

IPSOA

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

ISSN 1591-7703 - ANNO XXV - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

5/2018

 edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

Indagini della polizia tributaria nel processo di divorzio

La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensative

La legge che tutela gli orfani dei crimini domestici

DIREZIONE SCIENTIFICA

Piero Schlesinger

Famiglia

Michele Sesta
Enrico Al Mureden
Vincenzo Carbone
Massimo Dogliotti
Mario Trimarchi

Procedimento

Ferruccio Tommaseo
Filippo Danovi

Successioni

Giovanni Bonilini

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



COMMENTARIO BREVE AL DIRITTO DELL'ARBITRATO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE

di M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO

€ 140

Cod. 00217558

Il Commentario breve affronta la materia a 360°, nella duplice veste dell'arbitrato nazionale ed internazionale: il primo applicabile ove la sede dell'arbitrato sia in Italia e qualora il diritto processuale italiano sia stato oggetto di richiamo nella convenzione arbitrale, il secondo applicabile a qualsiasi procedimento arbitrale 'commerciale', scelto contrattualmente o che presenti elementi di contatto con una pluralità di ordinamenti giuridici. La seconda edizione è aggiornata alle più recenti novità normative e giurisprudenziali ed è arricchita con gli aspetti fiscali e le particolari declinazioni che assume l'arbitrato quando riguarda l'ambito sportivo.





GIURISPRUDENZA

Legittimità

Vitalizio assistenziale	Cassazione Civile, Sez. II, 27 ottobre 2017, n. 25624, ord. LA QUESTIONE DELL'ALEA NEL VITALIZIO ASSISTENZIALE di <i>Nicolò Cevolani</i>	437 438
Successioni	Cassazione Civile, Sez. III, 16 ottobre 2017, n. 24278 SUCCESIONE DELL'EREDE NEL CONTRATTO DI LOCAZIONE AD USO NON ABITATIVO di <i>Tiziana Perillo</i>	444 447
Minori	Cassazione Civile, Sez. I, 13 ottobre 2017, n. 24173 LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DEL MINORE TRA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E TUTELA DEL FANCIULLO di <i>Rebecca Gelli</i>	458 460
Legato	Cassazione Civile, Sez. II, 4 agosto 2017, n. 19646, ord. LA RINUNCIA AL LEGATO SOSTITUTIVO: PRESUPPOSTO PROCESSUALE O CONDIZIONE DELL'AZIONE DI RIDUZIONE? di <i>Concetta Marino</i>	465 468
Divorzio	Cassazione Civile, Sez. I, 20 febbraio 2017, n. 4292, ord. PRESUPPOSTI E LIMITI PER LE INDAGINI DI POLIZIA TRIBUTARIA NEL PROCESSO DI DIVORZIO di <i>Giovanni Fornabaio</i>	475 476

Merito

Filiazione	Tribunale di Torino, volontaria giurisdizione, 21 dicembre 2017 FILIAZIONE FUORI DAL MATRIMONIO E RETTIFICAZIONE GIUDIZIALE DELL'ATTO DI NASCITA di <i>Renzo Calvigioni</i>	484 485
Separazione e divorzio	Tribunale di Ragusa, Sez. civ., 15 novembre 2017 SUL CUMULO DI DOMANDE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO di <i>Ferruccio Tommaseo</i>	490 491

Osservatorio di giurisprudenza civile

a cura di <i>Antonella Batà</i>	499
---------------------------------	------------

Osservatorio di giurisprudenza penale

a cura di <i>Paolo Pittaro</i>	504
--------------------------------	------------

OPINIONI

Assegno divorzile	LA SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE TRA FUNZIONE ASSISTENZIALE ED ESIGENZE COMPENSATORIE di <i>Michele Sesta</i>	509
Violenza domestica	ORFANI DI CRIMINI DOMESTICI: ORA UNA LEGGE LI TUTELA, LI SOSTIENE E ROMPE IL SILENZIO CHE LI CIRCONDA di <i>Natalina Folla</i>	517

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO

529

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Roberto Amagliani, Luigi Balestra, Vincenzo Barba, Giorgetta Basilio, Giovanni Francesco Basini, Roberto Calvo, Riccardo Campione, Antonio Carratta, Marco De Cristofaro, Giovanni Di Rosa, Lotario Dittich, Angelo Federico, Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Enrico Gragnoli, Andrea Graziosi, Elena La Rosa, Paola Ma-nes, Massimo Montanari, Andrea Mora, Fabio Padovini, Mauro Paladini, Margherita Pittalis, Gianfranco Ricci, Carlo Rimini, Silvio Riondato, Francesco Ruscello, Laura Salvaneschi, Arianna Thiene, Fabrizio Volpe, Enzo Vullo, Elena Zucconi Galli Fonseca

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina
e giurisprudenza

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
via dei Missaglia n. 97
Edificio B3 - 20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Felicia Acquaviva, Ines Attorresi, Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)
Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
via dei Missaglia n. 97
Edificio B3 - 20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 469 del 23 ottobre 1993
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02 82476.374
e-mail: redazione.famigliaediritto.ipsa@wolterskluwer.com
ipsa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

Wolters Kluwer Italia Servizio Clienti
telefono 02 824761 - telefax 02 82476.799
e-mail: servizioclienti@wolterskluwer.com

con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo:
www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo:
www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 230,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 215,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 460,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 215,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02-82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul c.p.p. n. 583203 intestato a VKI S.r.l. Gestione incassi - via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, o inviando un Fax al numero: 02.82476799.

Nullità

Cassazione Civile, Sez. II, 27 ottobre 2017, n. 25624, ord. - Pres. Matera - Rel. Federico

Il contratto vitalizio assistenziale è nullo per mancanza di alea ove, al momento della sua conclusione, il beneficiario sia affetto da malattia che, per natura e gravità, renda estremamente probabile un esito letale e ne provochi la morte dopo breve tempo o abbia un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere oltre un arco di tempo determinabile. Pertanto, è necessario indagare la possibilità, al momento della stipula, di un giudizio prognostico circostanziato intorno alla probabile durata della sopravvivenza del vitaliziato, tale da compromettere il sinallagma contrattuale alla luce del tenore delle prestazioni a carico di ciascuna parte.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, in <i>Pluris</i> ; Cass. 29 agosto 1992, n. 9998, <i>ibidem</i> .
Difformi	Non constano precedenti difformi.

Fatti di causa

L.F.V. convenne U.R. ed U.A. innanzi al Tribunale di Lanciano e premesso di essere la moglie separata di U.V., deceduto il (*Omissis*) lasciando eredi essa moglie e la figlia U.A., espose che quest'ultimo con contratto del 9.6.2003 aveva alienato all'altra convenuta, sua nipote, la nuda proprietà del suo unico immobile, dietro l'obbligo di questa di fornirgli assistenza morale e materiale sino alla morte; affermò quindi che all'atto della cessione il coniuge si trovava in gravissime condizioni di salute, essendo affetto da un tumore gastrico con metastasi, e chiese pertanto che fosse dichiarata la nullità del contratto per assenza di alea;

- si costituirono U.A., che aderì alla domanda della madre, e U.R., che ne chiese invece il rigetto;
- il tribunale rigettò la domanda;
- L.F.V. propose appello avverso la sentenza, chiedendone l'integrale riforma; si costituì U.R. con richiesta di rigetto del gravame, mentre U.A. rimase contumace;
- la Corte d'Appello di L'Aquila rigettò l'impugnazione, osservando che nella specie si era in presenza di un contratto atipico di mantenimento, la cui nullità poteva dipendere soltanto dalla mancanza assoluta di alea in ragione di un prevedibile decesso a breve termine del vitaliziato; di tale circostanza, tuttavia, non era stata data valida prova - essendo invece emerso che costui fino a pochi giorni prima dell'evento letale conduceva una vita normale per la propria età - così com'era [rimasta] indimostrata l'affermazione dell'appellante secondo cui il valore della nuda proprietà trasferita superava notevolmente l'importo indicato nel contratto.
- la corte ritenne dunque sussistente il requisito dell'alea, costituita dall'impossibilità di prevedere in anticipo i vantaggi e le perdite ai quali le parti andavano incontro, e condannò la L.F. al pagamento delle spese;
- per la cassazione di tale sentenza ricorre L.F.V. sulla base di due motivi; resiste U.R. con

controricorso, illustrato da memoria ex art. 378 c.p.c., mentre U.A. non ha svolto attività difensiva.

Ragioni della decisione

Omissis

Considerato che:

- con i due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente poich[é] attengono alla medesima questione, si deduce falsa applicazione dell'art. 1872 c.c. nonch[é] omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione alla ritenuta sussistenza del requisito dell'alea; la ricorrente sostiene, in particolare, che la corte d'appello non avrebbe tenuto conto delle ridottissime possibilità di sopravvivenza del vitaliziato in ragione delle sue gravi e conclamate condizioni di salute;
- i motivi sono infondati;
- la Corte d'appello si è infatti uniformata al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, anche recentemente ribadito (v. Cass. 28.9.2016, n. 19214), secondo cui il contratto di vitalizio alimentare è nullo per mancanza di alea ove, al momento della sua conclusione, il beneficiario sia affetto da malattia che, per natura e gravità, renda estremamente probabile un esito letale e ne provochi la morte dopo breve tempo o abbia un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere oltre un arco di tempo determinabile; sulla base di tale premessa, ha poi esaminato le risultanze istruttorie nel loro complesso e valutato le prestazioni a carico di ciascuna parte, giungendo alla conclusione che al momento della stipula il giudizio prognostico circa la probabile durata della sopravvivenza del vitaliziato poteva essere formulato sia in termini di mesi che di anni, avuto riguardo alle possibili forme di evoluzione, più o meno rapida, della patologia in atto e che considerato il modesto valore della nuda proprietà del bene doveva confermarsi la sussistenza dell'alea considerato che l'eventuale decorso lento della malattia avrebbe determinato uno squilibrio del sinallagma in danno della odierna resistente;

- nel contesto di tale indagine non consta che la corte abbia omesso l'esame di circostanze o risultanze probatorie decisive; tant'è che sotto tale profilo la censura si risolve in una mera confutazione delle valutazioni operate in sentenza, non consentita in questa sede poich[é] avente ad oggetto apprezzamenti di fatto riservati al

giudice del merito (v. Cass. 19.7.2011, n. 15848); ritenuto pertanto il ricorso meritevole di rigetto, con conforme statuizione sulle spese; ritenuta altresì la sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.
Omissis.

La questione dell'alea nel vitalizio assistenziale

di Nicolò Cevolani (*)

L'ordinanza n. 25624/2017 conferma l'essenzialità dell'alea ai fini della validità del contratto vitalizio assistenziale, inducendo l'interprete a verificare i presupposti di siffatto rilievo strutturale attribuito al rischio nel contratto *de quo*. L'indagine muove dallo studio dell'alea in seno al vitalizio tipico, il modello positivo dal quale trovano la propria origine i patti vitalizi cosiddetti impropri (nel cui numero il vitalizio assistenziale va contato). Riepilogata l'evoluzione del ruolo ricoperto dal fattore aleatorio nell'impianto contrattuale vitalizio, viene esaminato il dibattito sortone, tra quanti ne sostengono la rilevanza causale - alla stregua di *essentiale negotii* - e quanti la escludono. L'A. si sofferma quindi sulla categoria dei vitalizi cosiddetti impropri, saggiandone l'atipicità rispetto alla matrice positiva ed analizzando le specificità presentate dal vitalizio assistenziale. Conseguentemente a tale disamina ed alla luce degli orientamenti emersi, si considera la attitudine del vitalizio assistenziale ad essere declinato anche in termini commutativi.

Premesse

Il provvedimento in epigrafe subordina la validità del patto vitalizio cosiddetto improprio (1) all'assenza, in occasione della stipula, di una circostanziata prognosi in ordine alla durata della sopravvivenza del vitaliziato. Con ciò si conferma l'orientamento (2) che statuisce come il vitalizio improprio perfezionato sulla scorta di un attendibile pronostico intorno al tempo di vita rimasto al beneficiario, siccome privo di un carattere autenticamente aleatorio, vada incontro alla nullità. In questo senso, sembra venga dato corso ad un inquadramento dommatico dell'elemento aleatorio quale *essentiale negotii*, organico all'impianto causale del vitalizio assistenziale.

La vicenda prende le mosse dall'impugnativa di un contratto vitalizio improprio, in virtù del quale il vitaliziato cedeva al vitalizante la nuda proprietà di un immobile - unico cespite patrimoniale nella propria disponibilità -, contro l'obbligo di questi di prestare assistenza morale e materiale per tutta la vita del beneficiario. L'attrice - vedova del vitaliziato - lamenta particolarmente la nullità del vitalizio

assistenziale, alla luce delle condizioni cliniche del beneficiario già compromesse, tali quindi da pregiudicare la sussistenza di una autentica alea al momento della stipula. In seguito al rigetto della domanda, l'attrice soccombente propone gravame in appello. A sua volta la Corte territoriale smentisce a sua volta l'assunto dell'appellante circa l'insussistenza del rischio al momento della stipula. In particolare, il giudice del gravame non reputa raggiunta la prova intorno alla prevedibilità, al momento della stipula, della prossimità del decesso del vitaliziato. Agli occhi del giudicante risulta ugualmente indimostrata l'ipotesi, avanzata dall'appellante a corroborare il contegno liberale in capo al disponente, del maggior valore della nuda proprietà dell'immobile rispetto a quanto riportato nel contratto impugnato. Pertanto, la Corte d'Appello reputa la sussistenza di circostanze tali da fondare l'alea in occasione della stipula e - con ciò - la validità del negozio.

L'appellante soccombente propone infine ricorso per cassazione, deducendo la violazione dell'art. 1872 c.c., in ordine alla dedotta validità di un vitalizio preteso privo di rischio, e lamentando l'omessa

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per vero, la sentenza chiama fungibilmente il vitalizio alimentare ed il vitalizio di mantenimento, quando si direbbe oramai acquisita la distinzione concettuale tra ciascuna delle figure

negoziali in discorso e tra queste ed il vitalizio assistenziale di cui il commento si occupa: v. *infra* (32).

(2) Il riferimento è a Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, in *Pluris*, richiamata dalla stessa pronuncia in commento. Si v. altresì Cass. 29 agosto 1992, n. 9998, *ibidem*.

indagine, in sede di appello, della effettiva sussistenza del medesimo rischio, intorno alla prestazione a carico del vitalizante - e cioè il mancato esame delle condizioni di salute del beneficiario, recanti, assume la ricorrente, la fondata prognosi di un prossimo decesso. Il Supremo Collegio giudica il ricorso infondato. Secondo la S.C., la Corte territoriale ha correttamente statuito la validità della pattuizione, osservando gli insegnamenti impartiti dallo stesso giudice della legittimità. Ricordando il proprio consolidato indirizzo interpretativo, la cassazione ribadisce come il contratto di vitalizio assistenziale possa dirsi concluso in difetto di alea solo quando il vitaliziato sia affetto da patologie tali da renderne prossimo l'*exitus* letale, o comunque abbia raggiunto un'età che ne comprometta una sopravvivenza a lungo termine. Agli occhi della S.C., la Corte d'Appello ha esattamente applicato il principio in discorso, deducendo dalle risultanze probatorie l'impossibilità di pronosticare, in termini che fossero attendibili al momento della stipula, il tempo di vita rimasta al beneficiario. E così, secondo il Supremo Collegio, la corte territoriale ha correttamente dedotto l'incidenza di un rischio tangibile sulla prestazione a carico del vitalizante, anche alla luce del modesto valore della nuda proprietà ricevuta in corrispettivo. Inoltre, trovando esente da censure il metodo istruttorio seguito dal giudice d'appello (non emergendo, in particolare, alcuna carenza in ordine all'esame di circostanze o risultanze decisive), la S.C. conclude stigmatizzando nella doglianza del ricorrente i contorni di una richiesta di revisione delle considerazioni fattuali, tesa ad intrudere nel processo il merito della vicenda (3).

La fattispecie contrattuale del vitalizio cosiddetto improprio, sviluppatasi quale variante dalla rendita

vitalizia tipica (4), è ormai tributaria di una nutrita elaborazione giurisprudenziale (5). Cospicuo contenzioso attiene proprio alla sussistenza di una cornice effettivamente aleatoria intorno alla prestazione dovuta dal vitalizante, all'epoca dell'accordo tra le parti (6). Tenzionalmente, i precedenti ricalcano i fatti della pronunzia in commento, con gli eredi del beneficiario a denunciare la nullità del negozio assistenziale, lamentando le scarse chance di sopravvivenza godute dal beneficiario al momento della stipula (vuoi per l'età avanzata, vuoi per vere e proprie patologie già manifeste), tali da distogliere il rischio dalla prestazione assistenziale a carico del vitalizante (7). La fermezza con la quale la sentenza in commento - sulla scorta di precedenti consolidati (8) - mostra di escludere la validità del vitalizio assistenziale in difetto di autentici connotati aleatori induce ad approfondire il ruolo del rischio in seno al patto vitalizio assistenziale. Per meglio condurre l'analisi di tale frangente, pare necessaria una preliminare disamina del profilo aleatorio della rendita vitalizia, il contratto tipico dal quale la fattispecie pattizia *de qua* prende le mosse. Dal confronto tra i due modelli negoziali si trarranno gli spunti per orientare con maggiore sistematicità la riflessione in ordine al ruolo del fattore aleatorio nell'impianto del vitalizio assistenziale.

La rendita vitalizia. In particolare, la sua alea

In difetto di una disciplina positiva, dunque, l'analisi del fattore aleatorio in seno al vitalizio assistenziale prende l'abbrivio dal contratto di rendita vitalizia, la fattispecie pattizia tipica dalla quale esso ha tratto la propria origine (9). Il rapporto di rendita vitalizia viene definito quale vincolo del vitalizante ad

(3) Esplicitate in argomento Cass. 11 aprile 2013, n. 8905, in *Pluris* e più addietro Cass., SS.UU., 11 luglio 1994, n. 6532, *ibidem*. Ma v. già Torrente, *Della rendita vitalizia*, in Scialoja - Branca - Zanichelli (a cura di), *Commentario del codice civile*, in *Foro it.*, 1966, 91.

(4) "Notevole sviluppo e crescita costante hanno registrato negli ultimi decenni alcuni contratti, sorti in origine come semplici varianti della rendita vitalizia, caratterizzati anch'essi da un'unica prestazione iniziale a favore del vitalizante, a fronte della quale questi assume l'obbligo di provvedere alle ordinarie necessità di vita della controparte [...]. Sviluppo, che va certo ricollegato all'incremento del numero di persone anziane che inoltrandosi nell'età, vedono crescere il bisogno di assistenza, ma altresì al nuovo assetto dei gruppi familiari che sempre più di rado contemplano la convivenza con persone della "terza età". La relativa sicurezza economica offerta dal sistema di previdenza sociale, poi, fa sì che in tali contratti sempre maggiore sia il rilievo dell'assistenza di tipo personale e spirituale, fino a divenire talvolta oggetto esclusivo dell'obbligazione", Paradiso, *Giucoco, Scommessa, Rendite*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2006, 321 s.; per la disamina della categoria dei vitalizi impropri v. *infra*.

(5) Tra le più recenti pronunce di legittimità, cfr. Cass. 25 marzo 2013, n. 7479, in *Pluris*; Cass. 11 marzo 2016, n. 4825, *ibidem*; Cass. 22 aprile 2016, n. 8209, *ibidem*; Cass. 29 luglio 2016, n. 15904, *ibidem*; Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, cit.; tra quelle di merito, Trib. Bari 21 settembre 2010, in *DeJure*; Trib. Roma 14 giugno 2011, *ibidem*; Trib. Salerno 12 maggio 2015 n. 2389, *ibidem*; App. Napoli 1° giugno 2017, *ibidem*.

(6) Pervero, un diverso profilo del contratto in discorso foriero di una significativa (pure non nuova) quantità di liti corrisponde alla risoluzione per inadempimento: Fusaro, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in questa *Rivista*, 2008, 3, 306.

(7) *Id.*, *op. ult. cit.*, 307. Nel novero dei commenti alla consistente *case law*, rinvio a de Pamphilis, *Il contratto atipico di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni*, nota a Cass. 25 marzo 2013, n. 7479, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 862 ss.

(8) V. la giurisprudenza richiamata *supra* (5).

(9) Paradiso, *op. cit.*, 322. Ma si vedano le più diffuse considerazioni nel paragrafo *infra*.

Giurisprudenza

Vitalizio assistenziale

effettuare prestazioni periodiche a vantaggio del vitaliziato contro la cessione, da parte di questi, di un bene o di un capitale, se oneroso; gratuitamente, se ispirato da liberalità, lungo tutta la vita c.d. contemplata (del vitaliziato, del vitalizante o di un terzo) (10): la periodicità della obbligazione di rendita importa l'atteggiarsi a contratto di durata (11). L'incertezza del termine finale, l'*exitus* della vita contemplata, secondo la dottrina tradizionale infonde al negozio *de quo* natura aleatoria (12). La medesima incertezza, infatti, si ripercuote sull'ammontare complessivo della rendita dovuta e da qui sul rapporto di valore tra le controprestazioni, non potendo dirsi a priori se l'affare comporti un vantaggio per il vitaliziato o per il vitalizante (13). Vice versa, quando il vitalizio è gratuito la corresponsione della rendita è priva di controprestazione e quindi, si ragiona, l'incertezza che incida solo sul *quantum* di un vantaggio di per sé già configurato, e non sul relativo *an*, non è sufficiente ad integrare la rischiosità, finendosi per intrecciare gratuità e commutatività da una parte, onerosità ed aleatorietà dall'altra (14).

Siffatta, tradizionale, concezione del rischio quale fattore organico alla struttura del vitalizio oneroso, nei termini di elemento causale, è il risultato di stratificazione storica. La rendita vitalizia assume autonoma fisionomia, a partire dal medioevo, da una figura contrattuale di ispirazione schiettamente assistenziale (il precario), la quale contemplava il trasferimento del diritto sulla cosa ovvero del capitale (tipicamente ad un ente ecclesiastico), contro l'obbligo di corrispondere una prestazione annua a favore dell'alienante (15). Sospettata di costituire viatico per pratiche usuarie, la fattispecie contrattuale abbandona progressivamente le originarie sedi

previdenziali, per irrobustire i profili aleatori. Precisamente, per tenere l'istituto al riparo dalle riserve di canonisti e teologi, sono i giuristi dell'età di mezzo a fondare la essenzialità del rischio (16).

In questo modo, dalla necessità di contenere i profili commutativi del vitalizio oneroso, il fattore aleatorio si radica sempre più al patto in discorso, maturando, da mero presupposto di liceità, a vero e proprio elemento strutturale (17). Così, il codice Napoleone e le codificazioni preunitarie offrono una serie di indici positivi per misurare la assenza del rischio nella concreta fattispecie di vitalizio (attingendo variamente alla durata della via contemplata ed al confronto tra la rendita ed i frutti del bene o del capitale ceduti) (18), comminando, quando integrata, la invalidità del contratto (19). In Italia, tuttavia, la codificazione del 1865 non segue tale metodo (sulla scorta di una diffidenza verso vincoli aprioristici imposti alla prudenza dell'interprete, lasciato in questo modo libero di apprezzare il rischio) (20). La letteratura postunitaria studia con rinnovato spirito analitico il ruolo del rischio nella rendita vitalizia: l'opinione prevalente concorda sulla invalidità del vitalizio stipulato in difetto di *alea*, salvo quando la esclusione del rischio sia riconducibile alla volontà delle parti (21). Sulla scorta di tali riflessioni si assestano le combinazioni tra onerosità ed aleatorietà (necessaria questa ai fini della validità) da una parte, gratuità e commutatività (corrispondenza questa postulata dalla descritta dogmatica del patto) dall'altra, *tertium non datur*. Viene esclusa, in altri termini, la possibilità di un vitalizio commutativo oneroso. L'inquadramento strutturale dell'*alea* in seno alla rendita vitalizia è stato così tramandato, come detto, ai giorni nostri, continuandosi ad

(10) Volendo consultare una bibliografia minima in materia di rendita vitalizia, rimando a Valsecchi, *Rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu - Messineo, Milano, 1961, 119 ss.; Torrente, *op. cit.*, 73 ss.; Dattilo, voce *Rendita (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1988, 869 ss.; Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1995, 341; Paradiso, *op. cit.*, 3 ss.; Macioce, *La rendita perpetua e vitalizia*, in *Cessione e uso di beni*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo e condiretto da Benedetti, Milano, 2014, II, 127 ss.

(11) Torrente, *op. cit.*, 74; Dattilo, *op. cit.*, 871.

(12) Torrente, *op. cit.*, 79, 81 ss.

(13) In ciò consisterebbe pertanto la causa del negozio in parola: Torrente, *op. cit.*, 82 s.

(14) Torrente, *op. cit.*, 82 e 93, n. 1.

(15) Id., *op. cit.*, 73 s. Gli studiosi ravvisano uno stadio embrionale della rendita vitalizia già nel diritto romano: v., *amplius*, Valsecchi, *op. cit.*, 109 ss. ed il ricco repertorio bibliografico ivi.

(16) Nei termini della giustificazione morale desumibile vuoi da una *commutatio periculi*, vuoi da una *aequalis incertitudo lucris del damni inter contrahentes*: Valsecchi, *op. cit.*, 109, 145; Torrente, *op. cit.*, 73.

(17) Valsecchi, *op. cit.*, 145 s.

(18) Torrente, *op. cit.*, 81 ss.; Valsecchi, *op. cit.*, 148 s.

(19) Per una articolata disamina delle limitazioni imposte al vincolo nel diritto intermedio - tese tutte a tutelare il vitalizante da prestazioni eccessivamente onerose, rispetto al diritto od al capitale ceduto in corrispettivo -, Valsecchi, *op. cit.*, 146.

(20) Id., *op. cit.*, 149 ss.; Torrente, *op. cit.*, 74.

(21) Essenzialmente, viene operata una diversa qualificazione della fattispecie contrattuale. Propriamente, si suole scomporre la questione a seconda che l'entità della rendita sia inferiore, uguale oppure superiore rispetto ai frutti del cespite alienato. Nelle prime due ipotesi la pattuizione stipulata in difetto di *alea*, si ragiona, deve essere ispirata da gratuità per poter essere salva, assumendo un atteggiamento donativo. Viceversa, quando il valore della rendita superi quello del capitale o del bene alienato, si opera un'ulteriore distinzione, a seconda che: a) le parti siano sempre animate da spirito di liberalità, perfezionando una donazione; b) le parti abbiano in animo un contratto oneroso e commutativo, concludendo un patto innominato, non qualificabile, si badi, né come vitalizio né come compravendita; c) le parti effettivamente intendano concludere un patto di vitalizio commutativo e pure oneroso, questo sì nullo. Cfr. quanto riportato da Valsecchi, *op. cit.*, 150, testo e n. 49.

affidare l'indagine dell'assenza del rischio al ricorrere di uno spirito di gratuità in capo alle parti, per comminare in difetto di codesto contegno gratuito la nullità del patto oneroso, giusta la carenza di elemento essenziale *ex art.* 1418, n. 2, c.c. (22). In questo senso, delle due, l'una: per essere valido il vitalizio deve essere aleatorio ed oneroso; se commutativo, deve essere gratuito - configurando donazione indiretta -, laddove la gratuità è riscontrabile solo avendo riguardo all'*animus* del costituente (quando fallisca la dimostrazione del contegno gratuito, il contratto si intende oneroso, dunque nullo). Una siffatta impostazione, giova ripetere, è precipitato di una ricostruzione dell'alea a guisa di elemento organico ai profili causali del contratto vitalizio (23).

Altra dottrina, sulla base di una concezione sistematica di alea contrattuale, quale incertezza al momento della stipula in ordine alla proporzionalità del vantaggio rispetto al sacrificio, alla stregua del regime che governi il patto (24) - e dunque avulsa, di per sé, dal contegno causale del medesimo patto -, approda a divergenti esiti. Il ragionamento viene sviluppato a partire dall'indipendenza dogmatica tra i due profili: la causa concreta nei termini dello strumento che guidi l'interprete alla corretta qualificazione del contratto; la aleatorietà nei termini della categoria astratta cui sia possibile ricondurre il negozio, alla luce della relativa causa concreta. Si esclude, in questa maniera, che la categoria dell'alea contrattuale possa fondare, partecipandovi, la nozione di causa (25). In altre parole, guadagnando un

autonomo perimetro concettuale, il rischio risulta affrancato dalla nozione di causa concreta (quest'ultima intesa quale strumento per verificare la sussunzione della fattispecie contrattuale concreta entro la categoria astratta dell'alea) (26). Propriamente, si evidenzia come la causa del vitalizio sia "quella di assicurare al vitaliziato una determinata prestazione periodica" (27). Ebbene, se a condurre il ragionamento è una siffatta indipendenza tra le nozioni di alea e di causa concreta, è da escludere che la mancanza di rischio in ordine alla sopravvivenza del vitalizio possa incidere sulla validità del patto che andrà semplicemente qualificato come commutativo e non aleatorio. In particolare, quando l'intento delle parti rifugga dall'alea, il patto vitalizio potrà essere modulato secondo una varia combinazione, quale "rendita vitalizia mista con donazione, rendita vitalizia mista con gratuità, rendita vitalizia onerosa commutativa" (28).

Il vitalizio assistenziale come vitalizio cosiddetto improprio

Brevemente epilogo il dibattito sorto intorno all'atteggiarsi dell'alea in senso al vitalizio *ex artt.* 1872 ss. c.c., si passa ad esaminare la configurazione del vitalizio assistenziale, al centro della pronuncia in commento. Come anticipato alle premesse, tale negozio è riconducibile al novero dei vitalizi c.dd. impropri, categoria comprensiva di variegata fenomenologia pattizia accomunata dalla erogazione di

(22) Torrente, *op. cit.*, 93. Macioce, *op. cit.*, 129 "la dottrina e la giurisprudenza prevalenti concordano peraltro nel ritenere l'alea un elemento essenziale del contratto oneroso di vitalizio, la cui mancanza ne determina la nullità". Per la giurisprudenza, v. *supra* (5).

(23) Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, 170. Esplicito, Torrente, *op. cit.*, 83, 92 ("l'alea costituisce [...] propriamente la causa stessa del contratto").

(24) Balestra, *op. cit.*, 56 s.: "[s]olo il criterio sistematico, pertanto, è in grado di fornire elementi sicuri ai fini della ricostruzione della categoria, potendo confermare o smentire le conclusioni che attraverso il criterio storico [la definizione *sub art.* 1102, comma 1, codice Pisanelli, inerente alla incerta differenza tra dato e ricevuto] si possono raggiungere nel momento in cui si esordisce nell'indagine, in via di prima approssimazione".

(25) "Sotto questo aspetto, la c.d. causa in concreto può costituire criterio di qualificazione del contratto ai fini della sussunzione entro un dato schema e, per questa via, nell'ambito di una determinata categoria. Nondimeno lo schema, così come la categoria, ai fini del compimento di questa operazione, devono essere già definiti nella loro struttura essenziale", Balestra, *op. cit.*, 85.

(26) *Id.*, *op. loc. cit.*, 170. Dissentono dalla consustanzialità tra causa ed alea anche Pino, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 365 ss. e Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 246. Più di recente, Paradiso, *Giucoco, Scommessa*,

Rendite, cit., 348, a mente del quale "il carattere aleatorio, e perciò l'incertezza sull'entità della prestazione, serve a giustificare il possibile squilibrio - giudicato *ex post* - tra i valori economici in campo, ma non può costituire esso stesso la causa del contratto, che va pur sempre rinvenuta nello scambio".

(27) Balestra, *op. loc. ultt. citt.*

(28) *Id.*, *op. cit.*, 171, "[l]a rendita è aleatoria allorché le parti abbiano deciso di rimettersi ad un evento incerto per la concreta determinazione del rapporto di valore tra le prestazioni, a tal modo evitando di esprimere il giudizio di valore che sta alla base del contratto. In tutti gli altri casi, invece, i contraenti sono in grado di valutare al momento della stipulazione, seppur non con assoluta certezza, l'entità dei rispettivi vantaggi e sacrifici. La rendita è mista con donazione quando la sproporzione di valore è dettata da un intento liberale del vitaliziato, mentre nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia consapevolmente determinato lo squilibrio per adempiere un dovere, anche soltanto di natura morale, o perché mediante il predetto squilibrio è in grado di soddisfare un proprio interesse patrimoniale, la rendita è parzialmente gratuita ancorché non improntata allo spirito di liberalità". Il ragionamento muove dal distinguo tra gratuità e liberalità, solo la seconda implicando un contegno disinteressato. Va qui tenuta a mente la dottrina che già nel vigore del codice Pisanelli ragiona di inessenzialità del rischio nel tenore della rendita vitalizia, liberamente declinabile secondo canoni commutativi ed onerosi ad un tempo: v. ancora la letteratura ricordata da Valsecchi, *op. cit.*, 151 n. 51.

Giurisprudenza

Vitalizio assistenziale

prestazioni variamente combinate di *dare* e *facere* infungibile a favore del vitaliziato, in luogo della rendita tipica incentrata sul *dare* fungibile (29). Entro tale cornice si muovono figure piuttosto eterogenee, riconducibili a tre principali modelli: il vitalizio alimentare, il vitalizio di mantenimento, il vitalizio assistenziale. Tali fattispecie hanno progressivamente assunto autonoma fisionomia a partire dal generale patto di vitalizio tipico, portando con sé una singolare rivisitazione della primigenia funzione previdenziale dell'istituto (30). I vitalizi impropri condividono una struttura affine a quella del vitalizio tipico, quali vincoli poggianti su di un'unica prestazione iniziale contro una serie di prestazioni lungo tutta la vita contemplata (31). Nondimeno, ciascuno dei tipi contrattuali rassegnati obbedisce ad una propria peculiare vocazione (32).

Segnatamente, il vitalizio alimentare comporta l'obbligo in capo al vitaliziante di provvedere agli alimenti del vitaliziato, garantendogli vitto, vestiario, alloggio, cure sanitarie, nei margini del bisogno (33). A differenziarlo dal vitalizio tipico, la dottrina sottolinea il rilievo, nel patto *de quo*, dell'*intuitus personae*, non essendo indifferente per il vitaliziato l'identità di chi somministra le prestazioni alimentari; ancora, si nota come le medesime prestazioni alimentari siano connotate in termini di un *facere* continuativo in sostituzione od in aggiunta al mero *dare* periodico; si osserva poi come il rischio coinvolga qui non solo la durata dell'obbligo vitalizio, a seconda della longevità del vitaliziato, ma anche la consistenza di quanto dovuto, a seconda dei mutamenti dello stato di bisogno in capo allo stesso vitaliziato (34). Il vitalizio di mantenimento, a sua volta, presentando parimenti la rilevanza dell'identità dell'obligato e consistendo in una misura mista di *dare* e *facere*, viene tenuto distinto da quello alimentare poiché vincola il vitaliziante a

prestazioni non più parametrize sullo stato di bisogno del beneficiario, ma sullo standard (più elevato) corrispondente ad un determinato tenore di vita (35). Da ultimo, viene in considerazione il contratto venuto all'attenzione della S.C. A dispetto della classificazione operata dal Supremo Consesso che discorre ora di vitalizio alimentare ora - richiamando quanto statuito in giudizio di appello - di vitalizio di mantenimento, dalla descrizione della fattispecie resa dalla stessa S.C. (e segnatamente dal fraseggio "dietro l'obbligo [...] di fornirgli assistenza morale e materiale sino alla morte"), sembra di dover qualificare il patto controverso quale vitalizio assistenziale, alla stregua della dottrina più avvertita. Ebbene, il vitalizio assistenziale, oltre che per i profili discretivi inerenti alla prestazione di un *facere* ed alla infungibilità -, già presentati dal vitalizio alimentare e da quello di mantenimento -, viene connotato dalla letteratura proprio per lo speciale impegno in termini di aiuto, cura e supporto materiale e morale, che il vitaliziante assume verso il beneficiario (36).

Inizialmente contrastata, non è più dubbia la atipicità dei contratti vitalizi cc.dd. impropri (37). Al di là dei profili relativi all'oggetto (una combinazione di *facere* e *dare* non fungibili), emerge piuttosto spiccata l'eterogeneità funzionale tra le figure contrattuali esaminate ed il modello tipico. Infatti, mentre la rendita vitalizia codicistica viene ricondotta ad una causa vuoi di scommessa intorno alla sopravvivenza del beneficiario (da chi milita per la commistione tra alea e causa) vuoi di attribuzione di una prestazione periodica vita natura durante (da chi nega che l'alea assurga a complemento causale dell'impianto pattizio), il vitalizio alimentare è ispirato ad una logica di sostentamento; il vitalizio di mantenimento obbedisce alla conservazione od incremento del tenore di vita; il vitalizio assistenziale risponde ad un'esigenza

(29) Paradiso, *op. cit.*, 321 s., v. *supra* (4). Fusaro, *Autonomia privata e mantenimento*, cit., 306 s.

(30) In argomento, tra gli altri, Torrente, *op. cit.*, 73 ss.; Paradiso, *op. cit.*, 322; Fusaro, *op. cit.*, 305.

(31) Paradiso, *op. cit.*, 321.

(32) Luminoso, *op. cit.*, 350 s. Pare piuttosto desueta la dottrina che discorre in termini fungibili "del cosiddetto vitalizio alimentare, o del contratto di mantenimento, con cui un soggetto si obbliga a corrispondere ad un altro, per tutta la vita, vitto, alloggio e quant'altro necessario per i suoi bisogni", Dattilo, *op. cit.*, 872. Su posizioni sovrapponibili Valsecchi, *op. ultt. citt.* Analoga disinvoltura è ravvisabile in Macioce, *La rendita perpetua e vitalizia*, cit., 134 ss. e - come segnalato *supra* - nella stessa pronuncia in commento.

(33) Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 350; Paradiso, *op. cit.*, 326 (l'A. peraltro tiene a sceverare la rendita alimentare, attinente ad una prestazione di mero *dare* fungibile e periodico in capo al vitaliziante, in quanto tale sussumibile entro la rendita vitalizia tipica).

(34) Luminoso, *op. loc. ultt. citt.* Già considerano l'accentuata latitudine dell'alea nel vitalizio alimentare Torrente, *op. cit.*, 86 s. e Valsecchi, *op. cit.*, 193 (il quale peraltro continua a mischiare vitalizio alimentare e vitalizio di mantenimento).

(35) Luminoso, *op. cit.*, 350 s.

(36) Paradiso, *op. cit.*, 327; Ferrari, *Alea e sinallagma nel vitalizio improprio*, nota a Cass. 16 febbraio 2004, n. 2940, in *Foro it.*, 2005, I, 212. La fattispecie è stata inquadrata alla stregua di una ipotesi di lavoro subordinato da Marini, *La rendita perpetua. La rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIII, Torino, 1985, 37 (ma vedi gli argomenti contrari adottati sempre da Paradiso, *op. ultt. citt.*). Vi è poi chi tratta la figura a guisa di variazione sul tema del vitalizio di mantenimento (Luminoso, *op. cit.*, 351).

(37) Paradiso, *op. cit.*, 322; Ferrari, *op. cit.*, 211 (per una rassegna della risalente giurisprudenza aderente alla tesi dell'assimilazione del vitalizio improprio nel vitalizio tipico *ivi*); Macioce, *op. cit.*, 136 s. (per la giurisprudenza della distinzione *ivi* in n. 96).