e fornendo ulteriori precisazioni sulla figura del prestito vitalizio ipotecario, nella speranza che esso potesse essere utile per il mercato<sup>8</sup>.

In sintesi, nella sua disciplina attuale, il prestito vitalizio ipotecario<sup>9</sup> è una forma di finanziamento a medio e lungo termine erogabile da istituti di credito e intermediari finanziari che prevede la capitalizzazione annuale di interessi e spese e la concessione in garanzia di ipoteca di primo grado su un (solo) immobile residenziale. Esso è destinato alle persone fisiche che abbiano compiuto i sessanta anni di età. Il rimborso viene previsto dal legislatore in maniera integrale al verificarsi di un evento determinato (morte del soggetto finanziato, trasferimento della proprietà o di altri diritti reali di godimento sull'immobile, compimento di atti che riducano significativamente il valore dell'immobile) o, se concordato tra le parti, con una restituzione rateizzata anticipata di interessi e spese. Dal punto di vista fiscale, esso gode dell'imposta sostitutiva agevolata dello 0,25%<sup>10</sup>.

dell'immobile a garanzia del rimborso del prestito; (iii) il regime fiscale applicabile; (iv) le modalità di collocamento del prodotto.

<sup>8</sup> Anche sulla base di quanto indicato nel Protocollo d'intesa siglato tra l'ABI - Associazione Bancaria Italiana e le Associazioni dei Consumatori e degli Utenti in data 27 giugno 2014, contenente i Principi per l'offerta del prestito ipotecario vitalizio.

<sup>9</sup> In materia di prestito vitalizio ipotecario (come da ultimo riformato), la dottrina è già piuttosto cospicua. Si segnalano tra gli altri C. Dore, *Il prestito vitalizio ipotecario. Nell'orizzonte della nuova tutela del credito*, Cagliari, 2019; D. Russo, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Studium iuris*, 2018, 297 ss.; V. Ivone, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in *Contr. impr.*, 2018, 383 ss.; G. Rocco, *Previdenza complementare: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 2270 ss.; M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017; P. Murro, *Il ruolo del prestito ipotecario vitalizio nell'ambito della previdenza integrativa*, Bari, 2017; R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 1736 ss.; M. Tatarano, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Trusts*, 2017, 252 ss.; A. Addante, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 497 ss.; A. Fusaro, *Il prestito vitalizio ipotecario in funzione comparatistica*, in *Notariato*, 2017, 114 ss.; R. Lenzi, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciando di diritto comune*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 319 ss.; C. Pacella, U. Filotto, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del mutuo al contrario per over 60*, cit.; G.O. Mannella, G.C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Assago, 2016; A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 717 ss.; A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel 'prestito vecchietti'*, in *Notariato*, 2016, 358 ss.; F. Stradini, *Considerazioni fiscali sul prestito vitalizio ipotecario*, in *Piccola impresa*, 2015, 119 ss.; T. Rumi, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, 937 ss.; S. Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, 1099 ss. Sulla precedente normativa, si può fare riferimento a G. Gigliotti, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, 677 ss.; R. Rinaldi, A. Varrati, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaaria*, 2007; D. Cerini, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 503 ss.

<sup>10</sup> Con la nuova normativa si introduce infatti la possibilità di avvalersi della disciplina di cui agli art. 15 e seguenti D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, la quale prevede che le operazioni relative a finanziamenti di lungo e medio termine, per le quali sia stata esercitata l'opzione di cui all'art. 17 D.P.R. 601/1973, effettuate da aziende e da istituti di credito siano esenti dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessione governative. Al posto delle imposte c.d. d'atto, si può quindi pagare una imposta sostitutiva, la cui opzione è esercitata per iscritto nell'atto di finanziamento. L'imposta sostitutiva sui finanziamenti bancari a medio e lungo termine è un tributo avente natura agevolativa che esonera dai tri-

Quanto al rimborso del finanziamento (che potrebbe anche rimanere in capo agli eredi, a seconda dei casi – in questa fattispecie, si ricorrerebbe a una sorta di mandato *in rem propriam post mortem* ad alienare l'immobile, conferito *ex lege* al finanziatore<sup>11</sup>), se esso non viene effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno dei suddetti eventi, il legislatore prevede che l'istituto di credito possa procedere alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato mediante l'intervento di un perito indipendente incaricato dallo stesso istituto. Se nei dodici mesi successivi non si perfeziona la vendita al valore così determinato, il valore viene diminuito del quindici per cento. Il ricavato sarà utilizzato per estinguere il credito vantato dall'Istituto di credito; ogni somma che residuerà dovrà essere restituita al soggetto finanziato (o, a seconda dei casi, agli eredi). Gli eredi potranno eventualmente accordarsi con l'istituto di credito per provvedere autonomamente alla vendita dell'immobile a condizione che la stessa si perfezioni nel termine di dodici mesi. L'importo del debito residuo non potrà comunque mai superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute<sup>12</sup>.

L'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, incarica poi il Ministero dello Sviluppo Economico di emanare un provvedimento che stabilisca le regole per l'offerta dei prestiti vitalizi ipotecari e individui i casi e le formalità che comportano una riduzione significativa del valore di mercato dell'immobile, tale da giustificare la richiesta di rimborso integrale del finanziamento, al fine di garantire trasparenza e certezza dell'importo oggetto del finanziamento, dei termini di paga-

---

buti indiretti che altrimenti graverebbero le operazioni secondo la disciplina ordinaria. L'applicazione dell'imposta è, subordinata al contestuale verificarsi di un presupposto soggettivo (operazioni di finanziamento poste in essere da aziende e da istituti di credito), di un presupposto oggettivo (operazioni a medio e lungo termine, intendendosi per tali i finanziamenti la cui durata contrattuale sia stabilita in più di diciotto mesi) e di uno territoriale (atti realizzati nel territorio italiano). L'imposta sostitutiva si applica soltanto per manifesta volontà delle parti, espressa mediante opzione nell'atto di finanziamento; opzione che deve essere esercitata per iscritto in tale atto mediante specifica clausola nella quale le parti dichiarino di optare per l'imposta sostitutiva. La natura opzionale dell'imposta sostitutiva non fa eccezione per il prestito vitalizio ipotecario. In tal caso in luogo delle imposte d'atto si rende applicabile un'unica imposta con aliquota pari allo 0,25% ovvero pari al 2% sul capitale erogato a seconda dei casi.

<sup>11</sup> Cfr. V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI – Interferenze, Milano, 2006, 526. In tema di mandato *post mortem*, si vedano tra gli altri N. Di Staso, *Il mandato 'post mortem exequendum'*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 685; F.A. Moncalvo, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, I, 56; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, 37; A.A. Dolmetta, *Patti successori istitutivi. Mandato 'post mortem'*. *Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, I.2, 453; A. Ansaldo, *In tema di mandato 'post mortem'*. Nota a Cass., sez. I civ., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 496; G. Bonilini, *Una valida ipotesi di mandato 'post mortem'*. Nota a Trib. Palermo sez. I civ. 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, 1101; F. Gradassi, *Mandato 'post mortem'*, in *Contr. impr.*, 1990, 827.

<sup>12</sup> A tutela del cliente è difatti espressamente previsto che l'importo del debito residuo non possa comunque superare il ricavato della vendita dell'immobile al netto delle spese sostenute. Con la clausola *no negative equity guarantee* si stabilisce difatti, che gli eventuali *deficit* rimarranno a carico della banca o dell'intermediario finanziario. La normativa intende garantire in tal modo dal rischio del *cross-over* o sovraesposizione rispetto al valore del bene concesso in garanzia, evitando un aumento del debito finale complessivo, importo che può assumere un valore di gran lunga maggiore rispetto a quello dell'immobile, a causa della somma del capitale iniziale oltre ad interessi capitalizzati (tale fenomeno può verificarsi anche in caso di riduzione del valore dell'immobile).



mento, degli interessi e di ogni altra spesa dovuta. Il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 dicembre 2015, n. 226, precisa pertanto tali aspetti<sup>13</sup>.

In particolare, il suddetto decreto prevede alcuni specifici obblighi informativi a carico del finanziatore. Nel caso di finanziamenti regolati a tasso variabile, l'istituto di credito deve infatti predisporre due prospetti esemplificativi che rappresentino una simulazione del piano di ammortamento. Tali prospetti devono illustrare il possibile andamento del debito nel tempo (per un minimo di quindici anni): in particolare, il primo deve fare applicazione del tasso vigente all'atto della sottoscrizione del contratto, mentre il secondo deve operare una simulazione al terzo anno facendo riferimento ad un ipotetico rialzo dei tassi non inferiore a trecento punti base rispetto al momento della stipula del contratto (o, se inferiore a questa ipotesi, all'eventuale *cap* previsto contrattualmente). In presenza di prestito vitalizio ipotecario stipulato a tasso fisso, il prospetto può essere unico e deve in quel caso fare riferimento al tasso concordato contrattualmente.

Inoltre, il finanziatore deve consegnare al soggetto finanziato, almeno quindici giorni prima della stipula del contratto, un prospetto informativo che indichi almeno l'importo finanziato con l'indicazione della percentuale del valore di perizia dell'immobile concesso in garanzia e la somma che verrà erogata al netto di ogni imposta, costo e spesa. Il decreto chiarisce ancora che l'istituto di credito deve inviare annualmente al soggetto finanziato un resoconto che indichi nel dettaglio gli importi costituenti il capitale finanziato e quelli costituenti il capitale da restituire a scadenza. Il Ministero dello Sviluppo Economico ha poi precisato che l'istituto di credito non può esigere il pagamento delle spese sostenute nel caso in cui il soggetto finanziato decida di non sottoscrivere il contratto. Inoltre, viene espressamente stabilito che il finanziato ha diritto di acquistare la polizza assicurativa obbligatoria sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore<sup>14</sup>.

Quanto al rimborso del finanziamento, l'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, prevedeva già che esso potesse essere integrale in un'unica soluzione (come detto, alla morte del soggetto finanziato o nel caso in cui fossero trasferiti la proprietà o altri diritti reali di godimento sull'immobile o al compimento di atti che ne riducessero significativamente il valore) oppure gradualmente, ma limitatamente alla quota degli interessi e delle spese. Ora il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico fornisce alcune precisazioni con riferimento al

---

<sup>13</sup> L'emanazione finale del decreto in oggetto da parte del Ministero dello Sviluppo Economico è stata preceduta dal Parere del Consiglio di Stato (n. 02791/2015), Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 8 ottobre 2015, Numero affare 01594/2015, che si è espresso in maniera sostanzialmente positiva sullo schema di provvedimento in questione.

<sup>14</sup> Inoltre, si segnala che, ai sensi del decreto, qualora il soggetto finanziato fosse coniugato o convivente *more uxorio* da almeno cinque anni alla data di sottoscrizione del contratto, e nell'immobile posto a garanzia risiedano entrambi i coniugi o conviventi, il contratto deve essere sottoscritto da entrambi anche se l'immobile è di proprietà di uno solo di essi, purché sia rispettato il limite minimo di sessanta anni di età per entrambi.



rimborso integrale in un'unica soluzione. In particolare, qualora il finanziamento fosse cointestato, il rimborso potrà essere chiesto al momento della morte del soggetto più longevo<sup>15</sup>. Inoltre, è specificato che il rimborso integrale può essere domandato qualora fosse concesso un diritto di usufrutto, uso, abitazione, superficie (salvo se diversamente stabilito nel contratto) o fosse costituita una servitù o un diritto reale di garanzia a favore di terzi sull'immobile<sup>16</sup>.

#### 4. *Prime analisi (e primi problemi) del prestito vitalizio ipotecario: oggetto, causa, forma, struttura*

Non dovrebbe esservi alcun dubbio nell'annoverare il prestito vitalizio rientra tra i contratti bancari<sup>17</sup>, e in particolare di quelli di finanziamento, in quanto può essere erogato solo da banche e intermediari finanziari, per espressa previsione legislativa<sup>18</sup>.

Più problematico appare invece comprendere quale sia la causa di tale tipologia contrattuale. Ad una prima rapida occhiata, il contratto di prestito vitalizio

<sup>15</sup> Per alcuni interessanti approfondimenti sulla cointestazione nell'istituto *de quo* in merito alle nuove convivenze civili extra-matrimoniali, si veda D. Russo, *Il principio di cointestazione del prestito vitalizio ipotecario alla luce della legge sulla regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in F. Romeo, *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*. Atti del Convegno organizzato dalla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali della Sicilia centrale e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Struttura Didattica di Calanissetta, Università degli Studi di Enna Kore, 16 giugno 2017, Napoli, 2018, 149 ss.

<sup>16</sup> Tra le ulteriori cause per cui è possibile richiedere il rimborso integrale del finanziamento, si segnalano: la revoca dell'abitabilità dell'immobile dato in garanzia a causa di comportamenti e/o omissioni addebitabili al finanziato; il trasferimento della residenza nell'immobile di soggetti che non siano familiari, conviventi *more uxorio* o assistenti personali del finanziato; l'attivazione sull'immobile di procedimenti conservativi o esecutivi di importo almeno corrispondente al venti per cento del valore dell'immobile stesso; l'effettuazione di modifiche all'immobile rispetto al suo stato originale, se non concordate con l'istituto di credito.

<sup>17</sup> Sui contratti bancari in generale: U. Morera, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 163 ss.; C. Brescia Morra, U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. Perlingieri*, XI, Napoli 2006; G. Fauceglia, *I contratti bancari*, in *Tratt. Buonocore*, III, t. 2, Torino 2006; M. Rispoli Farina, *Le particolari operazioni di credito*, in C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, Torino 2002, 243 ss.; C. Silveti, *I contratti bancari - parte generale*, in V. Calandra Buonauro, C. Silveti, M. Perassi, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. Cottino*, VI, Padova 2001, 433 ss. Sul piano della classificazione, i contratti bancari vengono usualmente distinti in due grandi categorie: le operazioni di banca, cioè i contratti in cui si concretizza l'attività creditizia in senso stretto – e quindi destinati alla raccolta del risparmio tra il pubblico ed alla erogazione del credito – e i servizi bancari, cioè i negozi che, pur non costituendo forme di intermediazione creditizia, sono connessi, come prestazioni accessorie a favore della clientela, all'impresa bancaria. A loro volta le operazioni bancarie sono ulteriormente suddivise in passive e attive: le prime attengono alla raccolta del risparmio tra il pubblico, mentre le seconde sono costituite dalle varie modalità di impiego del denaro raccolto. Tra le operazioni passive si segnala il deposito bancario. Tra le operazioni attive vanno ricordate l'apertura di credito bancario, l'anticipazione bancaria e lo sconto bancario. Una menzione a parte deve essere riservata al contratto di conto corrente bancario, il quale può costituire una modalità di realizzazione di operazioni tanto attive quanto passive. Nel nostro caso, saremmo quindi di fronte ad un'operazione di banca e più in particolare ad un contratto di erogazione del credito.

<sup>18</sup> Una analisi molto interessante è svolta da S. Cherti, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in F. Piraino, S. Cherti (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, 245 ss., e in particolar modo 263 ss.

ipotecario sembrerebbe avere la sua causa principale nel finanziamento<sup>19</sup>. Tuttavia, ulteriori approfondimenti paiono necessari<sup>20</sup>. Infatti, se analizziamo quali figure contrattuali possano essere ricomprese tra quelle aventi causa di finanziamento, vengono in primo luogo in mente mutui ed anticipazioni. La causa di finanziamento, nondimeno, è concetto ampio e atto ad includere (oltre mutui ed anticipazioni) anche figure quali – ad esempio – l’apertura di credito. Accanto alla causa di finanziamento, potrebbe farsi però un ragionamento più ampio ed individuare anche dei risvolti di natura assicurativa dello strumento in questione. Detto altrimenti, il contratto di prestito vitalizio ipotecario potrebbe avere una causa mista, di finanziamento e di assicurazione. La causa assicurativa si ritroverebbe nell’intento di garantire, vita natural durante del finanziato, una quantità determinata di denaro periodicamente erogata per una quantità di volte non determinabili non essendo determinabile la durata della vita di una persona. Tale soluzione sembra preferibile proprio per le peculiarità dello strumento e per le ragioni per le quali il legislatore ha deciso di intervenire nella materia.

Il contratto di prestito vitalizio dovrebbe poi essere inquadrato tra quelli a struttura variabile in quanto le modalità di erogazione del prestito non sono pre-stabilite dalla legge secondo uno specifico schema negoziale, essendo le parti libere di scegliere tra l’erogazione in unica soluzione oppure quella periodica con la previsione di singole rate o con la messa disposizione di una somma. Il contratto

---

<sup>19</sup> Tra i contributi più recenti in materia di causa del contratto, si segnalano: M. Martino, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; M. Girolami, *L’artificio della causa contractus*, Padova, 2012; M. Martino, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, Torino, 2011; L. Viola, *Una nuova teoria: causa contrattuale come causalità*, in *Vita not.*, 2009, 1201 ss.; R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; D. Carusi, *La disciplina della causa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato del contratto*, Torino, 2006, 625 ss.; G. Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in Id. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005; R. Rascio, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 259 ss.; G.B. Ferri, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897. Tradizionalmente, la causa del contratto è stata intesa come la sintesi degli effetti essenziali di un contratto, profondamente diversa dai motivi individuali alla base della negoziazione (per i quali una specifica tutela può esserci solo in presenza di specifiche pattuizioni in tal senso): si parlava in proposito di causa come funzione economico-sociale. Recentemente, però, la suddetta impostazione è stata superata nel senso di attribuire alla causa una funzione economico-individuale: essa costituirebbe in quest’ottica la ragione pratica dell’affare che viene concluso. In base a detta impostazione, la causa del contratto rappresenterebbe la composizione degli interessi contrapposti dei contraenti così come oggettivizzata nel regolamento contrattuale. In tal senso si esprime ad esempio Cass., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Giudice di pace*, 2012, 4, 303, con nota di Palmieri: «La causa del contratto non può ulteriormente essere intesa, in senso del tutto astratto, come funzione economico-sociale del negozio, svincolata tout court dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale; onde la obbiettivazione... di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l’elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso».

<sup>20</sup> Utili considerazioni sono svolte da M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., 57.

di prestito vitalizio, inoltre, dovrebbe essere da inquadrare tra i contratti aleatori, considerata la scadenza naturale del prestito alla morte del finanziato e con essa il relativo obbligo di rimborso (circostanza questa che, aggiunta alla capitalizzazione annua degli interessi, non permette di conoscere in anticipo l'importo del debito finale). L'alea di tale tipologia di prestito è connessa all'incertezza della sua durata commisurata alla vita dell'anziano.

Trattandosi di contratto bancario, dovrà rivestire la forma scritta a pena di nullità, secondo quanto previsto dall'art. 117 del Testo Unico Bancario<sup>21</sup>, ed in particolare quella dell'atto pubblico o scrittura privata autenticata per procedere all'iscrizione dell'ipoteca. Infine, non si tratterebbe di un finanziamento di scopo: la legge non fissa alcun scopo nella destinazione della somma ottenuta, trattandosi quindi di un finanziamento di pura liquidità (le parti restano peraltro libere di individuare una precisa destinazione delle somme dando luogo così ad un finanziamento di scopo volontario).

##### 5. *Figure affini: il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto. Somiglianze e differenze*

Una ulteriore questione da affrontare riguarda la possibilità che il prestito vitalizio ipotecario condivida con altre figure alcuni dei suoi tratti tipici e, proprio a questo scopo, pare necessario in primo luogo chiarire quali siano gli elementi distintivi che lo caratterizzano rispetto ad altri istituti affini<sup>22</sup>.

Il prestito vitalizio ipotecario, infatti, condividerebbe alcune peculiarità con molte altre figure del panorama civilistico e bancario, in particolare con la fattispecie del mutuo<sup>23</sup>, contratto ai sensi del quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, mentre l'altra si obbliga a restituire altrettante cose (c.d. *tantundem*) della stessa specie e qualità<sup>24</sup>. A differenza di

<sup>21</sup> Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

<sup>22</sup> Cfr. M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., 67 ss.

<sup>23</sup> Sul mutuo: N. Graziano (a cura di), *Il mutuo bancario*, Padova, 2013; M. Tatarano, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012; A.I. Natali, *Il contratto di mutuo. Guida pratico-operativa*, Milano, 2012; R. Cafaro, P. Pagliaro, *Il contratto di mutuo*, Milano, 2011; G. Cassano (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009; G. Cascardo, *I mutui: ammortamento, garanzie, rinegoziazione*, Milano, 2008; V. Cuffaro (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005; R. Invrea, M. Longo, *Il contratto di mutuo, l'usura: casi pratici, legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 2001; G.W. Romagno, L. Nivarra, *Il mutuo*, Milano, 2000.

<sup>24</sup> Art. 1813 c.c. Il mutuo è risultato proveniente da dettami moderni e da insegnamenti millenari. Sia sufficiente ricordare la sua presenza sin dall'epoca del diritto romano, tanto che lo si ricorda anche nelle *Institutiones* di Gaio che descrive il concetto di mutuo in questo modo: «L'obbligazione si contrae mediante cosa come nel caso del mutuo. La dazione a mutuo concerne propriamente quelle cose che valgono per peso, numero o misura, quali il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento e l'oro. Diamo queste cose, a

quanto avviene in un normale contratto di mutuo, però, in cui un soggetto accede a un credito per acquistare tendenzialmente (anche se non esclusivamente) un'abitazione e si obbliga a restituire il prestito con rate periodiche, nel prestito vitalizio ipotecario il debitore, finché è in vita, non è tenuto né alla restituzione del prestito né al pagamento degli interessi. Per il resto, tuttavia, non sembrano ravvisarsi particolari differenze con il contratto di mutuo (a parte le peculiarità di disciplina stabilite dal legislatore) al cui tipo andrebbe allora assimilato.

La figura in esame potrebbe poi essere associata per alcuni aspetti anche alla rendita vitalizia<sup>25</sup>, che consiste in una prestazione periodica da corrispondersi ad uno o più soggetti (beneficiari) per tutta la durata della vita di una certa persona (che può essere uno dei beneficiari oppure un terzo)<sup>26</sup>. La somiglianza della ren-

---

numero, peso o misura, affinché diventino di chi le riceve, e ci vengano successivamente restituite, non le stesse, ma altre della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che ti è dato in questo modo da me, diventa da mio tuo». Il codice civile costruisce il contratto di mutuo come contratto di natura reale, affermazione del tutto pacifica anche in giurisprudenza. Il suo effetto essenziale è quello di trasferire la proprietà delle cose al mutuatario. La liberazione dell'obbligo di quest'ultimo si avrà con il trasferimento, alla scadenza stabilita, al mutuante delle stesse cose ricevute e della stessa quantità della medesima specie. Si tratta di un contratto traslativo in quanto trasferisce la proprietà della cosa e, secondo la dottrina prevalente, reale perché la consegna della cosa rappresenta un elemento costitutivo della formazione del negozio. Una parte minoritaria della dottrina ritiene che il mutuo sia contratto consensuale in quanto con la consegna della cosa non si avrebbe la perfezione del contratto stesso, ma soltanto un suo adempimento. Sulla realtà del mutuo si è osservato che essa rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa, giustificata non soltanto da ragioni di ossequio alla tradizione, ma anche e preminentemente dall'intento di approntare un congegno negoziale in cui la funzione creditizia venisse attuata secondo modalità procedurali strutturali e procedurali specifiche. Il mutuo è oneroso in quanto, di regola (ma non sempre), obbligo del mutuatario è la corresponsione degli interessi sulla somma di denaro ricevuta. È senz'altro contratto a prestazioni corrispettive, in quanto gli interessi costituiscono controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario. Quanto alla struttura del contratto, secondo parte della dottrina, l'accordo sul dare e sul ricevere, costituisce elemento costitutivo ed importa che le parti ne abbiano concordato la durata, poiché il mutuo è un contratto di durata, laddove la durata è essenziale ed è concepita in funzione di un certo affare o ciclo di affari che il mutuo è destinato a finanziare, mentre il termine è solo un elemento naturale. L'art. 1815 c.c. stabilisce che, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante, con rinvio all'art. 1824 c.c. per l'applicazione delle disposizioni relative alla loro determinazione. In particolare gli interessi sono ritenuti dalla dottrina prevalente come controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario.

<sup>25</sup> Tra i tanti, in tema di rendita vitalizia, A.M. Garofalo, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018; A. Spatuzzi, *Sul contratto oneroso di rendita vitalizia e sul ruolo dell'alea*, in *Riv. not.*, 2016, 477 ss.; G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.d. 'vitalizi impropri'. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 529 ss.; R. Quadri, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli, 2012; Id., *Rendita vitalizia e vitalizi impropri*, Napoli, 2010; A. Zaccaria, *L'alea nel contratto di rendita vitalizia*, in *Studium iuris*, 2009, 775 ss.

<sup>26</sup> Nel diritto italiano, per rendita si intende qualsiasi prestazione periodica avente per oggetto denaro o una certa quantità di cose fungibili (grano, vino, ecc.). Il codice civile distingue due tipi di rendita: quella perpetua e quella vitalizia. La rendita perpetua è un contratto con cui una parte conferisce ad un'altra (e ai suoi eredi) il diritto di esigere in perpetuo una prestazione, quale corrispettivo dell'alienazione di un bene immobile (cosiddetta rendita fondiaria) o della cessione di un capitale (rendita semplice), oppure quale onere conseguente alla cessione gratuita di un immobile o della cessione di un capitale (art. 1861 c.c.). La rendita semplice deve necessariamente essere garantita mediante un'ipoteca su un immobile. In caso contrario, si può chiedere la restituzione del capitale ceduto. La rendita vitalizia si costituisce mediante alienazione di un bene mobile o immobile o cessione di un capitale, e consiste in una prestazione periodica da corrispondersi ad uno o più sog-

dità vitalizia col prestito vitalizio ipotecario è d'evidenza lampante. Nondimeno, vi è una profonda differenza tra il prestito vitalizio ipotecario e la rendita vitalizia. In quest'ultima, infatti, è coinvolta la cessione di un bene immobile, mentre nella prima non si ha cessione di un bene bensì la costituzione di una garanzia ipotecaria. Questo aspetto non è di secondaria importanza: infatti uno dei punti che caratterizza la figura in esame è proprio il fatto che il debitore rimane proprietario del bene offerto in garanzia.

Altre assonanze sarebbero ravvisabili con la vendita della nuda proprietà<sup>27</sup>, la quale rappresenta un caso di proprietà privata alla quale non si accompagna

---

getti (beneficiari) per tutta la durata della vita di una certa persona (che può essere uno dei beneficiari oppure un terzo). Tale rendita può costituirsi, oltre che per contratto, anche tramite donazione o testamento, nel rispetto delle specifiche regole dettate per tali istituti. A differenza della rendita perpetua, la rendita vitalizia ha quindi natura tipicamente aleatoria. L'alea è un requisito essenziale, senza il quale il contratto è nullo (ad esempio è stata dichiarata la nullità del contratto con cui si era costituito un usufrutto su un fondo in corrispettivo di una rendita inferiore al valore dei frutti del fondo). Salvo patto contrario, il debitore non può liberarsi dall'obbligo del pagamento della rendita offrendo il rimborso del capitale, ed è tenuto a pagare per tutto il tempo stabilito, per quanto gravosa possa divenire con il tempo la prestazione da lui assunta (art. 1879 c.c.). Se il debitore non paga le rate di rendita scadute, il creditore non può domandare la risoluzione del contratto, ma può solo chiedere il sequestro e la vendita dei beni del debitore. La risoluzione può essere tuttavia chiesta quando il debitore non presta o diminuisce le garanzie (art. 1877 c.c.). Se è a titolo gratuito, la rendita non è pignorabile nei limiti dei bisogni alimentari del creditore (art. 1881 c.c.). La rendita vitalizia è fattispecie formale e necessariamente aleatoria: il rischio grava su chi deve corrispondere la rendita e deriva dall'incertezza circa la durata della vita dell'avente diritto. Come nella rendita perpetua, anche in quella vitalizia il diritto del soggetto è un diritto di credito. Se viene costituita per contratto esso è consensuale, di durata e con prestazioni periodiche corrispettive anche se indipendenti tra di loro.

<sup>27</sup> Con la cessione della nuda proprietà si separa il diritto a usufruire del bene immobile (che resta in capo all'usufruttuario o agli usufruttuari) dalla proprietà del bene stesso. La persona che cede la nuda proprietà di un immobile conserva il diritto a godere del bene (abitandoci o anche affittandolo) per l'intera durata della vita (sua ed eventualmente del coniuge) oppure per una durata prefissata. L'usufruttuario rinuncia alla possibilità di negoziare o lasciare in eredità il bene in cambio di una somma in denaro. Al tempo stesso, la persona che cede la nuda proprietà si libera dell'alea relativa alle spese di amministrazione straordinaria. In proposito, si faccia riferimento da ultimo a G. Musolino, *La nuda proprietà*, in *Riv. not.*, 2016, 641 ss. Sebbene il caso più noto si riferisca a immobili adibiti a uso di abitazione, può aversi nuda proprietà in tutti i tipi di beni sui quali siano possibili accensioni di gravame d'uso. Al cessare del gravame che menoma la piena proprietà, ad esempio all'estinzione dell'usufrutto, la nuda proprietà si riunisce ipso facto ai diritti complementari, ricostituendo la pienezza potestativa. È da taluni contestato il riconoscimento di nuda proprietà alle unità immobiliari la cui proprietà sia ridotta dalla correnza di un diritto di abitazione. La disciplina giuridica della nuda proprietà si ricava avuta considerazione alla disciplina della proprietà, per differenza da quella emanata per la regolazione dell'usufrutto. *Ex art. 832 c.c.* il titolare del diritto di proprietà ha facoltà di disporre e di godere del proprio bene in modo pieno ed esclusivo, potendo pertanto decidere di ricavare attraverso lo stesso un reddito (c.d. valore di scambio) alienandolo o costituendo sul medesimo dei diritti reali minori (c.d. diritti reali di godimento) a favore di altri. Quando il diritto di proprietà risulta compresso dalla presenza di altri diritti reali, come l'usufrutto, il proprietario conserva soltanto la "nuda proprietà", ovvero rimane titolare del proprio diritto pur non potendo esercitare le facoltà di utilizzazione sino all'estinzione degli stessi. (Vedi anche la guida legale: la donazione con riserva d'usufrutto). In altri termini, nell'ipotesi di usufrutto (*ex artt. 978 ss. c.c.*), il titolare (usufruttuario) ha il potere di godere della cosa e di trarne ogni utilità che la stessa può dare, per tutta la durata della sua vita, ma non oltre, potendo anche cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo, ma rispettandone la destinazione economica. Viceversa, la nuda proprietà, di cui è titolare il proprietario corrisponde alla proprietà spogliata del diritto di usufrutto per tutta la durata dello stesso, a favore del suo titolare.

un diritto reale di godimento del bene cui è relativa: tipicamente si riferisce a un immobile del quale si acquisisce la proprietà ma non il diritto di usufrutto. Sebbene i due istituti possano sembrare *prima facie* molto simili, in realtà pare che questo accostamento non sia corretto, non riscontrandosi qualsivoglia collegamento con l'istituto della vendita del diritto reale parziario della nuda proprietà. La causa della vendita della nuda proprietà sarebbe infatti un trasferimento di una cosa contro prezzo, che nel prestito vitalizio mancherebbe assolutamente. L'oggetto della vendita della nuda proprietà è quello di un trasferimento, definitivo, e irrevocabile, a favore di un terzo del diritto reale parziario di un immobile, che nell'istituto *de quo* non esisterebbe.

In realtà, le differenze tra il prestito vitalizio ipotecario e la vendita della nuda proprietà sembrano molteplici. Si pensi infatti al fatto che quest'ultima è irreversibile e totale, mentre l'istituto *de quo* è reversibile e graduabile. Inoltre, la vendita della nuda proprietà è negoziabile con qualsiasi persona fisica o giuridica, mentre il prestito vitalizio ipotecario solamente con banche e intermediari finanziari abilitati. Ancora, si pensi che la vendita della nuda proprietà priva *in toto* gli eredi del bene (e, per l'acquirente, implica una "scommessa" sulla durata della vita dell'usufruttuario che può porre complesse questioni di ordine etico), laddove il prestito vitalizio ipotecario ne riduce il valore, non per forza totalmente. Pertanto, prestito vitalizio ipotecario e vendita della nuda proprietà sono profondamente diversi l'uno dall'altro.

Ulteriori punti di contatto sarebbero ravvisabili anche nella cessione del quinto<sup>28</sup>, che è un contratto di finanziamento a lungo termine, a tasso fisso, che permette di ottenere una somma in prestito da rimborsare con una trattenuta alla fonte sulla pensione, tipicamente pari a un quinto della pensione<sup>29</sup>. Le principali

<sup>28</sup> Sulla cessione del quinto, senza alcuna pretesa di completezza: G. Rocco, *Cessione del quinto: aggiornate le Linee guida*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 2018 ss.; A. Napolitano, *La cessione del quinto nell'ambito del piano del consumatore*, nota a Trib. Livorno, 18 gennaio 2018; Trib. di Monza, sez. fall., 20 novembre 2017, in *Fall.*, 2018, 467 ss.; G. Rajani, *I costi della cessione del quinto tra regole di trasparenza ed esigenze di mercato*, nota a Collegio di Torino, 8 novembre 2017, n. 14161, in *Contratti*, 2018, 665 ss.; M. Frati, E. Pollino, *Conoscere la nuova cessione del V per avere successo*, Milano, 2017; G. Burrattini, *La cessione del quinto dello stipendio. Leggi, circolari e sentenze in materia di pignorabilità degli stipendi*, Napoli, 2016; G. Rocco, *Cessione del quinto e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, 1592 ss.; U. Malvagna, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della "cessione del quinto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1532 ss.; A. Costa, F. Caparra, *Cessione del quinto: l'omesso versamento non è reato*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 438 ss.; C. Giuro, *Cessione del quinto e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, 2399 ss.; C. Belloni, M. Mammarella, *La nuova cessione del quinto: normativa giurisprudenza prassi*, Roma, 2005.

<sup>29</sup> Della trattenuta si occupa direttamente l'Inps. Le rate non potranno comunque superare il quinto di quanto viene percepito con la pensione. Questa tipologia di finanziamento prevede che il sottoscrittore percepisca un finanziamento il cui importo è calcolato in base alla sua età e all'importo della sua pensione (calcolo della quota cedibile). L'importo cedibile è calcolato al netto delle tasse, in modo da non intaccare l'importo della pensione minima. Il rimborso dell'importo finanziato avverrà con un normale piano di ammortamento: la caratteristica sostanziale è costituita dal fatto che la rata di rimborso è parametrata all'importo della pensione mensile, nella misura appunto di un quinto. Pertanto, una volta stipulato il prestito, una quota pari a un quin-

differenze con il prestito vitalizio sarebbero però dovute al fatto che la cessione del quinto della pensione prevede limitazioni di età, ma anche e soprattutto che essa rappresenta una forma di anticipazione di liquidità che il sottoscrittore si ritrova a scontare da subito, con minori flussi di cassa dal mese successivo. Una differenza positiva a favore della cessione del quinto è che tale strumento non richiederebbe la garanzia ipotecaria, che è invece alla base del prestito vitalizio.

Sulla base di quanto detto, pertanto, pare potersi concludere che il prestito vitalizio ipotecario, pur avendo in comune molti tratti con altri istituti, debba essere effettivamente considerato come una figura autonoma nel nostro ordinamento, con tratti peculiari che lo distinguono da ogni altra fattispecie.

#### 6. *Prestito vitalizio ipotecario, divieto di patto commissorio, patto marciano: nuove prospettive*

Il problema teorico più importante in relazione al prestito vitalizio ipotecario si pone in stretta connessione con il divieto di patto commissorio e con il patto marciano.

Com'è noto, il patto commissorio è un accordo con il quale il debitore, a garanzia della soddisfazione di un proprio debito, mette a disposizione un proprio bene, con l'intesa che, verificatosi l'inadempimento, detto bene passerà in proprietà del creditore. Nel nostro ordinamento, il patto commissorio è disciplinato dall'art. 2744 c.c., ai sensi del quale si prevede la nullità (e quindi il relativo divieto<sup>30</sup>) del patto con il quale il debitore e creditore convengono che, in mancanza di pagamento del debito nel termine stabilito, la cosa ipotecata o data in pegno diventi di proprietà del debitore<sup>31</sup>.

---

to della pensione verrà trattenuta direttamente dall'ente erogatore per essere girata alla banca o società finanziaria creditrice.

<sup>30</sup> Il patto commissorio risultava vietato già nel diritto romano. Il codice civile del 1865 ne sancì la nullità nelle sole ipotesi di dazione in pegno ed anticresi. Il codice vigente, invece, estende la nullità anche al patto commissorio accessorio alla costituzione di ipoteca. Il divieto di patto commissorio suole essere giustificato sulla base di varie ragioni. In primo luogo, si mira infatti a tutelare gli interessi del debitore bisognoso di danaro, che può subire un pregiudizio sia dalla coartazione del creditore, sia per una possibile sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene. Ancora, il divieto di patto commissorio tutelerebbe la *par condicio creditorum*, dal momento che – se ammesso dall'ordinamento – il patto creerebbe una causa di prelazione non prevista dalla legge. Infine, il fondamento del divieto potrebbe risiedere anche nell'interesse dello Stato di non creare forme convenzionali di soddisfacimento del credito.

<sup>31</sup> In realtà, un altro esempio di patto commissorio (e di relativo divieto) è contenuto nell'art. 1963 c.c., il quale sancisce la nullità di qualunque patto, concepito anteriormente o posteriormente al contratto di anticresi, con il quale le parti concordano che, in caso di mancato pagamento del debito, la proprietà dell'immobile passi al creditore.



Il “patto marciano”, invece, è un diritto reale di garanzia che permette al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia (pegno o ipoteca) purché stimata al giusto prezzo. Il creditore quindi è costretto a versare al debitore l’eventuale differenza tra il valore del proprio credito e quello del bene (che andrà di conseguenza stimato). In sostanza, con il patto marciano le parti possono garantire un credito mediante la stipula di un contratto di cessione di un bene di proprietà del debitore, che diviene efficace esclusivamente in caso di inadempimento di quest’ultimo. Tale istituto non è stato codificato nel codice civile, ma – negli ultimi tempi – il legislatore è intervenuto più volte nella materia. E proprio tali interventi di fatto potrebbero contribuire a eliminare un primo problema – come detto poc’anzi, di natura essenzialmente teorica – legato al prestito vitalizio ipotecario.

Sulla base di quanto indicato nei paragrafi precedenti, la disciplina dell’istituto *de quo* prevista dal legislatore indica che, in caso di mancato rimborso del finanziamento, l’istituto di credito può procedere direttamente alla vendita dell’immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato mediante l’intervento di un perito indipendente incaricato dallo stesso istituto (con la possibilità poi di reiterare l’operazione a un prezzo ridotto, nel caso la vendita non sia andata a buon fine). Il risultato di questa operazione mira a far sì che il ricavato della vendita sia utilizzato per estinguere il credito vantato dalla banca. Ma vi è una specifica fondamentale da tenere presente, ovvero che ogni somma che resiederà dovrà essere restituita al soggetto finanziato (o agli eredi).

Tramite la suddetta disciplina, come si può facilmente osservare, potrebbe pensarsi che il legislatore non si sia ricordato del divieto di patto commissorio presente nel nostro ordinamento. Tuttavia, le cose non stanno esattamente così.

Il divieto di patto commissorio – di per sé un principio apparentemente generale – in realtà nel corso degli anni ha visto pian piano erodere la sua sfera di applicazione a vantaggio di ipotesi di patto marciano introdotte nell’ordinamento. Ad esempio, il Decreto Legge 3 maggio 2016, n. 59 (convertito nella Legge 30 giugno 2016, n. 119), che ha inserito l’art. 48 *bis* al Testo Unico Bancario, ha introdotto la possibilità per le imprese di garantire i finanziamenti tramite il trasferimento sospensivamente condizionato di un bene immobile. Nello specifico, si è consentito alle banche e agli altri soggetti autorizzati di ottenere, in caso di inadempimento, il trasferimento in proprio favore dell’immobile del debitore mutuatario (o del terzo) concesso a garanzia del finanziamento<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> In particolare, nel momento in cui viene prevista la restituzione tramite rimborso rateale, l’inadempimento scatta quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, mentre, nel caso in cui non è prevista la restituzione rateale, l’inadempimento si manifesta decorsi nove mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Il valore di cessione, in caso di efficacia del patto, viene determinato da un perito indipendente: se il valore del bene al momento della cessione è superiore al debito residuo, il creditore corrisponde al debitore la differenza tra i due valori; se, invece, il valore del

Non molto diversa è ora la situazione anche nei riguardi del credito al consumo. Il nuovo art. 120 *quinquiesdecies* del Testo Unico Bancario prevede infatti che le parti possano convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del bene medesimo comporti l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo<sup>33</sup>.

Stando così le cose, non si vede allora una reale problematica nel caso del prestito vitalizio ipotecario e delle peculiarità della possibilità di trasferimento del bene con un patto marciano. La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario, infatti, si inserisce nel recentissimo filone normativo che, attraverso discipline di settore<sup>34</sup>, ha, di fatto, comportato, a livello legislativo, una progressiva indiretta elusione del divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* in favore di una rinnovata attenzione per il patto marciano, ossia l'accordo in base al quale il creditore è legittimato a vendere direttamente un bene del debitore soddisfacendosi sul prezzo ricavato, previa corresponsione a quest'ultimo della eventuale differenza tra l'importo del credito e il valore del bene dato in garanzia<sup>35</sup>.

## 7. *Ulteriori problematiche connesse al prestito vitalizio ipotecario*

Si è visto finora che il problema del possibile trasferimento diretto in capo al creditore dell'immobile dato in garanzia non dovrebbe costituire più un problema per il nostro ordinamento. Infatti, la possibilità concessa alla banca di poter recuperare il proprio credito senza dover ricorrere alla ordinaria procedura esecutiva immobiliare da un lato comporta una notevole riduzione dei tempi giudiziari e dall'altro non priverebbe il debitore delle tutele che tale procedura esecutiva garantisce, in quanto comunque rimane la necessità che la vendita avvenga secon-

---

bene è inferiore al debito residuo, il debitore non dovrà corrispondere nulla al creditore ma la banca stessa potrà comunque rivalersi su altri beni della debitrice. Il Decreto prevede che le parti possano introdurre il "patto marciano" in fase di rinegoziazione del finanziamento e quindi anche sui finanziamenti già in essere

<sup>33</sup> Se il valore dell'immobile come stimato dal perito è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo.

<sup>34</sup> È possibile – come detto *supra* – fare riferimento alle recenti figure del "Contratto di credito ai consumatori correlato ad immobili residenziali" (art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.) e del "Trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento" (art. 48 bis T.U.B.), nonché del "Pegno mobiliare non possessorio" (art. 1, D.L. 3 maggio 2016, n. 59; conv. in L. 30 giugno 2016, n. 119).

<sup>35</sup> Cfr. T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, 130 ss.

do determinate modalità, che ogni eventuale residuo torni al debitore, che la vendita avvenga a un prezzo determinato, ecc.

Un secondo aspetto delicato, strettamente connesso al primo, attiene alla disposizione prevista dall'art. 3 lettera h) del decreto attuativo, che disciplina la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia sia assoggettato a procedimenti esecutivi di importo pari o superiore al 20% del valore dell'immobile concesso in garanzia; in tale ipotesi all'istituto di credito finanziatore viene affidata non solo la fase di restituzione dell'ecedenza al finanziato prestatore della garanzia ma anche la fase ulteriore di eventuale distribuzione e ripartizione dell'ecedenza a favore degli altri creditori procedenti inseriti nell'esecuzione ovvero dotati di garanzia reale.

Potrebbe qui porsi il problema di individuare le regole di comportamento cui il creditore, una volta soddisfatto, deve attenersi nella gestione del supero e nella sua distribuzione. In questo senso, varrebbe in primo luogo il generale principio di comportarsi secondo buona fede, cui il creditore non può sottrarsi. Inoltre, lo stesso art. 48-*bis* del Testo Unico Bancario – precedentemente citato – potrebbe fornire indici per analogia utilizzabili anche al caso di specie, soprattutto con riferimento alle disposizioni concernenti i doveri informativi e di trasparenza dell'attività svolta e la necessità di separazione delle somme costituenti il supero. Ancora, non si vede perché il creditore non debba poi rispettare le norme del codice di procedura civile in tema di esecuzione, nei limiti di compatibilità con il procedimento di esecuzione privato di cui il finanziatore è investito: ad esempio, le disposizioni che stabiliscono i doveri dei delegati (art. 591-*bis* c.p.c.) e la possibilità di rivolgersi al giudice in situazioni perplesse, ai sensi dell'art. 534-*ter* c.p.c.<sup>36</sup>. Anche questa questione, pertanto, non pare porre particolari problematiche alla figura del prestito vitalizio ipotecario.

Altro aspetto solo apparentemente problematico è quello legato all'impossibilità per il soggetto finanziato di procedere ad alcune forme di limitazione previste per il proprio diritto di proprietà sull'immobile. Si pensi ad esempio al fatto che l'immobile oggetto di ipoteca non è vendibile, non è ulteriormente ipote-

---

<sup>36</sup> In attesa della distribuzione il finanziatore diventa quindi non mero debitore del supero bensì custode della somma relativa, da mantenere separata, mediante l'adozione di strumenti idonei, dal proprio patrimonio generale, anche affidandone a sua volta la custodia a soggetto terzo, affidabile ed indipendente (tra i vari strumenti, anche il deposito presso il notaio rogante l'atto di alienazione), come indice di correttezza nell'attuazione del rapporto, nei casi in cui la distribuzione del supero non possa essere immediata per l'insorgenza di particolari difficoltà nella definizione del progetto di distribuzione. Bisogna poi tenere conto che, nel profilarsi di situazioni complesse, il finanziatore può decidere di optare, per la soddisfazione del proprio credito, per l'ordinario procedimento di esecuzione immobiliare anziché far valere il meccanismo semplificato dell'alienazione diretta, affidando così alle valutazioni del giudice la definizione di un piano di riparto particolarmente complicato e che potrebbe quindi esporlo ad eventuali contestazioni.

cabile e non può essere concesso in locazione a terzi, situazioni al verificarsi delle quali la banca può procedere alla risoluzione del contratto.

Nondimeno, queste limitazioni – che di per sé potrebbero sembrare tendenzialmente non giustificabili – hanno una *ratio* che ne attenua di molto (se non addirittura ne elimina) ogni criticità. Si pensi ad esempio al caso di un bene – oggetto di prestito vitalizio ipotecario – che il soggetto finanziato vorrebbe dare in locazione: in tale caso, l'evento di una locazione sul bene suddetto può incidere enormemente sulla valutazione dello stesso bene che l'istituto di credito ha fatto in sede di concessione del credito (in quel momento, infatti, la stima si basava su un immobile libero). Pertanto, anche tale criticità risulta solo apparente.

Rappresenta invece un problema di non facile soluzione quello relativo alla previsione della capitalizzazione annuale degli interessi sulla somma erogata, che può produrre una crescita esponenziale del debito nei confronti del soggetto finanziatore, in particolare quando l'aspettativa di vita del soggetto finanziato sia sufficientemente lunga, arrivando ad eguagliare o anche a superare il valore dell'immobile garantito, nel giro di pochi anni. La possibilità per il soggetto finanziato di procedere (nel corso del finanziamento) al rimborso totale o parziale della quota interessi e delle spese è una pattuizione soltanto facoltativa e, in sua assenza, si verificherebbe quasi certamente la perdita dell'intero valore dell'immobile offerto in garanzia.

Siamo di fronte in questo caso a un esempio di anatocismo, che 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. In ossequio a un generale principio che vieta l'anatocismo bancario, l'art. 120 del Testo Unico bancario prevede che il CICR stabilisca 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 ha di fatto reso inoperante il principio dell'anatocismo bancario.

Ed è qui che la disciplina del prestito vitalizio ipotecario cozza vistosamente con la normativa attualmente vigente in tema di anatocismo bancario. Si è osservato che il ragionamento che sembra aver guidato il legislatore dovrebbe essersi basato sul fatto che, 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.

Tuttavia, tale ragionamento non convince del tutto perché capovolge il sistema attualmente vigente e non tiene conto degli effetti che questa situazione potrebbe creare sul soggetto finanziato e sui suoi eredi. In questo caso, pertanto, il prestito vitalizio ipotecario rappresenta davvero un problema di non poco conto.

#### 8. *La problematica delle trattative precontrattuali e del rimborso delle spese sostenute: una deroga ai principi generali dell'ordinamento*

Uno degli aspetti più interessanti, e forse problematici, della nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario è quello che riguarda la disciplina delle trattative precontrattuali. Ai sensi del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 dicembre 2015, n. 226, viene infatti stabilito un assoluto divieto per il finanziatore di esigere il pagamento delle spese sostenute in sede precontrattuale, qualora non si addivenga alla sottoscrizione definitiva del contratto di prestito vitalizio ipotecario. Su tale disposizione è necessario soffermarsi per capire se vi siano particolari specificità rispetto ai principi cardine stabiliti in materia di responsabilità precontrattuale, così come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>37</sup>.

Il principio generale che regola la materia precontrattuale prevede che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, debbano comportarsi secondo buona fede<sup>38</sup>. E' la cosiddetta buona fede oggettiva,

<sup>37</sup> La responsabilità precontrattuale (o *culpa in contrahendo*), secondo la nozione accolta da autorevole dottrina civilistica, indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata mediante un comportamento non conforme ai canoni di lealtà, correttezza e serietà in sede di trattative e formazione del contratto. Sul punto, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 873 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere. Contratti in genere*, Padova, 1999, 552 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, 484 ss.; U. Di Benedetto, *Diritto civile: giurisprudenza e casi pratici*, Rimini, 1997, 508 ss. Le basi teoriche dell'istituto in esame sono state poste, nella seconda metà dell'Ottocento, dalla dottrina civilistica tedesca che, al fine di colmare una lacuna dell'ordinamento, ha elaborato una prima formulazione della *culpa in contrahendo* quale istituto preordinato a garantire una tutela risarcitoria per i pregiudizi che uno dei contraenti potesse subire in conseguenza del comportamento scorretto dell'altra parte in sede di trattative e formazione del contratto: V.R. Jhering, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen privatrechts*, IV, 1861, 1 ss.

<sup>38</sup> Art. 1337 c.c. In materia di buona fede, tra i tanti Y. Adar, P. Sirena, *La dialettica di principi e regole nel diritto comune dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, 227 ss.; M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 308 ss.; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211 ss.; C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 169 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 3 ss.; A. De Vita, *Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2003, 459 ss.; M. L. Loi, F. Tessitori, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 19 ss.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e*

ovvero quel comportamento coerente con i principi di solidarietà e salvaguardia dell'altrui interesse negoziale, che si oggettiva nel rispetto di obblighi di informazione, lealtà e chiarezza<sup>39</sup>: eventuali inadempimenti agli obblighi di buona fede così definiti nella fase che precede la stipulazione di un contratto rappresentano la responsabilità precontrattuale. Tale figura include quelle forme di responsabilità che sorgono a carico di un soggetto verso un altro soggetto, per il danno arrecato nella fase di formazione di un qualsiasi contratto.

L'elemento più importante della responsabilità precontrattuale è la violazione della buona fede che fa sorgere precisi obblighi di protezione reciproca fra le parti<sup>40</sup>: esisterebbe infatti un dovere gravante sulle parti di svolgere una trattativa in modo da preservare gli interessi dell'altra<sup>41</sup>. In tale ottica, il recesso nelle trattative può essere causa di responsabilità precontrattuale quando sia privo di giustificato motivo, dovendo tenere presente alcuni punti fondamentali, ovvero che le trattative siano arrivate a uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca la responsabilità il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto e che non vi sia alcun motivo giustificante per l'interruzione delle trattative<sup>42</sup>.

Cosa succede però se, una volta che le trattative siano giunte allo stadio finale e le parti siano entrambe ragionevolmente sicure della conclusione dell'affare, una delle stesse decidesse di venire meno all'accordo? Il problema riguarderebbe sia le spese inutilmente sostenute durante la trattativa, sia le perdite per non aver usufruito nel corso delle trattative delle occasioni di stipulare un diverso contratto<sup>43</sup>.

Con riguardo all'aspetto delle spese, è bene chiarire che, in sede di trattative, le parti possono accordarsi in merito agli esborsi che le stesse possono sostenere in questa fase: in presenza di tale accordo, le spese andranno corrisposte (e ripartite) di conseguenza. Quanto al caso in cui un accordo tra i contraenti non vi sia stato, ciascuna parte dovrebbe essere chiamata a sopportare le spese incorse durante le trattative, senza poter pretendere dall'altra parte, nel caso di interru-

---

*diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 508 ss.; O. Troiano, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *Contratti*, 2006, 191 ss.; G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, ivi, 2002, 915 ss.

<sup>39</sup> Cass., 17 novembre 1997, n. 11394. La giurisprudenza utilizza il concetto di buona fede oggettiva nelle trattative anche per sindacare – caso per caso – la legittimità del recesso che una parte eventualmente pone in essere prima della conclusione del contratto. Se il comportamento di ogni parte, in fase di trattativa, deve essere improntato ai criteri di buona fede e salvaguardia della sfera giuridica di controparte, anche il recesso dovrà essere, necessariamente, corretto e leale.

<sup>40</sup> Cass., 12 luglio 2016, n. 14188.

<sup>41</sup> Cass., 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., 10 novembre 2010, n. 22819.

<sup>42</sup> Cass., 29 marzo 2007, n. 7768; Cass., 18 giugno 2004, n. 11438; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632.

<sup>43</sup> Cass., 10 marzo 2016, n. 4718.

zione della trattativa, alcuna somma a titolo di rimborso spese per il caso di recesso dalla trattativa stessa<sup>44</sup>.

Il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico sembra però escludere espressamente la possibilità che un tale accordo possa essere stipulato dalle parti. Viene infatti chiaramente e inequivocabilmente previsto un assoluto divieto per l'istituto di credito di esigere il pagamento delle spese sostenute per le attività svolte dallo stesso istituto in sede di trattative nell'ipotesi in cui il soggetto richiedente decidesse di non sottoscrivere il finanziamento.

Rispetto alla regola generale di cui all'art. 1337 c.c., così come interpretata costantemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra esserci pertanto una deroga non di poco conto. Qualora il recesso dalle trattative effettuato dal cliente sia stato del tutto ingiustificato o qualora lo stesso abbia fatto sorgere un legittimo affidamento sull'istituto di credito in merito alla positiva conclusione dell'affare, infatti, il tenore letterale della norma del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico non sembra lasciare alcuna possibilità di addebitare al cliente qualsivoglia spesa relativa alla fase delle negoziazioni, pur in presenza di un suo comportamento palesemente scorretto o di una situazione in cui l'istituto di credito abbia fatto ragionevolmente affidamento sulla positiva conclusione dell'affare.

Tale aspetto rappresenta indubbiamente un'eccezione ai principi generali dell'ordinamento in materia di responsabilità precontrattuale. Su tale fattispecie, il Decreto in oggetto sembra però peccare di equità, andando anche contro (in maniera apparentemente illogica) affermati e più che condivisibili principi generali del nostro sistema giuridico, e limitando di fatto – senza apparente motivo – la libertà contrattuale dei contraenti.

#### 9. *Aspetti peculiari relativi alla polizza assicurativa sull'immobile: tra obbligatorietà e libertà di scelta del cliente*

Ultimo aspetto che si vuole analizzare con il presente lavoro è quello connesso alla polizza assicurativa sull'immobile ipotecato, di cui si trova una particolare disciplina all'interno della nuova normativa introdotta dal legislatore. In particolare, il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico sopra citato statuisce che deve sempre essere garantito il diritto per il cliente di acquistare liberamente

---

<sup>44</sup> Arbitro Bancario Finanziario, Decisione n. 2315 del 27 ottobre 2011, per la quale nella fase precontrattuale in assenza di un diverso esplicito accordo tra le parti, come talvolta accade in occasione della stipulazione di una convenzione negoziale destinata a disciplinare le trattative in fase di avvio, ciascuna parte è chiamata a sopportare le relative spese, senza poter in alcun modo pretendere dall'altra parte, nel caso di interruzione della trattativa, alcuna somma a titolo di rimborso spese e/o di penale per il caso di (legittimo) recesso dalla trattativa medesima.



l'obbligatoria polizza assicurativa sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore. Due sono gli aspetti che, a parere di chi scrive, meritano una particolare attenzione, ovvero l'obbligatorietà della polizza in oggetto e il diritto del cliente di sottoscrivere una polizza anche con un soggetto diverso dal finanziatore.

Quanto al primo, si evidenzia che il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico fa espresso riferimento ad un concetto di obbligatorietà della polizza assicurativa sull'immobile, che rappresenta una peculiarità della materia bancaria. Da più parti, infatti, si sottolinea l'obbligatorietà per legge di polizze siffatte – ad esempio, ma non solo – nel contratto di mutuo, che andrebbero a garantire tanto il mutuatario (che potrebbe rischiare – in caso di perimento dell'immobile – di dover continuare a pagare rate di un finanziamento per un immobile non più esistente) quanto il mutuante (che – nel caso di perimento dell'immobile – si troverebbe ad avere una garanzia ipotecaria inesistente).

Ciononostante, vi è di fatto incertezza su tale carattere di obbligatorietà. La dottrina infatti osserva, a proposito delle polizze incendio e scoppio abbinate ai contratti di mutuo, che si tratterebbe solamente di una prassi – e non di un vincolo normativo – l'erogazione del mutuo solo se coperto da tale assicurazione<sup>45</sup>. Anche l'Arbitro Bancario Finanziario non si discosta molto dalle suddette tesi, in quanto afferma che sarebbe più una pratica consolidata che il rispetto di un requisito di legge quello di far stipulare ai mutuatari una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile<sup>46</sup>. Sembra quindi trattarsi di una prassi piuttosto che di un vincolo di legge, come detto.

In materia di prestito vitalizio ipotecario, il legislatore è intervenuto invece per la prima volta in termini espliciti a chiarire che, in tale fattispecie, la sottoscrizione della polizza assicurativa sull'immobile è obbligatoria. Questo aspetto rappresenta sicuramente una novità (nonché un chiarimento espresso) che dovrebbe fugare vari dubbi al riguardo e non lascerebbe spazio a interpretazioni dottrinali né a necessità di interventi giurisprudenziali. Tuttavia, viste la particolarità e la specificità della materia in esame, non si ritiene che sia possibile estendere tale ragionamento anche alle altre fattispecie dei mutui bancari garantiti da ipoteca (nonché ad altre figure simili), per i quali quindi l'obbligatorietà della sottoscrizione della polizza sull'immobile non sarebbe una richiesta normativa, bensì più un'esigenza degli istituti di credito. In quest'ambito, sarebbe allora necessario un

---

<sup>45</sup> V. Lops, *Il mutuo perfetto. Come abbattere costi e interessi e trasformare il tuo prestito casa in un grande investimento*, Milano, 2011, 33: «quanto alla polizza incendio e scoppio sull'immobile, è prassi della banca erogare il mutuo solo se coperto da questa assicurazione».

<sup>46</sup> Arbitro Bancario Finanziario, Decisione n. 4029 del 25 luglio 2013, secondo la quale – ai sensi di una pratica consolidata – gli intermediari richiedono alla clientela di stipulare, contestualmente alla concessione di un mutuo, una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile (incendio, scoppio).

chiarimento normativo che precisi una volta per tutte tale aspetto anche per le altre fattispecie (qualora questa fosse l'intenzione del legislatore).

Quanto, invece, al secondo dei due punti sopra citati (regolamentati dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico), ovvero il diritto del cliente di poter acquistare liberamente la polizza assicurativa sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore, è da ritenere che tale norma vada sicuramente nella giusta direzione per una tutela della libertà contrattuale del cliente di poter scegliere la polizza che meglio si addica alle sue esigenze, anche in termini di costo, senza che il finanziatore possa opporsi o possa costringere il medesimo a stipulare una polizza offerta dal finanziatore stesso.

Tuttavia, tale norma sembra una ripetizione rispetto a quanto già previsto dal Codice del Consumo<sup>47</sup>, laddove viene precisato che è scorretta quella pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario<sup>48</sup>. Rimane pertanto piuttosto dubbio il motivo per cui sia stata inserita all'interno del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico una norma siffatta, di fatto ultronea a qualsivoglia fine.

## 10. Conclusioni

Sono passati ormai circa quindici anni dalla prima introduzione del prestito vitalizio ipotecario in Italia, e più di cinque anni dalla relativa novella introdotta dal legislatore. Gli studi in materia si sono susseguiti in maniera numerosa, e l'istituto può essere considerato ormai entrato nel nostro ordinamento in maniera definitiva e completa.

Molte criticità che erano state sollevate in seguito al primo (e lacunoso) intervento normativo sono state risolte con le novità del 2015. Tuttavia, anche l'ultima soluzione legislativa non ha fugato tutti i dubbi – e anzi ha aperto nuove criticità – che di fatto stanno immobilizzando lo sviluppo del prestito vitalizio ipotecario in Italia.

Ci si riferisce soprattutto al problema della capitalizzazione degli interessi, la quale – di fatto – ha fatto rientrare nel nostro sistema giuridico l'anatocismo. Tale previsione, come indicato nel corso del presente lavoro, ha di fatto l'effetto di sco-

---

<sup>47</sup> Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di diritti del consumatore.

<sup>48</sup> Art. 21 c. cons.

raggiare l'utilizzo dello strumento da parte degli anziani, e soprattutto si pone in netto contrasto con quanto previsto negli ultimi anni in tema anatocistico.

Non crea invece seri problemi la tematica relativa al patto marciano, concetto che di fatto è insito nel prestito vitalizio. L'intenzione del legislatore di questi ultimi anni è chiara: con figure come quella in oggetto (ma non solo) si sta cercando di superare il divieto di patto commissorio attingendo a piene mani al patto marciano.

*Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario*

Il presente lavoro analizza la figura del prestito vitalizio ipotecario – istituto introdotto dal legislatore circa 15 anni fa, poi recentemente riformato e aggiornato con alcune norme di dettaglio – per verificarne i principali aspetti problematici che lo (hanno reso e) rendono uno strumento di difficile utilizzo da parte dei consumatori. Dopo alcuni cenni comparatistici agli istituti che hanno ispirato il legislatore italiano (il *reverse mortgage* degli ordinamenti anglosassoni, il *prêt viager* in Francia e la spagnola *hipoteca inversa*), il saggio prova dapprima a delinearne i caratteri essenziali (causa, oggetto, forma e struttura), per poi passare ad analizzare le figure affini già esistenti nell'ordinamento (il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto) e le peculiarità che lo contraddistinguono. Infine, il lavoro si sposta sugli aspetti più problematici dell'istituto *de quo*, quali i rapporti dello stesso con il patto commissorio e il patto marciano, le specificità relative alle trattative precontrattuali e al rimborso delle spese sostenute per il contratto in oggetto, alcuni dubbi in merito alla polizza assicurativa sull'immobile oggetto di ipoteca del prestito vitalizio, e così via, ipotizzando scenari e soluzioni in linea con l'ordinamento.

*Some considerations regarding the prestito vitalizio ipotecario*

This work analyses the Italian prestito vitalizio ipotecario – a legal arrangement introduced by the legislator about 15 years ago, and then recently reformed and updated with various implementation rules – to verify the main problematic aspects that (made and) make it a difficult tool to use by consumers. After some comparative references to the legal arrangements that inspired the Italian legislator (the reverse mortgage of the Anglo-Saxon systems, the *prêt viager* in France and the Spanish *hipoteca inversa*), the essay first outlines the essentials of *prestito vitalizio ipotecario* (cause, object, form and structure), only to then move on to analyse similar arrangements already existing in the legal system (loans, life trusts, bare ownership, payday loans) and the peculiarities that distinguish it. Finally, the work shifts to the most problematic aspects of *prestito vitalizio ipotecario*, such as the relationship with the *patto commissorio* and the *patto marciano*, the specificities relating to pre-contractual negotiations and the reimbursement of expenses incurred for the contract, some doubts with regard to insurance policies on property subject to mortgage of the *prestito vitalizio ipotecario*, and so on, hypothesising scenarios and solutions in line with the law.