

PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA: LE DISCIPLINE ITALIANA E SPAGNOLA A CONFRONTO

*LIFETIME MORTGAGE AND HIPOTECA INVERSA: THE COMPARISON BETWEEN
ITALIAN AND SPANISH REGULATIONS*

DRA. TIZIANA RUMI

Ricercatore confermato in Diritto privato
Università Mediterranea di Reggio Calabria

tiziana.rumi@unirc.it

RESUMEN: Lo scritto analizza il prestito vitalizio ipotecario, un nuovo prodotto finanziario, simile al lifetime mortgage inglese, destinato a soddisfare i bisogni sociali e di consumo di persone ultrasessantenni, prive di adeguata liquidità ma proprietarie della casa di abitazione, mettendo a confronto la disciplina italiana (legge n. 44/2015), con la normativa spagnola (Ley n. 41/2007).

PALABRAS CLAVE: prodotto finanziario; prestito ipotecario; garanzia ipotecaria; mercato immobiliare.

ABSTRACT: The paper analyzes the so called prestito vitalizio ipotecario, a new financial product (similar to the lifetime Mortgage) intended to satisfy the social and consumption needs of over 60 years people lacking adequate liquidity but owning a dwelling house, through a comparison between the Italian regulation (Legge n. 44/2015) and the Spanish Law (Ley n. 41/2007).

KEY WORDS: financial product; lifetime mortgage; financial mortgage; real estate market.

FECHA DE ENTREGA: 15/02/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: I. PREMESA.- II. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO.- III. LA GARANZIA IPOTECARIA E IL MANCATO RIMBORSO DEL FINANZIAMENTO.- IV. LA HIPOTECA INVERSA NELLA LEY 41/2007.- V. PROFILI DI DIFFERENZA TRA PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA.- IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESA.

L'esigenza di soddisfare bisogni sociali (personali e di consumo) provenienti da un crescente segmento di popolazione rappresentato da persone in età avanzata (*recte* ultrasessantenni) ha indotto molti legislatori europei a dotarsi, sull'esempio dei paesi anglosassoni, di un nuovo strumento finanziario che realizza forme di credito immobiliare legato alla casa di abitazione¹.

L'istituto, in Italia denominato prestito vitalizio ipotecario, ha trovato ampia diffusione anche in altri paesi di *civil law* come la Francia e la Spagna. Nella prima, infatti, la sua introduzione è avvenuta in occasione della Riforma del diritto delle garanzie, realizzata con l'*Ordonnance* 2006 – 346 del 23 marzo 2006, che ha novellato il *Code de la consommation* nella parte intitolata *Crédit*, inserendo un Capitolo IV, relativo al *Prêt viager hypothécaire* (nuovi artt. L. 314-1 – L. 314-20 c. cons.), mentre in Spagna si deve alla Ley 41/2007 del 7 dicembre di Riforma del mercato ipotecario l'introduzione della c.d. *hipoteca inversa*.

L'incidenza di questo istituto sulla disciplina del diritto reale di ipoteca e alcune differenze esistenti nei provvedimenti normativi citati appaiono sufficienti a giustificare un confronto tra la recentissima disciplina italiana del p.v.i. e la legge spagnola sulla *hipoteca inversa*.

¹ Ad esempio, in Inghilterra il *lifetime mortgage* è un finanziamento garantito da ipoteca su un immobile di proprietà del mutuatario, che consente a quest'ultimo di convertire parte del valore dell'immobile in contanti per soddisfare esigenze personali/di consumo, senza rinunciare alla propria abitazione e senza dover rimborsare periodicamente il prestito. Difatti, capitale ed interessi vengono capitalizzati periodicamente sul finanziamento originario e pagati alla fine del contratto, ovvero alla morte del mutuatario che fino a questo momento, continuando ad abitare l'immobile, risponderà della manutenzione e dei costi. Negli USA i prodotti più simili a questo sono i *reverse mortgage* (o "mutui al contrario") e, segnatamente, gli *home equity conversion mortgage* (HECM), regolamentati da un programma federale e richiesti da proprietari di immobili medio – piccoli, anche in considerazione degli esigui valori erogabili, ed i *jumbo reverse mortgage* che, viceversa, non prevedono limitazioni sugli importi finanziati e sono appetibili da parte dei proprietari di case di pregio. Per una disamina delle diverse tipologie di prestito vitalizio nel panorama finanziario europeo ed internazionale, cfr. ancora BUZZONETTI P.– PACELLA C., *Il prestito vitalizio*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, pp. 27 ss. Con riferimento al modello anglosassone cfr., altresì, CHESSA F.: "Il prestito vitalizio ipotecario", in *Immobili e proprietà*, n. 5/2006, pp. 305 s. e GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?", in *Corriere del merito*, n. 7/2011, p. 677.

II. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO.

Originariamente la normativa italiana sul p.v.i. era contenuta in un'unica laconica disposizione, rappresentata dall'art. 11 – *quaterdecies*, comma 12, d. l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248.

Tale disposizione, infatti, si limitava a definire questa particolare tipologia di credito immobiliare come prestito avente ad oggetto la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte degli intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti.

L'assenza di una disciplina a corredo di questa definizione ha reso il provvedimento insufficiente a promuovere l'avvio e lo sviluppo della operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto. Da qui l'opportunità di un ulteriore intervento legislativo volto ad individuare specificamente i diversi profili di questa nuova forma di finanziamento, che non possono essere regolamentati per analogia ai tradizionali mutui ipotecari².

A dieci anni di distanza da questo primo provvedimento il nostro legislatore è nuovamente intervenuto in materia con la legge 2 aprile 2015, n. 44 che ha modificato ed integrato³ la precedente disciplina del p.v.i. rinviando, per la definizione delle regole relative all'offerta dei prestiti vitalizi, ad un successivo decreto del Ministero dello sviluppo economico, sentite l'ABI e le associazioni dei consumatori⁴. La fisionomia e la *ratio* dell'istituto si deducono dalla nuova formulazione del comma 12 dell'art. 11 – *quaterdecies* d. l. 203/2005⁵. Sotto il profilo

² Cfr. RINALDI R. – VARRATI A.: “Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi”, in *Bancaria* n.3/2007, 70 s., cui si riferiscono i periodi riportati tra virgolette.

³ Come si dirà la nuova disciplina ha inciso su alcuni profili non secondari del p.v.i. e, segnatamente, con riguardo al termine di scadenza per il rimborso (in un'unica soluzione) del finanziamento; all'applicazione di alcune norme di favore dettate per il credito fondiario; alla definizione del regime fiscale applicabile all'operazione; all'individuazione di specifici strumenti a tutela della banca per recuperare prontamente e completamente il proprio credito qualora gli eredi del mutuatario non intendano o non possano accollarselo.

⁴ Vedi art. 11 – *quaterdecies*, comma 12 *quinquies*, come modificato dalla legge n. 44 del 2015.

⁵ Da questa disposizione emerge che “il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si

soggettivo l'ambito di applicazione di questa particolare tipologia di credito è molto limitato sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda. Possono concedere il mutuo, infatti, soltanto istituti di credito e intermediari finanziari regolarmente iscritti all'elenco dell'art. 106 T.U.B., e ciò al fine di garantire i mutuatari circa la provenienza del finanziamento da soggetti affidabili, in quanto autorizzati ed al contempo sottoposti ai penetranti controlli ed alla vigilanza della Banca d'Italia.

La previsione che attribuisce il potere di erogare il p.v. soltanto ad enti appositamente autorizzati consente, inoltre, di contenere il rischio di fallimento dell'ente finanziatore, rischio in genere gravante su coloro che decidono di usufruire del prestito sotto forma di rendita vitalizia e neutralizzabile soltanto con la sottoscrizione, da parte del mutuatario, di polizze assicurative collegate al finanziamento (sull'esempio di quanto succede nei paesi anglosassoni), con conseguente aggravio dei costi dell'operazione⁶.

Dal lato della domanda poi, possono richiedere il prestito soltanto i soggetti/persone fisiche di età superiore a sessant'anni (soglia più bassa della precedente fissata a sessantacinque anni) che siano in grado di garantire il finanziamento con ipoteca di primo grado sull'immobile residenziale (comma 12 – *quater*).

Dalla definizione di p.v.i. non emerge la finalità consumeristica dell'operazione, a differenza di quanto prevede, ad esempio, la disciplina francese sul *prêt viager hypothécaire*⁷, con la conseguenza di non escludere del tutto che il finanziamento sia diretto all'attività di impresa, svolta magari in forma individuale o di microimpresa, dal soggetto richiedente o dai suoi aventi causa⁸, o che il finanziamento avvantaggi l'eventuale terzo datore di ipoteca sull'immobile residenziale dell'anziano che, non avendo raggiunto i sessantanni di età, non possa direttamente accedere al p.v.i.⁹

Lo scopo sotteso all'operazione in commento viene comunemente rinvenuto nell'esigenza di *smobilizzare* una parte della cospicua ricchezza impegnata ancora oggi in immobili nella maggior parte dei paesi europei, tra cui l'Italia¹⁰, per far fronte ai

compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

⁶ Cfr. CHESSA F.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 307

⁷ Cfr. art. L. 314 – 2 *code de la consommation* per il quale "A peine de nullité, le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle".

⁸ In quest'ottica si può giustificare, come vedremo, l'estensione al p.v.i. della speciale disciplina contenuta all'art. 39, 4° comma, t.u.b.

⁹ Così GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 678. Allo stato, tuttavia, le condizioni contrattuali degli operatori del credito italiani che hanno introdotto il p.v.i. (Euvis S.p.A., Deutsche Bank, Monte dei Paschi di Siena e, più di recente, Banca Popolare di Milano, Barclay's, Cassa di Risparmio di S. Miniato, Cassa di Risparmio di Rimini ecc.) escludono alcuni impieghi del prestito tra cui il finanziamento di attività produttive o professionali dei mutuatari.

¹⁰ Da una recente indagine è emerso che il portafoglio delle famiglie italiane risulta generalmente composto da casa, contanti e depositi bancari. In particolare, da una scomposizione della ricchezza netta è emerso che nel 2010 l'84% delle attività reali totali (abitazioni, terreni, fabbricati non

bisogni specifici degli anziani¹¹ la cui domanda di liquidità è in forte crescita dato il progressivo invecchiamento della società e la crisi dei sistemi pensionistici¹².

La duttilità di questo strumento si apprezza al confronto con altri istituti come la vendita di nuda proprietà dell'immobile, i mutui tradizionali, la cessione del quinto della pensione, le fidejussioni personali dei genitori per aiutare i figli che sottoscrivono un mutuo. Il p.v.i., infatti, non priva l'anziano della proprietà dell'abitazione; non prevede un limite di età massima per il soggetto finanziato, né obblighi di rimborso rateale; non rappresenta una forma di anticipazione di liquidità che il sottoscrittore si ritrova a scontare da subito, con minori flussi di cassa dal mese successivo, a causa della trattenuta del quinto della pensione; non espone i genitori ai rischi di consistenti perdite patrimoniali che si paventano nelle ipotesi in cui i medesimi abbiano prestato fidejussione a favore dei figli sottoscrittori di un mutuo e, pertanto, si presenta particolarmente indicato quando è necessario procurarsi un'importante somma di denaro, non vi sia la capacità di rimborso necessaria e al tempo stesso non si voglia rinunciare alla proprietà dell'immobile¹³.

Le motivazioni che inducono gli anziani a chiedere il p.v.i. possono essere le più varie. Tra queste primeggia l'esigenza di aiutare i figli, esigenza che si traduce, ad esempio, nell'acquisto per loro conto della casa di abitazione, nel consolidamento dei loro debiti, nell'offerta di un supporto economico che consenta ai figli di rendersi economicamente indipendenti, mentre secondarie si presentano le finalità del mutuatario di integrare il proprio reddito e di estinguere con questo nuovo finanziamento i debiti pregressi.

Sotto questo profilo emerge la differenza tra il nostro sistema e quello anglosassone

residenziali ecc.) è rappresentato dalle abitazioni. La ricchezza in abitazione è quindi pari a oltre 4.950 miliardi di euro, circa 200 mila euro per famiglia. Cfr. MATTEI U. (a cura di): *Il risparmio immobiliare privato Bene comune certezza*, Bancaria, 2013, p. 13.

¹¹ In questo senso anche BRUCKER V. M.: "Le prêt viager hypothécaire", in *JCP, La semaine Juridique – Edition notariale et immobilière*, n. 19 dell'11 mai 2007, p. 35, per la quale "Ce nouvel outil a donc un champ d'application très delimité, en raison de son objectif: il s'agit de permettre aux particuliers à l'âge avancé de transformer du solide en liquide... C'est en tout cas le sens voulu et l'utilisation souhaitée par le législateur".

¹² Per queste considerazioni vedi anche FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie reali", in *Notariato*, n.4/2006, p. 501, nonché, FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica", in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2006, pp. 1191 s.

¹³ Cfr. BUZZONETTI P. – PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., pp. 21 ss. i quali evidenziano l'inopportunità del ricorso a questa tipologia di finanziamento quando il mutuatario dispone di altre alternative (ad es. è proprietario di una seconda casa che potrebbe vendere o affittare per ricavare la liquidità necessaria) o in ipotesi di piccoli prestiti (inferiori a 30.000 euro), in quanto i costi notarili per stipulare il p.v. diventano troppo elevati in rapporto all'entità del finanziamento al punto da non giustificare l'operazione, o, ancora, se il mutuatario non abbia alcun interesse a trasmettere la propria casa agli eredi, perché potrebbe ricavare dalla vendita della nuda proprietà più di quanto riceverebbe con il p.v. e, infine, se il richiedente il prestito debba trasferirsi in casa di cura per lunghi periodi di tempo e per fronteggiare i costi dell'assistenza sia costretto a locare l'abitazione. Tale soluzione non sarebbe, infatti, compatibile con il p.v. garantito da ipoteca immobiliare perché la casa data in locazione perde valore.

dove il ricorso al p.v. da parte dell'ultrasessantacinquenne è funzionale, principalmente, a migliorare la sua qualità di vita (cura della propria casa e del giardino, possibilità di andare in vacanza) e solo in minima parte a consolidare altri debiti o ad aiutare la famiglia¹⁴.

Quanto a struttura, il p.v.i. è, innanzitutto, un contratto di finanziamento (nelle variabili del mutuo, dell'apertura di credito, dell'erogazione periodica di denaro o nella combinazione delle tre formule anzidette)¹⁵ a medio e lungo termine, e comunque di durata non inferiore a 18 mesi¹⁶. Ciò si deduce dal riferimento contenuto al comma 12-*ter*, agli artt. 15 ss. D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 relativo alla disciplina delle agevolazioni tributarie (esenzione dalle imposte di registro, di bollo, ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative) per le operazioni di credito a medio e lungo termine. Il comma 3° del citato art. 15 considera tali le concessioni di credito di durata contrattuale superiore a 18 mesi. Gli enti che effettuano queste operazioni saranno tenuti a corrispondere un'imposta sostitutiva in misura dello 0,25% dell'ammontare complessivo dei finanziamenti riferibili all'acquisto della prima casa di abitazione e delle relative pertinenze. Fuori da questa ipotesi l'aliquota si applicherà in ragione del 2% dell'ammontare dei suddetti finanziamenti¹⁷.

In considerazione del fatto che il p. v. i. viene, di regola, rimborsato in un'unica soluzione al momento della morte del mutuatario, la nuova legge (come quella del 2005) consente al finanziatore la capitalizzazione annuale di interessi e spese, con evidente deroga alla più recente disciplina sul divieto di anatocismo¹⁸. Tale capitalizzazione è, però, esclusa in ipotesi di rimborso anticipato del prestito rispetto alla scadenza, secondo modalità concordate con il finanziatore al momento della

¹⁴ Vedi, ancora, BUZZONETTI P.–PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., p. 40.

¹⁵ Cfr. GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 679.

¹⁶ Ovviamente il p.v.i. ha una durata convenzionale (es. 20 – 30 anni) o comunque pari alla vita dei mutuatari. In ogni caso il mutuatario, previo accordo con il mutuante, ha diritto a rimborsare il prestito anticipatamente. Si pone in questo caso il problema di eventuali penali. Posto che il comma 12 *bis* non fa riferimento all'applicazione del primo comma dell'art. 40 t.u.b. dove si prevede un compenso omnicomprensivo per l'estinzione anticipata del credito è ragionevole ritenere che nel disciplinare i profili contrattuali il Ministro dell'Economia e delle Finanze detterà regole specifiche sul compenso spettante alla banca, come ha fatto il legislatore francese che all'art. L314 – 10 c. cons. fr., in caso di *remboursement anticipé*, riconosce alla banca il diritto di esigere un'indennità non superiore ad un ammontare fissato, secondo modalità determinate, con decreto in *Conseil d'Etat*.

¹⁷ Cfr. artt. 17 e 18 D.P.R. n. 601/1973.

¹⁸ Ed infatti la L. 11 agosto 2014, n. 116, di conversione del D. L. n. 91/2014 ha eliminato l'art. 31 del medesimo D.L. che, dopo l'intervento legislativo n. 147/2013 volto ad escludere definitivamente la pratica anatocistica, aveva surrettiziamente reintrodotta la legittimità dell'anatocismo sostituendo il 2° comma dell'art. 120 t.u.b. con la seguente previsione: "Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo...". In argomento cfr., da ultimo, GRIFFO D.: "Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita", in *Contratti*, n. 5/2015, pp. 507 ss. Per un esame dei *revirement* giurisprudenziali si rinvia alla ricognizione di CAVONE F.: "L'anatocismo nell'evoluzione giurisprudenziale", in *Corriere giuridico*, n. 5/2013, pp. 706 ss.

sipulazione del contratto (comma 12 - *bis*), nonché, riteniamo, in ipotesi di risoluzione del contratto di finanziamento che opera, in virtù del richiamo all'art. 40 comma 2 t.u.b., in caso di inadempimento dell'obbligo di rimborso anticipato da parte del mutuatario¹⁹. Alla morte del soggetto finanziato quale momento che segna il *dies* del rimborso si fanno equivalere gli atti di alienazione dell'immobile e la costituzione di diritti reali di godimento o di garanzia a favore di terzi.

Il p.v.i. comporta dei costi fissi iniziali (perizia dell'immobile, spese notarili, di istruttoria, di assicurazione obbligatoria sulla casa) che vengono dedotti dall'importo del finanziamento e dei costi variabili perché connessi alla durata del finanziamento²⁰. La stessa entità del debito alla scadenza non è predeterminabile al momento della conclusione del contratto, dipendendo da fattori di incertezza come la durata della vita del finanziato, l'evoluzione dei tassi di interesse nel tempo, le dinamiche del mercato immobiliare che nel medio/lungo periodo possono risentire delle variazioni dei prezzi degli immobili residenziali ecc., tutti fattori che potrebbero determinare il rischio di *cross-over* del finanziato, o meglio dei suoi eredi (puri e semplici ed ignari del mutuo) costretti a rimborsare un prestito di gran lunga più elevato del valore dell'immobile concesso in garanzia²¹.

¹⁹ Sarebbe, questa, una soluzione omogenea a quella operante in materia di credito fondiario che ha ricevuto, di recente, l'avallo della giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 3 marzo 2015, n. 4230, in *Diritto & Giustizia*, 2015, p. 40, con nota di Caputo. Nel caso di specie la S.C. - dopo aver ribadito che il divieto di anatocismo ex art. 1283 c. c. si applica anche alle operazioni di credito fondiario considerando che la struttura di tale forma di finanziamento ha perso quella connotazione pubblicitica dell'attività svolta dai soggetti finanziatori, nella quale risiedevano le ragioni della sottrazione al divieto in parola - ha precisato che la risoluzione del contratto di mutuo non autorizza il superamento del limite di cui all'art. 1283 c.c. Tale risoluzione, infatti, "obbligherebbe il mutuatario inadempiente al pagamento integrale delle rate già scadute e alla immediata restituzione della quota di capitale ancora dovuta, ma non al pagamento degli interessi conglobati nelle semestralità a scadere, dovendosi invece calcolare, sul credito così determinato gli interessi di mora ad un tasso corrispondente a quello contrattualmente pattuito, se superiore al tasso legale, secondo quanto previsto dall'art. 1224, comma 1, c. c..

²⁰ Il meccanismo di calcolo di questo prestito prevede diverse fasi. Innanzitutto si incarica una società qualificata ed indipendente di effettuare una perizia sull'immobile al fine di determinarne il reale valore di mercato. Quindi si prendono in considerazione l'età e la tipologia dei richiedenti (maschi, femmine, coppie) e in base a questi parametri si determina il *loan to value* (LTV), un coefficiente percentuale che moltiplicato per il valore risultante dalla perizia rilascia il valore massimo di prestito erogabile. Ovviamente ciò non preclude al cliente di richiedere un importo minore, ma sufficiente alle proprie esigenze, per contenere il costo degli interessi futuri. Così BUZZONETTI P. – PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., p. 13.

²¹ Tale rischio, prima dell'entrata in vigore della legge in commento gravante sul soggetto finanziato, poteva essere arginato in due modi. Innanzitutto, attraverso la determinazione del "loan to value: quanto più bassa era l'entità originaria del finanziamento in relazione al valore dell'immobile, tanto minore era il rischio di *cross - over*, oppure dando facoltà al debitore di stipulare una garanzia assicurativa, accessoria al finanziamento, contro il rischio di *default*. Sul punto cfr. CERINI D.: "Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione", in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, n.2/2006, pp. 516 ss. Sulle garanzie assicurative supplementari si sono manifestate, da parte della dottrina francese, non poche perplessità. Si ritiene, infatti, che queste sarebbero inutili e senza effetto dal momento che l'ammontare del debito viene da principio commisurato al valore del

A tal riguardo è opportuno evidenziare che la nuova disciplina ha eliminato il suddetto rischio: il nuovo comma 12 – *quater*, infatti, ha previsto che *l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute*. Sebbene la legge non specifichi il rimedio eventualmente applicabile qualora l'ammontare del debito superi il ricavato della vendita dell'immobile sembra ragionevole ritenere che il finanziatore non possa pretendere un importo superiore a quello ottenuto dalla vendita del bene. Si tratta di una soluzione simile a quella individuata dall'art. L314 – 9 c. cons. fr. dove si prevede che il debito nei confronti del finanziatore non può eccedere il valore dell'immobile come stimato al momento della scadenza del finanziamento (c.d. *plafonnement de la dette*) e, quindi, il rischio di *cross-over* viene allocato sul finanziatore²².

III. LA GARANZIA IPOTECARIA E IL MANCATO RIMBORSO DEL FINANZIAMENTO.

Caratteristica peculiare del p.v.i. è quella di essere garantito da ipoteca di primo grado sull'immobile. E' evidente l'analogia con il credito fondiario²³ destinatario, come è noto, di una disciplina privilegiata rispetto a tutte le altre forme di mutuo²⁴.

bene dato in garanzia e che, in genere, i creditori sono soliti coprirsi dal rischio di improvvisa svalutazione del mercato immobiliare e da quello di una maggiore longevità del finanziato rispetto alla prospettiva di vita allo stesso riconosciuta, erogando un prestito vitalizio (comprensivo di capitale e interessi) di gran lunga inferiore al valore del bene dato in garanzia. Così BRUCKER V. M.: “Le prêt viager hypothécaire”, cit., 36. Nei Paesi anglosassoni tale rischio è gestito attraverso polizze assicurative e mediante una speciale garanzia definita “*no negative equity* (Nneg). In questo modo il cliente è sicuro che l'importo massimo dovuto alla scadenza del contratto (capitale e interessi) non potrà superare il valore di realizzo dell'abitazione data in garanzia. Così RINALDI R.– VARRATI A., *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, cit., p. 66.

²² Tale regola viene parzialmente derogata in caso di rimborso (totale o parziale) anticipato su richiesta del finanziato perché quest'ultimo dovrà restituire l'intero debito maturato alla richiesta di rimborso, indipendentemente dal valore dell'immobile, nonché pagare al finanziatore un'indennità (art. L314-10 c. cons. fr.).

²³ Questa tipologia di mutuo, regolata dagli artt. 38 – 41 T.U.B., necessita per la sua configurabilità di una pluralità di elementi: il finanziamento deve essere di durata a medio e a lungo termine, ovvero superiore a diciotto mesi; la garanzia deve essere un'ipoteca di primo grado su beni immobili; l'ente finanziatore deve essere necessariamente una banca; l'importo del mutuo non deve superare una determinata soglia. Cfr. BALESTRA L.: “Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità”, in *Fallimento*, 2014, p. 412. L'attuale regolamentazione del credito fondiario è frutto di una evoluzione storica dell'istituto originariamente disciplinato dal testo unico delle leggi sul credito fondiario (r.d. 16 luglio 1905, n. 646) composto da un centinaio di articoli volti a realizzare l'obiettivo di conciliare gli interessi di sicurezza e remunerazione dei finanziatori con quella di durata del prestito e di contenimento dei costi dei mutuatari. A tal fine era stato elaborato lo strumento delle cartelle fondiarie (titoli di credito che venivano collocati sul mercato solo da istituti a ciò autorizzati) cui corrispondevano le diverse operazioni di mutuo. Si veniva a creare, così, una vera e propria corrispondenza tra ogni operazione di impiego del denaro (concessione di mutuo) ed ogni operazione di provvista, corrispondenza che garantiva la stabilità degli istituti di credito. A partire dagli anni '70 inizia un lento processo di erosione che conduce a ridurre progressivamente le differenze tra mutuo ipotecario ordinario e mutuo fondiario (d. l. 13 agosto 1975, n. 376, conv. In l.

Del credito fondiario, per espressa previsione di legge, sono applicabili al p.v.i., oltre all'art. 40, comma 2° t.u.b., anche il precedente art. 39, commi 1,2,3,4 e 7 che introduce una serie di vantaggi per l'istituto finanziatore, in deroga sia alla disciplina dell'ipoteca che alla revocatoria fallimentare. Il rinvio all'art. 40, 2° comma, t.u.b. consente di equiparare, sotto il profilo degli effetti, l'inadempimento del mutuatario che sia venuto meno all'impegno di rimborsare anticipatamente il prestito, all'inadempimento del finanziato che, avendo ricevuto il credito fondiario, per ben sette volte abbia ritardato di pagare eseguendo la prestazione fuori dal periodo temporale stabilito dalla norma (ovvero tra il trentesimo ed il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata), e di qualificarlo come inadempimento *di non scarsa importanza* ai sensi dell'art. 1455 c. c., in quanto la norma richiamata, in siffatte ipotesi, legittima il mutuante a richiedere la risoluzione del contratto.

Ma il profilo più interessante è dato, senza dubbio, dalla disciplina dell'ipoteca che il p.v.i. mutua dal credito fondiario, e che costituisce il perno di questa nuova forma di prestito ipotecario non finalizzato.

16 ottobre 1975, n. 492; d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7; l. 6 giugno 1991, n. 175; d. lg. 14 dicembre 1992, n. 481). Ma è l'introduzione del t.u.b. a modificare completamente lo scenario. L'esercizio di tale credito non è più riservato ad Istituti specializzati (vengono meno i profili di specialità sotto il profilo soggettivo), non è quindi collegato in nessun modo a particolari forme di raccolta del risparmio e, ciononostante, mantiene alcuni privilegi del precedente regime tra cui il consolidamento breve delle ipoteche e l'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti effettuati dal mutuatario (v. TARZIA G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa", in *Fallimento*, n. 2/2013, pp. 214 ss.). Sul punto cfr., *ex multis*, FALCONE G.: "Riflessioni sulla nozione di finanziamento negli artt. 38 ss. del D. Lgs. n. 385 del 1993: Il credito fondiario come contratto", in *Dir. Fall.*, 1999, I, pp. 659 ss.; BOZZA G.: "Il credito fondiario nel nuovo testo unico bancario", Padova, 1996; TARDIVO C. M.: "Il credito fondiario nella nuova legge bancaria", Milano, 1995.

²⁴ Si parla oggi di "specialità debole" per indicare che essa è ormai circoscritta ai soli profili oggettivi (modalità tecniche di esercizio del credito, oggetto del credito fondiario costituito soltanto da "finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili). Vedi BOATTO S.: "Sub art. 38", in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, tomo I, Torino, 2013, pp. 346 s. Sulla controversa figura del mutuo fondiario il dibattito dottrinale ha ricevuto, di recente, nuova linfa dopo un *set* di pronunce della Suprema Corte, l'ultima delle quali datata 27 dicembre 2013, n. 28662, che ha escluso la nullità del contratto di credito fondiario, stipulato solo per estinguere pregresse esposizioni debitorie del mutuatario, per violazione dell'art. 38 t.u.b., e segnatamente, del limite di finanziabilità ivi previsto. Sul punto, per una ricostruzione delle problematiche sottese all'applicazione dell'art. 38 citato e, più in generale, alla disciplina del credito fondiario cfr., PAGLIANTINI S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", in *Contratti*, n. 5/2014, pp. 439 ss., nonché *ibidem*, D'AMICO G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", 450 ss. che critica le (diverse) tesi sulla nullità del contratto di mutuo fondiario muovendo dall'idea che l'art. 38 non sia una norma "imperativa" nel senso tradizionale del termine (ovvero della obbligatorietà di un contenuto negoziale), ma piuttosto una norma "delimitativa" della fattispecie alla quale ricollegare la disciplina (più favorevole alla Banca) che caratterizza il mutuo fondiario. In questa logica, l'operazione di finanziamento concesso alla società mutuataria per estinguere i debiti preesistenti, non può essere qualificata credito fondiario ed essere destinataria della relativa disciplina "speciale" in quanto "la Banca non assume alcun (nuovo) rischio: anzi essa riduce il rischio preesistente, [...] acquisisce (per il credito che sorge in relazione al "nuovo" finanziamento) una garanzia che prima non aveva.

Tale disciplina si presenta differente (sempre nell'ottica di un bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti) rispetto a quella rinvenibile nel codice civile. Ai sensi dell'art. 39 t.u.b., infatti, si consente alla Banca - in deroga a quanto previsto dall'art. 2839, 2° comma, n. 2, c.c.²⁵ - di eleggere domicilio, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, presso la propria sede per consentire agli istituti finanziatori, provvisti di una presenza capillare sul territorio, di poter gestire in modo più efficiente i singoli rapporti di credito²⁶. Il secondo comma dell'art. 39 tub prevede l'ipotesi in cui la stipulazione del contratto di mutuo e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, nel senso che il perfezionamento e l'esecuzione del rapporto di finanziamento si realizzano con la modalità del doppio contratto. In questo caso il conservatore dei registri immobiliari che iscrive ipoteca al momento della stipulazione del contratto di mutuo dovrà annotare a margine di tale iscrizione sia l'avvenuta erogazione del finanziamento in base alla quietanza rilasciatagli dal beneficiario del prestito, sia la variazione del tasso di interessi concordata dalle parti. Vi è, dunque, la possibilità di fissare il tasso definitivo con il quale il mutuo verrà ammortizzato in un momento successivo all'iscrizione ipotecaria, e, soprattutto, si consente alla garanzia già iscritta di estendersi anche agli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa.

E' evidente la deroga al principio di specialità dell'ipoteca sancito dagli artt. 2809, 1° comma, c. c. (laddove stabilisce che l'ipoteca deve essere iscritta per una somma determinata di denaro) e 2839, n. 5, c. c. (nella parte in cui prevede che la nota di iscrizione deve indicare gli interessi e le annualità che il credito produce) il cui obiettivo è sostanzialmente quello di fornire una cautela contro l'instabilità dei mercati.

L'art. 39, comma 3, Tub stabilisce poi che Il credito della banca relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione è garantito dall'ipoteca iscritta a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione di dette clausole. L'adeguamento dell'ipoteca si verifica automaticamente se la nota d'iscrizione menziona la clausola di indicizzazione. In questo caso, quindi, il credito per interessi derivante dal finanziamento viene determinato *per relationem* attraverso le clausole di indicizzazione e viene collocato nel medesimo grado dell'ipoteca già iscritta. E' evidente, anche qui, la deroga al principio di *specialità* dell'ipoteca (art. 2855, comma 2, c. c.) in quanto si prevede la prelazione ipotecaria dei mutui indicizzati (per capitale ed interessi) sempre che la nota di trascrizione contenga la clausola di indicizzazione²⁷.

²⁵ Tale norma prevede che la banca, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, deve eleggere domicilio nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari a sua volta individuato ex art. 2827 c. c. in base al luogo in cui si trova l'immobile.

²⁶ Sul punto cfr. SEPE M.: "Sub art. 39", in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012, 447, nonché BOATTO S.: "Sub art. 39", in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo I, a cura di C. Costa, Torino, 2013, 372.

²⁷ Sul punto, anche in ordine alla disciplina del credito fondiario previgente al t.u.b., cfr. BOATTO S.: "Sub art. 39", cit., 374 ss.

Quanto, infine, all'applicazione al p.v.i. dell'art. 39, 4° comma, t.u.b.²⁸ vale la pena evidenziare che, nell'ipotesi di p.v.i., il problema dell'esenzione dell'ipoteca dalla revocatoria fallimentare comunque non si pone quando il destinatario del finanziamento sia un consumatore o, al più, un imprenditore individuale non soggetto alla procedura fallimentare.

Espressione di un certo *favor* per il finanziato è, poi, l'estensione al beneficiario del p.v.i. del 7° comma dell'art. 39 t.u.b. che concerne i diritti di scritturato e gli emolumenti ipotecari nonché i compensi spettanti al notaio. Al fine di incentivare il ricorso a questo strumento di finanziamento, infatti, gli atti e le formalità ipotecarie vengono considerati *ex lege* come un'unica operazione e gli onorari notarili vengono ridotti alla metà. Ma è con riguardo al mancato rimborso del prestito che la nuova disciplina del p.v.i. presenta qualche particolarità rispetto sia alla normativa interna sul credito fondiario che al modello francese di p.v.i. Il nuovo comma 12 - *quater* prevede, infatti, che *Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso.*

L'art. 41 del t.u.b. disciplina il procedimento esecutivo sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari prevedendo il diritto della banca finanziatrice di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale su tali beni anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore con ciò riconoscendo, secondo l'interpretazione più corretta, all'istituto di credito un mero privilegio processuale, dovendo comunque l'ente finanziatore chiedere, per ottenere pieno e concreto riconoscimento delle proprie pretese, l'ammissione del credito fondiario al passivo fallimentare nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Ne consegue che il bene verrà venduto all'asta e l'aggiudicatario (o l'assegnatario nella diversa ipotesi di assegnazione in proprietà), che non eserciti la facoltà (prevista dal 5° comma dell'art. 41 t.u.b.) di subentrare al debitore nel contratto di finanziamento sarà tenuto a versare direttamente alla banca la parte corrispondente al suo credito, mentre la somma ricavata dall'esecuzione in eccedenza rispetto alla quota spettante all'istituto di credito verrà attribuita al fallimento.

Nell'ipotesi del p.v.i., la particolarità è che l'immobile deve essere venduto dal finanziatore (anche attraverso il meccanismo dell'asta pubblica) necessariamente ad un valore pari (o superiore) a quello di mercato (accertato da un perito indipendente) e le somme ricavate dalla vendita saranno impiegate per estinguere il

²⁸ In dottrina, tuttavia, si è evidenziato il contrasto tra l'art. 39, 4° comma, t.u.b. e l'art. 67, 4° comma l. fall., in quanto, mentre la prima norma si limita ad esentare da revocatoria le ipoteche a garanzia dei finanziamenti quando sono state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento, il 4° comma dell'art. 67 l. fall. vi esclude le operazioni di credito fondiario in generale, e, quindi, anche le ipoteche iscritte nei dieci giorni che precedono la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, con implicita abrogazione del 4° comma dell'art. 39 t.u.b. Cfr. SANGIOVANNI V.: "Le particolarità fallimentari del credito fondiario", in *Fallimento*, n.10/2011, pp. 1149 s.

credito derivante dal finanziamento. Anche in questa ipotesi, tuttavia, si tiene conto della possibile eccedenza del ricavato della vendita rispetto a quanto necessario per estinguere il credito e si prevede che tale eccedenza sia riconosciuta al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa²⁹.

Non è previsto, invece, a differenza di quanto avviene nel modello francese (art. L. 314-13 c. cons.)³⁰, che, in caso di mancato rimborso del prestito da parte del mutuatario, dei suoi eredi e aventi causa, il finanziatore possa vedersi attribuita la proprietà dell'immobile mediante decisione del giudice o in virtù di un patto commissorio, che in ipotesi viene ammesso nonostante l'immobile costituisca la residenza principale del debitore³¹.

Al fine di favorire la circolazione degli immobili residenziali che, ipotecati, garantiscono il p.v.i., il legislatore, considerando le difficoltà del finanziatore a vendere tali beni al valore di mercato, ha previsto un meccanismo che consente di abbassare progressivamente il loro prezzo. Infatti, trascorso un anno da quando il creditore avrebbe potuto alienare l'immobile senza che la vendita abbia avuto luogo, il valore del bene viene decurtato del 15% per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile o, in alternativa, il finanziatore potrebbe, d'accordo con l'erede, incaricare quest'ultimo di vendere l'immobile entro dodici mesi dal conferimento dell'incarico. Sempre nella medesima ottica di agevolare l'acquisto di tali beni, il nostro legislatore ha, poi, stabilito che *nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'art. 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto.*

²⁹ Per l'analogia soluzione nel modello francese, cfr. art. L 314-9 c. cons. ai sensi del quale "Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers".

³⁰ Tale disposizione al 2° comma stabilisce che "A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix: - poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente; - ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissaire alors même que celui - ci constituait la résidence principale de l'emprunter".

³¹ La norma in commento, infatti, deroga alla nuova disciplina sulle garanzie reali introdotta in Francia con l'Ordonnance 346 del 2006, la quale, "purché non si tratti dell'immobile ove il debitore risiede, consente al creditore di domandare in giudizio l'assegnazione dell'immobile ipotecato a titolo di pagamento (nuovo art. 2458 *code civil*), e permette di inserire nell'atto costitutivo dell'ipoteca volontaria la clausola commissoria (nuovo art. 2459 *code civil*). In entrambe le ipotesi l'immobile deve essere stimato da un perito, nominato di comune accordo o designato dal giudice; se il valore del bene eccede la garanzia, il creditore versa al debitore l'eccedenza (nuovo art. 2460 *code civil*). Così CHIANALE G.: *L'Ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 6, sec. ed., Utet, Torino, 2010, p. 32. Attenta dottrina, tuttavia, ha evidenziato come la novellata disciplina d'oltralpe sulle garanzie reali non abbia sancito l'ammissibilità del patto commissorio vero e proprio, ma piuttosto il ritorno (...) dell'antica (e mai abbandonata) formula del "patto marciano, che non a caso -...- ha da sempre rappresentato una delle soluzioni (alternative) maggiormente praticate per non incorrere nel divieto della *lex commissoria*. Così D'AMICO G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in AA. VV., *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2013, 598.

L'acquirente, quindi, potrà opporre il proprio acquisto, sia nei confronti di terzi in buona fede che abbiano acquistato beni immobili o mobili registrati dall'erede o dal legatario apparente e ciò sebbene, in deroga a quanto prevede l'art. 2652 n. 7 c. c. e più in generale al principio della pubblicità sanante³², la trascrizione della domanda giudiziale di contestazione dell'acquisto non sia eseguita tempestivamente, ovvero entro i cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* impugnato; sia nei confronti dei legittimari pretermessi che abbiano trascritto, successivamente ai terzi acquirenti, le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima, e ciò anche fuori dall'ipotesi prevista al n. 8 dell'art. 2652 c. c.³³, ovvero anche se la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione per lesione di legittima sia avvenuta prima che siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione.

IV. LA HIPOTECA INVERSA NELLA LEY 41/2007.

La Ley 41/2007 del 7 dicembre, che ha modificato la Ley 2/1981 del 25 marzo, *de regulación del Mercado hipotecario*, disciplina, nella sua prima disposizione addizionale (da ora DAP), la c. d. *hipoteca inversa*³⁴. Si tratta di un *producte hipotecari* che permette agli individui in età avanzata di ottenere un credito bancario per far fronte ai propri

³² In base a questo principio, infatti, la trascrizione dell'acquisto dal falso erede o dal falso legatario, decorsi cinque anni, viene (nei confronti degli acquirenti di buona fede) ad assumere una efficacia sanante del titolo mancante o invalido. Sul punto si rinvia in particolare a GABRIELLI G.: *La pubblicità immobiliare, Trattato Sacco*, vol. 4, Utet, Torino, 2012, pp.143 ss. dove anche un confronto fra le norme degli artt. 534 u. c. e 2652, n. 7, c.c., e già prima PUGLIATTI S.: *La trascrizione*, in *Trattato Cicu – Messineo*, XIV, tomo 2, Giuffré, Milano, 1989, pp. 477 ss.

³³ La norma, infatti, tutela i terzi in buona fede che hanno acquistato diritti a titolo oneroso in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione solo se quest'ultima sia stata eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione, consentendo, diversamente, ai legittimari di poter far salve le proprie pretese.

³⁴ L'espressione *hipoteca inversa*, impiegata per identificare il nuovo istituto, si presenta alquanto fuorviante. Se nella prassi per *hipoteca inversa* si intende un'operazione di senso contrario a quello che abitualmente caratterizza l'ipoteca ordinaria (nel senso che si riceve anticipatamente il denaro che si otterrà dalla vendita della casa di abitazione, mentre nell'ipotesi dell'ipoteca vera e propria ci si rivolge ad un istituto di credito per ottenere in prestito una somma necessaria ad acquistare un'abitazione e si garantisce il rimborso del mutuo con l'immobile gravato dalla garanzia), giuridicamente l'*hipoteca inversa* non è affatto assimilabile al diritto reale di ipoteca (sebbene nasca con l'iscrizione nel Registro ipotecario e si estingua per le stesse cause previste per le altre ipoteche) ma è 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. Cfr., tra gli altri, FERRANDIZ GABRIEL J.R.: "Derecho Hipotecario", *Anales IX 2007 – 2008*, 46. Per uno studio approfondito sull'istituto cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ H.: *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

bisogni quotidiani, in particolare nelle ipotesi di soggetti privi di prestazioni pensionistiche o, al più, titolari di pensioni minime³⁵.

La finalità è, anche qui, essenzialmente sociale: dare risposta alla necessità sempre più avvertita dalla crescente popolazione anziana di aumentare la propria capacità economica per far fronte ai bisogni esistenziali e di consumo incrementando, con questo denaro, le rendite provenienti da altre fonti³⁶. Perché si costituisca la *hipoteca inversa* è necessario che il credito sia garantito mediante ipoteca su un bene immobile che rappresenti la residenza abituale del richiedente (*vivienda habitual*) e sempre che concorrano i seguenti requisiti: a) che il richiedente e i beneficiari che questi può designare siano persone di età uguale o superiore ai 65 anni o affetti da *dependencia severa* o *gran dependencia*³⁷, b) che il debitore disponga dell'importo del prestito o

³⁵ Cfr. MORENO H. S., "La hipoteca inversa en la LLei 41/2007 del mercat hipotecari", in *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 10, 2009, p. 45. L'autore rileva che, prima della sua regolamentazione giuridica, la *hipoteca inversa* era già presente nella pratica bancaria e veniva destinato ad un gruppo determinato di soggetti: il richiedente il prestito doveva essere proprietario dell'abitazione e avere più di 70 anni; doveva risiedere abitualmente in questa abitazione che, a sua volta, doveva essere un bene soggetto a tassazione e situato in una zona urbana.

³⁶ I dati statistici hanno evidenziato che a dicembre 2008 la pensione media in Spagna si attestava sui 725,23 euro e che rispetto alla media europea la spesa per le pensioni in Spagna sia sensibilmente più bassa che nel resto d'Europa (solo il 9% del PIB) mentre la percentuale di abitazioni di proprietà (83 %) è di gran lunga superiore rispetto alla media europea (60%). Tutti fattori che hanno creato le condizioni per il proliferare di diversi meccanismi volti a migliorare la qualità di vita delle persone in età avanzata, tra i quali rientra la *hipoteca inversa*. Così ancora MORENO H. S., "La hipoteca inversa", cit., p. 46.

³⁷ Per stabilire se il richiedente il prestito si trovi in una situazione di *dependencia severa* o *gran dependencia*, occorre far ricorso alla Ley 39/2006 del 14 dicembre, concernente la *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. L'art. 2.2 della citata legge definisce la *dependencia* come lo stato di carattere permanente in cui si trovano le persone che, per ragioni derivanti dall'età, l'infermità o l'incapacità, e legate alla mancanza o alla perdita di autonomia fisica, mentale, psichica o sensoriale, necessitano dell'attenzione di altra o altre persone o di aiuti importanti per realizzare le attività fondamentali della vita quotidiana o, nel caso di persone con incapacità psichiche o infermità mentale, di altri sostegni per la propria autonomia personale. Il successivo art. 26.1, poi, stabilisce tre gradi di "dipendenza", moderata, severa e grande, ma la Ley 41/2007 si applica qualora ricorra uno degli ultimi due. La dipendenza di I grado, o *moderada*, implica che la persona necessiti di aiuto per realizzare varie attività fondamentali della vita quotidiana, almeno una volta al giorno o necessita di aiuto discontinuo o limitato per la sua autonomia personale. La dipendenza di II grado o *dependencia severa*, si ha quando la persona necessita di aiuto per realizzare varie attività essenziali della vita quotidiana due o tre volte al giorno, ma non necessita del supporto permanente di un accompagnatore, mentre quella di III grado o *gran dependencia* si verifica quando la persona necessita di aiuto per realizzare varie attività essenziali della vita quotidiana diverse volte al giorno e, a causa della sua perdita totale di autonomia fisica, mentale, psichica e sensoriale, necessita del supporto indispensabile e continuo di un'altra persona. Sul punto cfr. FERRANDIZ GABRIEL J. R.: "Derecho Hipotecario", cit., 51 s. Vale la pena precisare che mentre il progetto di legge considerava richiedenti gli anziani ultrasessantacinquenni e le persone affette da *dependencia*, consentendo alla Ley di avere un ampio ventaglio di possibilità applicative, la versione finale della Ley 41/2007 ha limitato l'ambito soggettivo di applicazione alle persone affette da *dependencia* severa o grande, nonostante la proposta di emendamento n. 58 che prevedeva l'inclusione di tutte le persone affette da qualunque situazione di *dependencia* o *discapacidad*. Cfr. QUESADA SÁNCHEZ A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 81, 2009, p. 141.

credito mediante erogazione periodica o unica, c) che il rimborso del debito sia esigibile esclusivamente dal creditore e che la garanzia sia escutibile nel momento in cui muore il mutuatario o, se così è convenuto in contratto, quando morirà l'ultimo dei beneficiari, d) che l'abitazione ipotecata sia un bene tassabile e assicurato contro i danni secondo i termini ed i requisiti stabiliti negli art. 7 e 8 della Ley 2/1981, del 25 marzo, di Regolamentazione del Mercato Ipotecario³⁸.

L'ambito soggettivo di applicazione è, poi, integrato, dal lato dell'offerta, dal comma 2° della DAP in cui si afferma che le ipoteche a cui si riferisce la normativa potranno essere concesse soltanto dagli enti creditizi o dagli enti assicurativi autorizzati ad operare in Spagna, senza pregiudizio dei limiti, requisiti e condizioni che agli enti assicurativi imponga la propria normativa di settore. Non risulta disciplinato, invece, il regime di trasparenza e commercializzazione dell'ipoteca inversa, per il quale anche la normativa spagnola, come quella italiana, rinvia ad un successivo intervento del Ministro dell'economia e dell'Industria.

Trattandosi, tuttavia, di un'importante operazione finanziaria per le ricadute patrimoniali che la stessa può determinare sul mutuatario e sui suoi eredi, la legge spagnola ha previsto nel 4° comma della DAP che tutti gli enti legittimati a concedere *hipoteca inversa* dovranno offrire servizi di consulenza gratuita (*asesoramiento independiente*) ai richiedenti questo prodotto creditizio, tenendo in considerazione la loro situazione finanziaria ed i rischi economici che derivano dalla sottoscrizione di questo prodotto finanziario.

La scadenza contrattuale per la restituzione del finanziamento è fissata anche qui al momento della morte del debitore o, se lo prevede il contratto, al momento della morte dell'ultimo dei beneficiari. In tali ipotesi gli eredi del debitore ipotecario saranno di fronte ad un bivio: potranno cancellare il prestito, per come pattuito, pagando al creditore il capitale più gli interessi nel frattempo maturati³⁹, oppure potranno decidere di non effettuare alcun rimborso ed in tal caso il creditore *sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia*⁴⁰.

E' possibile, peraltro, che il debitore ipotecario, dopo aver ricevuto il prestito, abbia volontariamente alienato il bene ipotecato, con la conseguenza di vedersi richiedere dal creditore il rimborso anticipato del prestito o credito garantito (soluzione analoga a quella prevista dagli ordinamenti italiano e francese), a meno che (e qui sta la differenza) il debitore proceda *a la sustitución de la garantía de manera suficiente*.

I commi 7 – 9 della DAP concernono, poi, i benefici fiscali e notarili ricollegati alla sottoscrizione di una *hipoteca inversa*, mentre del tutto peculiari si presentano i commi 10 e 11 che chiudono il provvedimento in esame. Il primo di essi, infatti, prevede la

³⁸ Così la “*Disposición adicional primera. Regulación relativa a la hipoteca inversa*”, comma 1, lett. a – d, della Ley n. 41/2007.

³⁹ Cfr. DAP, comma 5, Ley 41/2007

⁴⁰ Così la DAP, comma 6, dove si aggiunge che “*A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*”.

possibilità che si costituiscano *hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante*, con la precisazione, però, che queste ipoteche non saranno applicabili i commi precedenti della DAP. Il comma 11, invece, completa la disciplina della *hipoteca inversa*, prevedendo che per quanto non previsto dalla DAP, potranno applicarsi all'istituto le norme già esistenti nella legislazione che siano con esso compatibili.

V. PROFILI DI DIFFERENZA TRA PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA.

Passando in rassegna la legislazione spagnola sulla *hipoteca inversa* emergono importanti elementi di divergenza con la nuova disciplina italiana del p.v.i. Sotto il profilo soggettivo si evidenzia immediatamente il suo più ampio ambito di applicazione rispetto alla normativa interna. Difatti, dal lato della domanda, la Ley 41/2007 considera due figure: il richiedente ed i beneficiari⁴¹.

Entrambi, secondo l'art. 1, lett. a) DAP, devono essere persone fisiche di età uguale o maggiore di 65 anni o affetti da *dependencia severa* o *gran dependencia*. Sorvolando sui problemi relativi alla previsione di un elevato limite di età dei beneficiari dell'*hipoteca*⁴² ed alla individuazione della situazione di *dependencia severa* o *gran dependencia* quale requisito alternativo per ottenere il prestito⁴³, resta fermo che l'ambito soggettivo di operatività di questa regola si prospetta abbastanza esteso perché può includere tra i beneficiari non solo i figli/familiari del richiedente che abbiano i suddetti requisiti di età o di *dependencia* ma anche terzi che non hanno i requisiti per chiedere personalmente il prestito e che, magari, possono essere

⁴¹ Sebbene la Ley si riferisca al richiedente singolarmente inteso, non sembra ci siano ostacoli ad ammettere che due anziani, abitualmente conviventi nella stessa abitazione, ottengano *hipoteca inversa*. Entrambi saranno considerati richiedenti/debitori. Peraltro, il riferimento contenuto nella norma a richiedenti e beneficiari consentirebbe di risolvere, comunque, il problema con la designazione di un coniuge come richiedente e dell'altro come beneficiario, in caso di morte del primo. Nello stesso senso MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 52.

⁴² Evidenzia MORENO, H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 49, che limitare l'età dei beneficiari di *hipoteca inversa* ai 65 anni rappresenta un ostacolo alla presunta funzione sociale della Ley, poiché la finalità dell'istituto è quella di dare risposta alle necessità della terza età che statisticamente non cominciano a 65 anni ma prima. Non a caso negli USA l'età minima per poter essere beneficiari di *hipoteca inversa* è pari a 62 anni, mentre in Inghilterra è pari a 55 anni ed in Francia non è prevista un'età espressa.

⁴³ Mentre l'*Avantprojecte de llei* considerava beneficiarie in generale le persone affette da *dependencia*, includendo un ventaglio molto ampio di possibilità, la Ley 41/2007, richiamandosi alla Ley 39/2006 de *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, finisce per considerare soltanto due delle tre ipotesi di *dependencia* previste da quest'ultima normativa e, segnatamente, la *dependencia severa* e la *gran dependencia*, lasciando fuori altre forme di assenza di autonomia o di incapacità considerate minori. Peraltro, la nuova disciplina tace sulla circostanza che la persona affetta da *dependencia* perda questa condizione dopo la costituzione dell'*hipoteca inversa*. Così MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 50.

proprietari di altra/e abitazioni⁴⁴. Si tratterebbe, in questo caso, di un contratto a favore di terzo⁴⁵ che, proprio per il fatto di escludere qualunque responsabilità dei terzi beneficiari circa il rimborso del prestito (a meno che non si siano assunti questo impegno per contratto), aggrava la posizione degli eredi del richiedente/ipotecante⁴⁶.

Sebbene la legge non specifichi che il richiedente debba coincidere con l'ipotecante, tale coincidenza si può desumere dal fatto che l'immobile ipotecato sia l'abitazione abituale del richiedente e dalla circostanza che l'art. 5.2 DAP della Ley 41/2007, quando considera causa di risoluzione anticipata del contratto l'alienazione dell'abitazione si riferisce al debitore ipotecante⁴⁷.

Dal lato dell'offerta, poi, la *hipoteca inversa* può essere concessa sia dagli enti creditizi (banche, casse di risparmio, cooperative di credito, istituti finanziari di credito), che da enti assicurativi autorizzati ad operare in Spagna. Anche sotto questo profilo è evidente la maggiore estensione soggettiva della normativa spagnola rispetto a quella italiana che circoscrive l'area dei soggetti concedenti il prestito ai soli istituti di credito ed intermediari finanziari regolarmente iscritti all'elenco di cui all'art. 106 T.U.B.

In termini oggettivi, la *hipoteca inversa*, come il prestito vitalizio ipotecario, si caratterizza per il fatto che il richiedente ottiene somme di denaro periodiche o in unica soluzione, stipulando contratti di finanziamento (nelle variabili del mutuo, dell'apertura di credito, dell'erogazione periodica di denaro o nella combinazione delle tre formule anzidette) garantiti da *hipoteca*, con la particolarità che per tutta la durata della sua vita il richiedente non avrà alcun dovere giuridico di rimborsare periodicamente il prestito come avviene, invece, in caso di ipoteca ordinaria.

La Ley 41/2007, però, non si pronuncia sulla destinazione delle rendite, presupponendo che il richiedente o i beneficiari le destineranno per affrontare le spese quotidiane e migliorare la loro qualità della vita⁴⁸. In questo senso la

⁴⁴ Sul punto in senso critico ancora MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 51, per il quale la Ley 41/2007 avrebbe dovuto definire il termine beneficiari ed includere tra questi, per es., i familiari del richiedente fino al 4° grado per consanguineità o affinità.

⁴⁵ Così SERRANO DE NICOLÁS A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 2008, p. 44. Dalla circostanza che il beneficiario non è parte contraente deriva, altresì, che non è richiesta la sua capacità a contrarre ma solo quella a ricevere ed acquistare diritti.

⁴⁶ E' bene precisare che i beneficiari sono terzi anche nel contratto di ipoteca perché la qualifica di ipotecante spetta solo al proprietario dell'abitazione. Sul punto cfr. FERRANDIZ GABRIEL J. R., *Derecho Hipotecario*, cit., p. 55.

⁴⁷ In questo senso ANGUITA RIOS R. M., "Régulation relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre", in *Diario La Ley*, n. 6875, p. 10. Secondo SERRANO DE NICOLÁS A., "Régimen jurídico", cit., p. 43, la non coincidenza tra debitore ipotecario e ipotecante si verificherebbe nell'ipotesi in cui questi ultimi siano comproprietari, in comunione *pro indiviso*, della casa di abitazione.

⁴⁸ In considerazione di ciò e al fine di evitare un impiego del prestito estraneo alla finalità sociale sottesa alla Ley 41/2007, la dottrina spagnola evidenzia l'opportunità di inserire in contratto una

legislazione spagnola, come pure quella italiana, si distinguono dalla normativa francese che, all'art. L. 314-2 *code cons.*, sanziona con la nullità testuale il prestito ipotecario qualora le rendite siano destinate a finanziare un'attività professionale. Perplesità ha poi destato nella dottrina spagnola la limitazione della disciplina all'ipotesi che il bene ipotecato costituisca la casa di abitazione o la residenza abituale del richiedente, quantunque il comma 10 della DAP ammetta la possibilità di costituire *hipoteca inversa* su qualunque altro immobile diverso dalla residenza abituale del richiedente, con una chiara differenza di regime perché a questa *hipoteca inversa* non si applicheranno i commi 1-9 della DAP.

Sulla limitazione della disciplina speciale alla (ipoteca costituita sulla) casa di abitazione la dottrina spagnola ha manifestato molte perplessità⁴⁹, fino ad avanzare interpretazioni correttive della lettera della legge. Si è proposto, ad es., di intendere la limitazione dell'*hipoteca inversa* alla casa di abitazione solo esclusivamente nell'ipotesi in cui il richiedente fosse proprietario della sola residenza abitativa e non anche nel caso in cui avesse più immobili.

Ciò al fine di non disincentivare il ricorso a questa figura in considerazione del fatto che l'ipotecante farà di tutto per non gravare di pesi il luogo dove abita. Peraltro, si è evidenziato che limitare l'operatività delle nuove regole alla *hipoteca inversa* costituita sulla residenza abituale (nozione non giuridica ma originata dalla prassi commerciale), genera problemi in ipotesi di cambio di residenza del debitore ipotecante (ad es. per ragioni di *dependencia*, vecchiaia o di malattia che rendono necessario il suo ricovero in case di cura), di separazione o divorzio ecc., per evitare i quali al legislatore spagnolo sarebbe bastato precisare che in casi del genere l'immobile ipotecato non perde comunque la qualifica di residenza abituale.

Perché l'immobile sia considerato casa di abitazione è necessario che costituisca la residenza abituale del debitore ipotecante al momento della costituzione dell'ipoteca. Se così non fosse, perché ad es. il richiedente costituisce *hipoteca inversa* su un altro immobile di sua proprietà, saremmo di fronte ad una *hipoteca inversa* di secondo livello, nominata ma non tipizzata⁵⁰, cui si applicheranno solo il comma 11 della DAP e la DA Quarta della Ley 41/2007, con conseguente esclusione dei benefici fiscali e delle riduzioni degli onorari notarili.

Altre questioni attengono alla esigibilità del pagamento del debito da parte dell'ente creditizio. La morte del debitore o dell'ultimo dei beneficiari, costituendo un

clausola di stile alla francese, come d'altronde prevede la *Disposición adicional cuarta* della Ley in commento. Così MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 55.

⁴⁹ In senso critico cfr. ZURITA MARTIN I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 707, 2008, 1281; MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes. (Especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)", in *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, n. 5, 2011, p. 27; JMENEZ CLAR A. J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 13, 2009, p. 107.

⁵⁰ Cfr. SERRANO DE NICOLÀS A.: "Régimen jurídico", cit., p. 38.

avvenimento futuro ed incerto nel tempo, opera come condizione sospensiva dell'esigibilità, da parte del creditore, della restituzione del prestito. Ma l'obbligazione non si estingue quando muore il debitore in quanto è solo con l'accettazione dell'eredità che gli eredi si pronunceranno sulla cancellazione o meno del debito.

Poiché il diritto di accettare l'eredità, in base all'art. 461.12.1 c.c. cat. si prescrive in 30 anni⁵¹, termine considerevole che lascerebbe troppo nell'incertezza i creditori, questi ultimi hanno a disposizione la domanda giudiziale di cui all'art. 461.12.2 c.c. cat. affinché il giudice fissi un periodo massimo di due mesi perché l'erede si pronunci.

A complicare le cose si aggiunge, poi, la possibilità che l'erede non sia stato specificamente designato al momento della morte del debitore o che si tratti di un parente sconosciuto. In ogni caso l'inadempimento dell'obbligazione garantita è risolto con l'esecuzione dell'immobile gravato e, se necessario, con l'aggressione del patrimonio personale del debitore o dei suoi eredi (art. 1911 c.c. e 105 LH).

Tuttavia, per evitare questa conseguenza penalizzante per gli eredi, la Ley 41/2007 si allontana da questo regime generale e stabilisce una limitazione per il creditore che potrà soddisfarsi soltanto sui beni dell'eredità. Di conseguenza se l'erede, proprietario ed al contempo debitore ipotecario, decidesse di non cancellare il prestito e il risultato della esecuzione sull'immobile non fosse sufficiente a coprire totalmente il debito, dato che la Ley limita la sua operatività ai beni dell'eredità, i creditori si troverebbero nell'impossibilità legale di escutere il patrimonio personale del debitore, come se l'accettazione dell'eredità da parte di quest'ultimo fosse avvenuta con beneficio di inventario⁵².

Così operando la Ley 41/2007 introduce un'eccezione legale al principio di responsabilità universale del debitore (art. 1911 c. c. cat.) ma, sotto questo profilo, garantisce gli enti creditizi più di quanto non facciano la legge francese e quella italiana sul p.v.i. L'art. L. 314-9 c. cons.⁵³ come pure il comma 12 *quater*⁵⁴ dell'art. 11

⁵¹ L'art. 461.12 *código civil catalán* recita al comma 1 che "El derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia caduca a los treinta años de la muerte del causante, e al comma 2 che "Las personas interesadas en la sucesión, incluidos los acreedores de la herencia o del llamado, pueden solicitar al juez, una vez haya transcurrido un mes a contar de la delación a su favor, que fije un plazo para que el llamado manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no puede exceder de los dos meses".

⁵² Alle stesse conseguenze si giunge in caso di successione legittima dello Stato, in mancanza di eredi, trattandosi di accettazione dell'eredità necessariamente beneficiata (art. 442.12.1 c.c. cat.).

⁵³ "La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.

Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers.

En cas d'aliénation du bien, la valeur de l'immeuble est égale à la valeur indiquée dans l'acte de cession sous réserve des dispositions de l'article L. 314-14".

quaterdecies d.l. n. 203/2005 come modificato dalla legge 44/2015, stabiliscono, infatti, a tutela degli eredi del debitore, che il creditore non possa pretendere somme maggiori di quelle ricavabili dalla vendita del solo immobile ipotecato, escludendo, quindi, che il creditore possa soddisfarsi mediante la vendita forzata di altri beni dell'eredità.

La Ley 41/2007 si presenta meno garantista per gli eredi anche sotto altri profili. E' possibile, infatti, che il debitore istituisca erede universale una persona, ma preveda un legato dell'immobile ipotecato a favore di un'altra. Una volta accettato il legato, l'art. 427.28.2 c.c.cat. prevede che se il debitore lega una cosa pignorata o ipotecata, il pagamento del debito garantito da pegno o ipoteca e la cancellazione di questi diritti sono a carico degli eredi⁵⁵.

Si produce, così, una dissociazione tra la responsabilità reale (del legatario) e la responsabilità personale (dell'erede). Se per volontà propria l'erede non cancella il debito, resterà esclusa la sua responsabilità personale, ma i creditori potranno dirigersi contro i beni dell'eredità in possesso dell'erede che non è stato beneficiario dell'immobile ipotecato. Qualora, invece, l'erede paga il debito e cancella l'ipoteca potrà, poi, rivalersi contro il legatario del bene ipotecato, surrogandosi nella garanzia del creditore. Se, infine, è il legatario a cancellare l'obbligazione, pagando il debito garantito con la cosa legata, in quanto non lo ha fatto l'erede, il legatario si surrogherà nei diritti del creditore contro l'erede⁵⁶.

Altra differenza rispetto alla disciplina italiana concerne l'ipotesi in cui il richiedente venda l'immobile ipotecato a terzi con conseguente possibilità che il creditore dichiari la risoluzione anticipata del credito. Il comma 5.2 DAP prevede, infatti, che in casi del genere la risoluzione anticipata del prestito sia esclusa se il debitore ipotecario sostituisce la garanzia con un'altra sufficiente.

Ma in cosa consiste la garanzia sufficiente? Secondo parte della dottrina spagnola, la garanzia sufficiente sarebbe costituita da un nuovo immobile destinato a divenire residenza abituale del debitore affinché il regime speciale previsto dalla Ley sia applicabile. A ragionare diversamente ovvero offrendo in garanzia un altro immobile, ad es. una seconda casa del richiedente, si verificherebbe la novazione estintiva dell'*hipoteca inversa* per il mutamento dell'oggetto su cui ricade la garanzia⁵⁷, con la conseguenza che il creditore perderebbe il grado di ipoteca qualora il nuovo

⁵⁴ Tale disposizione, infatti, precisa che "L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute".

⁵⁵ Nel testo spagnolo si legge, infatti, che "Si el causante lega una cosa empeñada o hipotecada, el pago de la deuda garantizada por la prenda o hipoteca y la cancelación de estos derechos corren a cargo del heredero".

⁵⁶ Così prevede il comma 3 dell'art. 427.28 *código civil catalán* che recita: "Si el legatario paga la deuda garantizada con la cosa legada porque no lo ha hecho el heredero, aquel queda subrogado en el lugar y los derechos del acreedor para reclamar contra el heredero".

⁵⁷ In questo senso ANGUITA RÍOS R. M.: "Régulation relativa a la hipoteca inversa", cit., p.16 e MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 67.

immobile offerto in garanzia fosse già gravato da un'altra ipoteca. Ma se la garanzia sufficiente potrebbe essere indistintamente (una garanzia) reale o personale resta, comunque, l'effetto negativo di escludere l'applicazione della Ley 41/2007, nonché il pregiudizio per il creditore che riceve in garanzia un bene già gravato da ipoteca di primo grado.

Tali conseguenze sono, invece, categoricamente escluse dalla legislazione italiana sul p.v.i. dove il debitore/mutuatario non può evitare la risoluzione anticipata del prestito sostituendo la garanzia originaria con una nuova ed il creditore risulta maggiormente tutelato dalla previsione che i finanziamenti ipotecari debbano essere necessariamente garantiti da ipoteca di primo grado sulla casa di abitazione⁵⁸.

IV. CONCLUSIONI.

Alla luce di quanto detto è possibile formulare alcune considerazioni conclusive concernenti sia i rapporti tra la Ley 41/2007 e disciplina italiana del p.v.i., sia le potenzialità applicative dell'istituto esaminato.

Indubbiamente la disciplina spagnola sull'*hipoteca inversa* dà maggiore risalto alla finalità sociale dell'istituto, ma si presenta meno garantista di quella interna sia nei confronti degli eredi del debitore ipotecario, in quanto il creditore/mutuante rimasto insoddisfatto dalla vendita dell'immobile ipotecato, potrà ancora aggredire gli altri beni presenti nell'eredità; sia nei confronti degli enti creditizi che hanno concesso il prestito, i quali potranno vedersi sostituita la garanzia originaria con una nuova.

Con riguardo alla idoneità di questa nuova forma di finanziamento a svilupparsi nella prassi bancaria è stato opportunamente messo in luce che il contesto economico di mancanza di liquidità da parte delle entità finanziarie e la considerevole restrizione della concessione di prestiti ipotecari ostacola il consolidarsi della nuova figura ipotecaria che al momento non risulta un'operazione attrattiva per le banche.

A ciò va aggiunta la crisi del mercato immobiliare che si ripercuote negativamente sull'andamento del prestito ipotecario, dato che la casa di abitazione costituisce la garanzia fondamentale del prestito e che mentre l'abitazione perde valore il debito andrà aumentando con il passare del tempo⁵⁹. Per converso, tuttavia, è possibile annoverare tra i fattori favorevoli all'incremento di questo prodotto finanziario sia la circostanza che in Spagna, come del resto in Italia, gli anziani ultrasessantacinquenni proprietari di case di abitazione costituiscono la stragrande maggioranza dei titolari di immobili residenziali e che tale categoria di soggetti è destinata a crescere in

⁵⁸ Cfr. il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* d. l. n.203/2005.

⁵⁹ In questo senso MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa", cit., 26 ss.

considerazione del fatto che le persone maggiori di 65 anni, con il passare del tempo, saranno sempre di più e con grandi speranze di una vita. E se è vero che l'*hipoteca inversa* non è l'unico prodotto finanziario che permette di trasformare gli immobili in rendite, è altresì vero che rispetto ad altre operazioni simili (*hipoteca pensión, vivienda pensión, censo vitalicio*), l'*hipoteca inversa* presenta un migliore trattamento fiscale in quanto la rendita percepita dall'anziano non è tassata. Peraltro, l'anziano conserva il possesso e la proprietà dell'immobile, potendo continuare a vivere nella casa di abitazione e trasmettere ereditariamente questo bene, nonostante i pesi⁶⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ H.: *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ANGUITA RIOS R. M.: Régulation relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, in *Diario La Ley*, n. 6875.

BALESTRA L.: “Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità”, in *Fallimento*, 2014.

BOATTO S.: “Sub art. 38”, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, tomo I, Torino, 2013.

BOATTO S.: “Sub art. 39”, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo I, a cura di C. Costa, Torino, 2013.

BOZZA G.: *Il credito fondiario nel nuovo testo unico bancario*, Padova, 1996.

BRUCKER V. M.: “Le prêt viager hypothécaire”, in *JCP, La semaine Juridique – Edition notariale et immobilière*, n. 19 dell'11 mai 2007.

BUZZONETTI P.– PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010.

CAVONE F.: “L'anatocismo nell'evoluzione giurisprudenziale”, in *Corriere giuridico*, n. 5/2013.

CERINI D.: “Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione”, in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, n.2/2006.

CHESSA F.: “Il prestito vitalizio ipotecario”, in *Immobili & proprietà*, n. 5/2006.

⁶⁰ Sul punto cfr. HERRANZ GONZÁLEZ A.: “Hipoteca Inversa y figuras afines”, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.49 del 21.3.2006, 6, per il quale il maggiore inconveniente dell'*hipoteca inversa* è costituito dal fatto che abitualmente non ha natura vitalizia e, pertanto, il richiedente deve specificare al momento della conclusione del contratto se intende ottenere una rendita vitalizia, opzione che presuppone una maggiore tranquillità per il contraente, ma comporta rendite minori e maggiori costi di contrattazione.

- CHIANALE G.: *L'Ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 6, sec. ed., Utet, Torino, 2010.
- D'AMICO G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in AA. VV., *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- D'AMICO G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", in *Contratti*, n. 5/2014.
- FALCONE G.: "Riflessioni sulla nozione di finanziamento negli artt. 38 ss. del D. Lgs. n. 385 del 1993: Il credito fondiario come contratto", in *Dir. Fall.*, 1999, I.
- FERRANDIZ GABRIEL J.R.: "Derecho Hipotecario", *Anales IX 2007 – 2008*, 46.
- FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica", in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2006.
- FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie reali", in *Notariato*, n.4/2006.
- GABRIELLI G.: *La pubblicità immobiliare, Trattato Sacco*, vol. 4, Utet, Torino, 2012.
- GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?", in *Corriere del merito*, n. 7/2011.
- GRIFFO D.: "Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita", in *Contratti*, n. 5/2015.
- HERRANZ GONZÁLEZ A.: "Hipoteca Inversa y figuras afines", Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.49 del 21.3.2006, 6.
- JMENEZ CLAR A. J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 13, 2009, p. 107.
- MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes. (Especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)", in *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, n. 5, 2011, p. 27;
- MORENO H. S., "La hipoteca inversa en la LLei 41/2007 del mercat hipotecari", in *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 10, 2009.
- PAGLIANTINI S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", in *Contratti*, n. 5/2014.
- PUGLIATTI S.: *La trascrizione*, in *Trattato Cicu – Messineo*, XIV, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1989.

QUESADA SÁNCHEZ A. J.: “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 81, 2009, p. 141;

RINALDI R. – VARRATI A.: “Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi”, in *Bancaria* n.3/2007.

SANGIOVANNI V.: “Le particolarità fallimentari del credito fondiario”, in *Fallimento*, n.10/2011.

SEPE M.: “Sub art. 39”, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012.

SERRANO DE NICOLÁS A.: “Régimen jurídico de la hipoteca inversa”, *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 2008.

TARDIVO C. M.: *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 1995.

TARZIA G.: “Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell’attuale normativa”, in *Fallimento.*, n. 2/2013.

ZURITA MARTIN I.: “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 707, 2008.

