

CONTRATTUALIZZAZIONE DELL'ASSISTENZA*

Mario ZANA

SOMMARIO: I. Assistenza per contratto: il significato di una ricerca. II. Alea e rendita vitalizia nel diritto intermedio. III. L'esperienza francese: il *bail a nourriture*. IV. Il codice federale svizzero delle obbligazioni: il *contrat d'entretien viager*. V. L'esperienza giurisprudenziale italiana nel vigore del codice civile del 1865: il c.d. vitalizio alimentare. VI. Segue. La giurisprudenza nel codice del 1942. VII. I vitalizi impropri: tipologie e contenuti. VIII. Il vitalizio alimentare nell'attuale giurisprudenza. IX. Alea e contratto di assistenza: la fine (auspicabile) di un dogma. X. Il contratto di assistenza alla persona: applicazioni e prospettive.

I. ASSISTENZA PER CONTRATTO: IL SIGNIFICATO DI UNA RICERCA

Cedere i propri beni per procurarsi assistenza per il resto dei propri giorni e pratica antica.

Narrano, infatti, le cronache intorno all'anno 1100 che tal Andrea e sua moglie, all'atto di consacrarsi al servizio di una Chiesa di Lucca, donarono ad essa i propri beni a condizione di ricevere alloggio, vitto e vestiario per il resto della loro vita; e che pochi anni più tardi, all'incirca nel 1160, un certo Eriberto da Rapallo cedette a ciascuno dei suoi figli un terzo dei suoi beni, ed essi si obbligarono a corrispondergli "*sufficientes expensas ad victum et vestitum unusquisque pro tercia*".¹

* Il testo, con l'aggiunta di note contenenti essenziali dati di riferimento, riproduce la relazione tenuta al Convegno Nazionale "I modelli familiari tra diritti e servizi", svoltosi a Lecce il 24 e 25 Settembre 2004.

¹ PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, Torino, 1893, p. 574.

Ma già nell'alto medioevo in Francia era praticato l'istituto dei "precari", consistente nell'alienare beni (per lo più immobili) a enti ecclesiastici dietro corrispettivo di prestazioni vitalizie consistenti in una rendita annua o nell'intero mantenimento: prestazioni che, in forza di un capitolaro emanato da Carlo il Calvo nell'anno 846, dovevano superare del doppio o del triplo il reddito normale dei beni ceduti, a seconda che essi fossero rimasti o meno nel possesso precario del cedente.²

Ancor oggi con una certa frequenza persone, nella maggior parte dei casi anziane, cedono i propri beni non più a Chiese, monasteri o ospedali, ma a parenti o estranei di loro fiducia, chiedendo in corrispettivo assistenza vitalizia materiale e/o morale.

In assenza di una normativa al riguardo, il contratto di riferimento e costituito dalla rendita vitalizia, con il quale, "mediante alienazione di un bene mobile o immobile o mediante cessione di capitale" (art. 1872 c.c.), si ottiene in corrispettivo la corresponsione di somme periodiche di denaro "per la durata della vita del beneficiario o di altra persona" (art. 1873 c.c.).

Il confronto tra le due operazioni contrattuali rivela immediatamente analogie e differenze: da un lato, una sostanziale affinità di struttura —alla cessione di un bene o di un capitale si contrappone con nesso di corrispettività l'obbligazione, che il cessionario assume nei confronti del cedente, ad eseguire prestazioni vitalizie in suo favore—; dall'altro, un'intrinseca diversità tra le prestazioni dedotte nei due rapporti. E in effetti —salvo incertezze nella giurisprudenza e dottrina meno resenti— su questo punto non sono sorti contrasti significativi: in estrema sintesi, ad una "prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di altre cose fungibili" (art. 1861 c.c.) in un caso, si contrappone una prestazione essenzialmente di *facere* nell'altro; alla fungibilità della prima, l'infungibilità della seconda, caratterizzata dall'elemento della fiduciarietà, che connota la scelta del vitalizzante da parte del vitaliziato; alla periodicità delle rate della rendita, una sostanziale continuità della prestazione di assistenza.

² ANDREOLI, *Fonti e natura giuridica della vendita vitalizia*, in *Temi senesi*, 1939, p. 102.

L'elemento che —per giurisprudenza costante e dottrina pressoché unanime— caratterizzerebbe i due schemi a confronto sarebbe costituito dall'aleatorietà: contrapponendosi ad un valore certo (il bene o capitale ceduto) un valore incerto (delle rate di rendita, ovvero delle prestazioni di assistenza) in funzione della durata della vita del vitaliziato. Anzi, non si è mancato di rilevare —salvo poi trarne conseguenze diametralmente opposte in sede di qualificazione— che nel caso del contratto di assistenza l'alea è doppia: all'incertezza circa la longevità dell'assistito si sommerebbe l'incertezza sulle sue condizioni di salute, che, peggiorando, accrescerebbero il "peso" dell'assistenza stessa.³ Il ragionamento intuitivamente —e senza voler anticipare più di tanto le conclusioni di questa breve riflessione— regge nella logica di un'operazione meramente economica: ma possiamo esser certi che le parti di un contratto di assistenza concludano l'accordo con il bilancino del farmacista?

II. ALEA E RENDITA VITALIZIA NEL DIRITTO INTERMEDIO

In realtà, l'argomento dell'alea è antico quasi quanto la travagliata storia della rendita vitalizia, a partire proprio da quei "precari", ai quali si è accennato in apertura.

Se, come le fonti lasciano ritenere, questa e la matrice comune della rendita e di quelli che per brevità continueremo a chiamare contratti di assistenza, diverso e tuttavia il processo evolutivo seguito dai due istituti nel periodo del diritto intermedio, durante il quale la prima è stata protagonista di un travagliato cammino verso la tipicità; mentre i secondi si sono senza clamori consolidati nella prassi.

E' noto, infatti, che canonisti e teologi consideravano la rendita vitalizia un contratto di censo, una *emptio redditus*, e, come tale, in forte sospetto di usura, senza distinguere nella variegata realtà medioevale le diverse prestazioni alle quali poteva obbligarsi il vitalizzante: con conseguente atteggiamento ostile verso tutti quegli accordi che avessero l'aria di dissimulare un mutuo ad interesse.⁴

³ Anche di recente, Cass. 12 febbraio 1998, n. 1502, in *Contratti*, 1998, p. 380.
⁴ VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, I, Milano, 1961, p. 111.

un'ostilità, che alimentava forti diatribe con i giuristi, i quali, fedeli alla tradizione romanistica, vedevano nella costituzione di rendita, comunque realizzata, una semplice fonte di obbligación.⁵

A ben vedere, la ragione dell'assenza di contrasti sugli accordi con cui si "acquistava" assistenza va ricercata riflettendo sulle conseguenze della distinzione, che allora si operava nel *genus* dei contratti di censo quanto al modo di costituzione della rendita.⁶ La situazione di censo, cioè lo *ius percipiendi pensionem annuam ex re alterius utili, et fructifera, supra qua fundatur*, poteva, infatti, essere costituita attraverso due distinti contratti: o alienando la proprietà di un bene immobile, ottenendo come corrispettivo una pensio sul bene stesso; ovvero, acquistando il diritto di percepire una pensione annua vendendo un reddito che traesse la sua origine da un bene immobile, *manente integro dominio tam directo quam utili ad venditorem*. Nel primo caso, si parlava di "censo riservativo"; nel secondo, di "censo consegnativo". Ora, mentre il censo riservativo non suscitava obiezioni sotto il profilo morale, giacché di vendita in effetti si trattava (con conseguenti vantaggi e perdite secondo la logica dell'esperienza), quanto al censo consegnativo, che non comportava trasferimento del dominio, era ferma convinzione che contenesse in sé il germe dell'usura, potendo dopo un certo tempo la somma delle rendite percepite dall'acquirente del censo superare il valore del capitale ricevuto dal venditore.

Ove si consideri che le "vendite di assistenza", di cui si ha notizia, venivano realizzate con il trasferimento del dominio, si comprende che venissero assimilate all'ipotesi di un censo riservativo, e quindi come una *emptio venditio* su cui non c'era niente da discutere: di qui, presumibilmente, la ragione del silenzio che fino all'epoca delle codificazioni accompagna questi contratti.

Le cose andarono diversamente per la rendita costituita come censo consegnativo. L'argomento che valse a superare il contrasto tra teologi e giuristi fu individuato dai civilisti nell'intrinseca reciprocità

⁵ SOFFIETTI, voce *Rendita vitalizia (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 848.

⁶ In argomento v., da ultimo, la puntuale ricostruzione di LANDI, *Ad evitandas usuras*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, Roma, 2004, p. 24 ss.

del rischio (*quaendam commutatio periculi*)⁷ che essa comporta, tanto da escludere la possibilità di predeterminare rischi e vantaggi per le parti al momento della stipulazione del contratto: creando così la premessa per il radicarsi dell'opinione, poi condivisa anche in relazione ai contratti di assistenza, che l'alea costituisse connotato essenziale del vitalizio.⁸

I numerosi interventi di Autorità secolari ed ecclesiastiche succedutisi in questo periodo, e rivolti a sancire la liceità della rendita vitalizia entro limiti rigidamente definiti si pensi alla bolla Cum onus di S. Pio V del 1569, con la quale si vietavano contratti di censo che non fossero costituiti su beni immobili e fruttiferi⁹ —non portarono alla definizione di uno schema contrattuale tipico. A questo risultato giunge, grazie anche al contributo determinante di Pothier, il Codice civile napoleonico, che detta la disciplina del *contrat de rente viagère* (art. 1968 ss.), collocandolo tra i contratti aleatori (art. 1964, 2o comma).

III. L'ESPERIENZA FRANCESE: IL BAIL A NOURRITURE

Resta invece *contrat innomé* l'accordo indicato come *bail a nourriture*, con il quale —per riportare una risalente, ma sempre attuale definizione della Cassazione francese— "una persona si impegna a provvedere a tutti i bisogni di un'altra (cioè, a nutrirla, alloggiarla ed assisterla) finché questa sia in vita dietro corrispettivo di una somma di denaro a scadenze stabilite (per esempio, annualmente), o dell'alienazione di un capitale mobiliare o immobiliare"¹⁰ lo stesso contratto che nel diritto anteriore regolava l'obbligo dei più prossimi parenti dei minorenni a provvedere al loro nutrimento,¹¹ ovvero, delle comunità religiose a dare alloggio e assistenza a quanti vi entravano

⁷ DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV, Napoli, 1758, p. 160, n. 5.

⁸ DE LUCA, *Il dottor volgare*, II, Firenze, 1840, p. 151; BUTERA, *Del contratto vitalizio*, Torino, 1935, p. 8.

⁹ SOFFIETTI, *op. cit.*, p. 850.

¹⁰ *Cour de Cassation* 21 novembre 1892, in *Dalloz périod.*, 93.1.291.

¹¹ BAUDRY, LACANTINERIE, WAHL, *Dei contratti aleatori*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., Milano, s.d., p. 175.

conferendo una dote;¹² e che successivamente si era radicato soprattutto nelle zone rurali della Francia. Ad individuarne caratteristiche essenziali e conseguente disciplina provvedono, con apprezzabile uniformità d'indirizzo, giurisprudenza e dottrina: per un verso, qualificandolo come contratto necessariamente oneroso¹³ ed affermandone, in evidente ossequio alla tradizione, la natura aleatoria in relazione alla durata della vita del creditore;¹⁴ per altro verso, esclusa l'applicabilità dell'art. 1978 *code civil* —che nega al creditore della rendita la possibilità di richiedere il rimborso del capitale in caso di mancato pagamento delle rate previste—, ammettendone la risoluzione, ex art. 1184, con conseguenti effetti restitutori in favore dell'assistito.¹⁵

L'esperienza maturata in Francia ha avuto —come si dirà tra poco— un'indubbia influenza sugli sviluppi del contratto vitalizio in Italia. Ma è bene sottolineare fin da ora che il *bail a nourriture* ha contenuti e finalità essenzialmente alimentari, rimanendone estranee quelle prestazioni di "assistenza morale", che da noi costituiscono elemento caratterizzante di gran parte degli accordi di questo tipo.

A conferma di ciò, sarà sufficiente ricordare che, pur riconoscendosi l'infungibilità delle prestazioni dedotte nel contratto, stante che "*l'intuitus personae fait partie de l'essence du bail a nourriture*",¹⁶ si ammette che il giudice possa sostituire alla prestazione prevista nel contratto una prestazione in denaro avente lo stesso valore nel caso in cui per il debitore sia divenuto impossibile adempiere per causa non imputabile —"notamment en cas de mécontentement grave entre les parties"—,¹⁷ qualora, pur non essendo stata prevista dalle parti, tale conversione venga chiesta dal debitore:¹⁸ realizzandosi così —ad

¹² *Cour de Cassation* 7 novembre 1855, in *Dalloz périod.*, 55.1.432.

¹³ BOULOC, voce *Bail a nourriture*, in *Rép. civ. Dalloz*, 1973, nn. 24/31.

¹⁴ *Cour de Cassation* 6 maggio 1946, in *Dalloz*, 1946, p. 287; *Cour de Cassation* 26 maggio 1992, in *Bull. civ.*, 111, p. 177; AUBRY-RAU, *Droit civil français, par Ponsard-Dejean de la Batie*, Paris, 1975, p. 130.

¹⁵ *Cour de Cassation* 8 febbraio 1960, in *Dalloz*, 1960, p. 417.

¹⁶ VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, These, Paris, 1938, p. 68; *Cour de Cassation* 21 gennaio 1959, in *Bull. civ.*, 1, p. 39.

¹⁷ *Cour de Cassation* 10. marzo 1965, in *Bull. civ.*, I, p. 155; *Cour de Cassation* 8 gennaio 1980 in *Dalloz*, 1983, p. 307.

¹⁸ *Cour de Cassation* 15 janv. 1963, *Bull. civ.*, I, p. 31.

avviso, anche di recente espresso dalla Cassazione— non già una novazione, ma una diversa modalità di esecuzione del contratto "mieux adapté aux circonstances".¹⁹

IV. IL CODICE FEDERALE SVIZZERO DELLE OBBLIGAZIONI:

IL CONTRAT D'ENTRETIEN VIAGER

Contenuti e finalità di mantenimento caratterizzano il *contrat d'entretien viager*, introdotto nel Codice federale svizzero delle obbligazioni del 1881 con legge di revisione del 30 marzo 1911. La definizione ivi contenuta lo individua come il contratto con il quale "una delle parti si obbliga a trasferire all'altra un patrimonio o beni determinati, dietro corrispettivo del mantenimento e dell'assistenza per la durata della sua vita" (art. 521).

L'interesse per le soluzioni adottate da quel legislatore è giustificato in primo luogo dal carattere compromissorio di una normativa destinata a regolare esperienze diverse consolidate nei vari Cantón,²⁰ e per questo intesa a realizzare un difficile temperamento tra esigenze contrastanti: da un lato, tipizzare i contenuti del contratto (e del rapporto); dall'altro, lasciare alle parti (e, quindi, al giudice) il compito di individuare in concreto le modalità di esecuzione delle prestazioni di mantenimento e assistenza.

In questa prospettiva —e limitando i riferimenti agli aspetti che più direttamente interessano l'indagine che si va sviluppando—,²¹ si collocano, da un lato, la previsione in ordine all'inserimento del creditore "dans le ménage du débiteur" (art. 524, 1o. comma, I parte), che comporta l'applicabilità delle regole relative all'*autorité domestique* (art. 331 ss. *code civil*), nonché, all'obbligo per il debitore di fornire al creditore "in caso di malattia (...) le cure necessarie e l'assistenza medica" (art. 524, 2o. comma, II parte); d'altro lato, il ricorso a clausole generali, come quando si impone al debitore di fornire "prestazioni che il valore dei beni ricevuti e la precedente

¹⁹ *Cour de Cassation* 6 marzo 1990, in *Dalloz*, 1990, p. 76.

²⁰ ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne-Paris, 1905, p. 673.

²¹ Per un'analisi, seppur di carattere istituzionale, del contratto in questione, v. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne, 2000, p. 682 ss.

condizione sociale-del creditore consentono di esigere secondo equità" (art. 524, 1o. comma, II parte); e, in ogni caso, vitto e alloggio "convenables" (art. 524, 2o. comma, I.a. parte).

E ancora: il carattere personale delle prestazioni di mantenimento e assistenza, se, per un verso, comporta che i diritti del creditore non siano cedibili (art. 529, 1o. comma), e che alla morte del debitore il creditore possa chiedere lo scioglimento del rapporto nel termine di un anno (art. 528, 1o. comma), per altro verso, non impedisce al giudice di decidere, anche d'ufficio, la sostituzione delle prestazioni previste dalle parti con una rendita vitalizia a carico del debitore "a titre de compensation" nel caso di recesso unilaterale dal contratto (art. 527, 3o. comma): una soluzione di equilibrio tra intuitus personae ed esigenza di assicurare comunque, in considerazione delle peculiarità della fattispecie concreta, le finalità del rapporto.

Il secondo motivo di interesse è rappresentato dal particolare regime normativo previsto per la risoluzione e per il recesso unilaterale: nei due casi l'iniziativa dell'impugnazione del *contrat d'entretien viager* può essere assunta dall'una o dall'altra parte, rispettivamente allorché le prestazioni stabilite siano di valore *sensiblement inégal*, e la parte che riceve di più non possa dimostrare che l'altra ha voluto fare una liberalità (art. 526); ovvero, quando la continuazione del rapporto sia divenuta *intolérable* a causa di una violazione degli obblighi previsti, o per altri giusti motivi che rendano tale continuazione *impossible ou onéreuse à l'excès*. Appare evidente l'intento di adattare gli istituti generali alle particolarità del contratto in una prospettiva che fa pensare ad una struttura contrattuale di tipo commutativo, piuttosto che aleatorio.

V. L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA

NEL VIGORE DEL CODICE CIVILE DEL 1865:

IL C.D. VITALIZIO ALIMENTARE

Il codice civile italiano del 1865 segue sostanzialmente il modello francese, disciplinando l'istituto della rendita vitalizia (artt. 1778 ss.), e lasciando a dottrina e giurisprudenza il compito di definire natura, contenuti e disciplina del c.d. vitalizio alimentare, che per antica tradizione veniva praticato nelle nostre regioni. Un compito che si presenta subito assai difficile, non avendo questa prassi contrattuale

ancora raggiunto da noi un grado di uniformità sufficiente ad indurre una diffusa consapevolezza della sua autonomia dalla rendita vitalizia, contrariamente a quanto accaduto in Francia per il bail a nourriture. Stanno a dimostrarlo, per un verso, lo scarso interesse che la dottrina dedica all'argomento, limitandosi a sintetici riferimenti nell'ambito delle trattazioni sulla rendita; per altro verso, la varietà delle formule usate dalle parti per individuare l'oggetto del vitalizio: "mantenere i genitori di vitto e vestito secondo i loro usi";²² "somministrare gli alimenti in natura";²³ "facoltà di coabitare col vitalizzante" 5.²⁴

La giurisprudenza è divisa sul problema della qualificazione di questo contratto.

Alcune Corti affermano che "costituisce contratto innominato (...) il contratto per cui altri si obbliga di fornire al beneficiario, vita durante, gli alimenti e di tenerlo presso di sé come persona della propria famiglia, in corrispettivo della cessione di alcuni stabili";²⁵ o che "il contratto, in forza del quale il figlio si obbliga verso la madre a mantenerla in casa, ovvero a corrispondergli gli alimenti in una mensualità fissa per tutta la durata della sua vita, dietro cessione della quota alla madre spettante sulla eredità del rispettivo marito e padre, non presenta i caratteri della costituzione di rendita vitalizia";²⁶ e parimenti, che "manca la prestazione specifica in denaro o in derrate, e quindi non costituisce vitalizio, quel contratto in cui il cessionario si obbliga di dare l'alloggio in famiglia e di prestare assistenza all'altro contraente".²⁷

In realtà, l'orientamento predominante e nel senso di ricomprendere nella rendita vitalizia l'accordo "costituito mediante l'obbligo di corrispondere al costituente vitto, alloggio e vestiario";²⁸ ovvero, stipulato con la cessione di "un capitale (...) onde averne in cambio assicurata un'esistenza decorosa", con obbligo per il vitalizzante di "convivere con il cessionario";²⁹ o, quello che preveda "l'obbligo di

²² App. Venezia 22 aprile 1884, in *Rep. Foro it.*, 1885, voce *Vitalizio*, n. 7.

²³ App. Bologna 12 novembre 1886, in *Rep. Foro it.*, 1887, voce *Vitalizio*, n. 2.

²⁴ App. Venezia 7 dicembre 1877, in *Rep. Foro it.*, 1878, voce *Vitalizio*, n. 6.

²⁵ Trib. Oristano 5 marzo 1909, in *Giur. sarda*, 1909, p. 288.

²⁶ App. Genova 9 febbraio 1914, in *Tem. gen.*, 1914, p. 88.

²⁷ App. Cagliari 26 novembre 1917, in *Giur. sarda*, 1917, p. 365.

²⁸ C21SS. Napoli 11 marzo 1914, in *Riv. dir. civ.*, 1914, p. 550.

²⁹ App. Milano 2 aprile 1924, in *Monit. Trib. Milano*, 1924, p. 827.

mantenere in casa il vitaliziato”, stante il “contenuto quanto mai ampio” della rendita.³⁰

Del resto, che non fosse impresa facile differenziare il contratto in questione dal vitalizio tipico lo aveva già da tempo implicitamente ammesso la Corte d'appello di Bologna,³¹ che al termine di una tortuosa motivazione era arrivata a ritenere “puramente astratta e formalistica (...) la distinzione con la quale si crede dimostrare che l'obbligazione del debitore della rendita propriamente detta consiste nel dare, mentre l'obbligazione di somministrare gli alimenti ad una persona consiste nel fare”: e cioè, “essendo ovvio ed evidente che, dovendosi per il vitto, alloggio e vestiario sborsare denaro, il mantenimento si risolve in una vera obbligazione di dare”; traendone la conclusione che detto contratto “deve considerarsi contratto di rendita vitalizia”.

Alla suggestiva tesi della sostanziale conversione delle obbligazioni di fare in obbligazioni di dare, la Cassazione cinquant'anni dopo aggiunge l'elemento dell'alea, peraltro non del tutto sopito nella giurisprudenza di merito più antica.³² In questa occasione il Supremo Collegio ammette anzi che “se una differenza si riscontra tra il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia tipica, essa è data da un'accentuazione dell'elemento aleatorio pel debitore” in ragione del “contenuto della prestazione, che potrebbe diventare più gravoso in relazione al sopravvenire di maggiori bisogni del vitaliziato, per ragioni di malattia, di vecchiaia, ecc.”:³³ argomento che, utilizzato qui a fortiori per sostenere l'assimilazione tra i due schemi contrattuali, dopo altri cinquant'anni verrà dalla stessa Cassazione, questa volta a Sezioni Unite, portato in favore dell'atipicità del contratto in questione.³⁴

³⁰ App. Bologna 23 giugno 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Vitalizio*, n. 5.

³¹ App. Bologna 28 marzo 1890, in *Riv. giur. bologn.*, 1890, p. 133.

³² App. Venezia 22 aprile 1884, cit.

³³ Cass. Regno 19 luglio 1940, in *Giur. it.*, 1941, I, c. 417: nella specie, “lo stesso attore, in relazione alla incorsa inadempienza dei vitalizzanti, si era fatto a domandare la corresponsione equivalente di una rendita giornaliera in denaro”.

³⁴ Cass. sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Arch. civ.*, 1990, p. 1122.

VI. SEGUE. LA GIURISPRUDENZA NEL CODICE DEL 1942

Il quadro normativo di riferimento non cambia con il codice civile del 1942, che riproduce senza apprezzabili modificazioni —per quanto qui interessa— la disciplina della rendita contenuta nel codice precedente, senza regolare l'ipotesi di accordi di assistenza vitalizia.

In giurisprudenza gli orientamenti già delineati non mutano sostanzialmente, anche se non mancano i segni di un'evoluzione in atto. I giudici di merito si orientano sempre più spesso nel senso dell'atipicità del c.d. vitalizio alimentare.³⁵

La Cassazione si mantiene fedele al suo indirizzo, ma le motivazioni sono più articolate: compaiono i primi riferimenti all'assistenza materiale e morale, intesa come “l'esplicazione di tutte quelle cure e di quei servizi necessari per assicurare il benessere materiale e morale”;³⁶ il vitalizio alimentare e quello di mantenimento vengono, ora, indistintamente considerati “una sottospecie del vitalizio oneroso”³⁷ —riprendendo una formula già comparsa in decisioni di merito più antiche—, ora, come contratti tra loro diversi, ma accomunati alla rendita vitalizia dalla “caratteristica fondamentale dell'alea”, e “innominati”.³⁸

Una svolta nell'orientamento nella giurisprudenza di legittimità si determina con la sentenza del 28 luglio 1975, n. 2924.³⁹

Pronunciandosi in via incidentale, seppur su questione pregiudiziale alla decisione del ricorso sulla forma del contratto dedotto in controversia, la Cassazione afferma, infatti, che “il contratto col quale le parti attuano la cessione di un immobile in corrispettivo di prestazioni alimentari e assistenziali presenta bensì delle affinità con quello di

³⁵ Tra le altre, Pret. Cuglieri 12 febbraio 1948, in *Foro sardo*, 1949, p. 232, App. Roma 16 gennaio 1950, in *Monit. trib.*, 1951, 84; Trib. Salerno 6 giugno 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Vitalizio*, n. 4; Trib. Messina 18 agosto 1961, *ivi*, 1962, voce cit., n. 1, che parla di “rendita vitalizia atipica”.

³⁶ Cass. 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Vitalizio*, n. 2.

³⁷ Cass. 18 marzo 1958, n. 905, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 606, con nota critica di TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*.

³⁸ Cass. 3 marzo 1955, n. 637, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Vitalizio*, n. 6.

³⁹ Cass. 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, 2879, con nota di TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione (spunti sulla sostanza e sulla forma della rinuncia all'azione)*.

rendita vitalizia previsto dall'art. 1872 e segg. cod. civ., ma anche delle peculiarità che non consentono la identificazione con tale figura negoziale"; rilevando che "la più saliente differenza attiene alla connotazione non meramente patrimoniale delle rispettive prestazioni, essendo coinvolto il concetto di coabitazione, mantenimento e assistenza, che presuppongono un *intuitus personae* nella scelta del contraente". Per la prima volta la natura della prestazione del cessionario viene assunta dalla Suprema Corte quale elemento caratterizzante il rapporto di assistenza: di qui la qualificazione dell'accordo che ne è la fonte come "contratto innominato ed assoggettabile perciò alla disciplina del rapporto tipico affine solo in quanto con esso compatibile"; con la conseguenza che ad esso "non sarebbe applicabile la previsione della inammissibilità dell'azione di risoluzione trattandosi di norma (art. 1878) chiaramente basata sul presupposto della fungibilità delle prestazioni".

Non mancano tuttavia le occasioni in cui la Corte torna ancora su posizioni tradizionali: ora, riconducendo il contratto in questione direttamente allo schema della rendita vitalizia,⁴⁰ ora, ritenendolo "una sottospecie del vitalizio oneroso",⁴¹ ora, giudicandolo "assimilabile alla rendita vitalizia",⁴² ora, qualificandolo "una forma particolare" della stessa.⁴³

Saranno le Sezioni Unite con la già nominata sentenza del 1990 a sancire definitivamente l'atipicità del contratto di "vitalizio alimentare", fondandola sulla "particolarità dell'alea e delle prestazioni del vitalizzante" —nella specie, costituite da "servizio e assistenza in relazione alle condizioni sociali del vitaliziato"—, nonché sulla "diversità dell'elemento della causa negoziale" rispetto alla rendita vitalizia, posto che "l'intento delle parti (...) mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato".

⁴⁰ Cass. 5 agosto 1977, n. 3553, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Rendita vitalizia*, n. 1.

⁴¹ Cass. 16 giugno 1981, n. 3902, in *Rep. Foro it.*, voce *Rendita vitalizia*, n. 4: nella specie, il vitalizzante si era obbligato "a prestare al vitaliziato, in aggiunta alla rendita vitalizia, anche l'assistenza medico-chirurgica nonché l'alloggio ed il vestiario".

⁴² Cass. 27 aprile 1982, n. 2629, in *Arch. civ.*, 1982, p. 715 (nella specie, "prestazioni domestiche ed infermieristiche").

⁴³ Cass. 15 marzo 1982, n. 1683, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Rendita vitalizia*, n. 3.

VII. I VITALIZI IMPROPRI: TIPOLOGIE E CONTENUTI

Si delinea ormai con sufficiente chiarezza la categoria dei c.d. vitalizi impropri, nella quale tende ad accentuarsi la distinzione tra varie figure in ragione dei contenuti delle prestazioni di assistenza: in particolare, tra il "vitalizio alimentare", tendente ad assicurare la mera assistenza materiale nei limiti di quanto sia necessario per vivere (e cioè, vitto, alloggio e vestiario, secondo una formula antica, ma sempre attuale); e il contratto "di mantenimento", avente ad oggetto prestazioni non solo materiali, dirette al soddisfacimento di esigenze di vita in senso ampio, quali "la compagnia, l'accompagnamento, il sostegno morale, in quanto tali dirette ad aiutare (...) a sopportare meglio i problemi, i disagi e le difficoltà di ordine psicologico connesse all'età".⁴⁴

Non è tuttavia possibile tracciare una linea di confine netta tra schemi contrattuali, prevedendosi, per lo più, o generici riferimenti ad una assistenza materiale e morale, ovvero un'elencazione di prestazioni avente per lo più un'efficacia meramente esemplificativa: "prestazione di cure mediche, morali ed altro",⁴⁵ "completo e decoroso mantenimento, (...) [soccorso] in ogni necessità della vita",⁴⁶ "servizio e assistenza completa" in relazione all'età e allo stato di salute.⁴⁷

Tale variabilità di contenuti impone un attento esame delle espressioni usate dai contraenti in vista di una più precisa determinazione delle attività di assistenza che essi hanno voluto dedurre nel rapporto; in assenza di indicazioni in tal senso, la giurisprudenza di legittimità anche recentemente si è riferita a tutti quei servizi e comportamenti, che secondo un'interpretazione di buona fede, ex art. 1366 c.c., devono intendersi rientrare in contratti di questo tipo.⁴⁸

L'accennata coppia di obbligazioni —l'una, relativa all'assistenza materiale, l'altra, all'assistenza morale— viene inoltre considerata

⁴⁴ Cass. 11 dicembre 1995, n. 12650, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1246.

⁴⁵ Cass. 12 febbraio 1998, n. 1502, cit.

⁴⁶ Cass. 12 febbraio 1998, n. 1503, in *Contratti*, 1998, p. 379.

⁴⁷ Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.

⁴⁸ Cass. 19 febbraio 1996, n. 1280, in *Contratti*, 1996, p. 464; ma già Cass. 16 giugno 1981, n. 3902, cit.

sotto il profilo delle modalita di attuazione delle relative prestazioni: presentandosi, la prima, con un contenuto variabile in funzione delle concrete necessita del vitaliziato; traducendosi, la seconda, come correlata ad un'esigenza a carattere non episodico del creditore, in una prestazione tendenzialmente costante nel tempo e nella quantita (rectius, intensita).⁴⁹

VIII. IL VITALIZIO ALIMENTARE NELL'ATTUALE GIURISPRUDENZA

Aver spostato il baricentro del problema sulla struttura del contratto nella prospettiva delle finalita di assistenza perseguite dalle parti consente alla giurisprudenza di legittimita di superare lo stallo, e raggiungere l'attuale uniformita d'indirizzo nel senso che "e legittimamente configurabile, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 codice civile, un contratto atipico di c.d. "vitalizio alimentare", autonomo e distinto da quello, nominato, di rendita vitalizia di cui all'art. 1872 stesso codice, sulla premessa che i due negozi, omogenei quanto al profilo dell'aleatorietà, si differenziano perché, nella rendita alimentare, le obbligazioni dedotte nel rapporto hanno ad oggetto prestazioni assistenziali di dare prevalentemente fungibili (...) mentre nel vitalizio alimentare le obbligazioni contrattuali hanno come contenuto prestazioni (di dare e di fare) di carattere accentuatamente spirituale e, in ragione di cio, eseguibili unicamente da un vitalizante specificamente individuato alla luce delle sue proprie qualita personali, con la conseguenza che a tale negozio atipico e senz'altro applicabile il rimedio della risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 codice civile, espressamente esclusa, per converso, con riferimento alla rendita vitalizia".⁵⁰

IX. ALEA E CONTRATTO DI ASSISTENZA:

LA FINE (AUSPICABILE) DI UN DOGMA

Non e difficile constatare che la strada indicata dalle Sezioni Unite non e stata finora percorsa fino in fondo; limitandosi le pronunce

⁴⁹ Cass. 7 febbraio 1992, n. 1401, in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, c. 1793; Cass. 9 ottobre 1996, n. 8825 in *Foro it.*, 1997, c. 2233.

⁵⁰ Cass. 29 maggio 2000, n. 7033, in *Contratti*, 2000, p. 869.

successive ad affermare una atipicita del c.d. vitalizio alimentare fondata unicamente sulle caratteristiche delle prestazioni di assistenza, in particolare sulla loro infungibilita.

Il risultato e un'atipicita debole, che consente di risolvere solo una parte dei problemi connessi alla patologia del rapporto di assistenza: alle inadempienze del vitalizzante si ritiene applicabile l'istituto della risoluzione —espressamente negato all'art. 1878 c.c. per l'ipotesi di mancata corresponsione delle rate della rendita—, con effetti favorevoli al vitaliziato, che, ottenuta la restituzione del bene ceduto, puo reinvestirlo per far fronte a quelle esigenze che a suo tempo lo avevano condotto alla stipulazione del vitalizio.

Ma nessun rimedio viene ancora individuato per l'ipotesi —oggi di frequente verifica— di sopravvenuta eccessiva onerosita delle prestazioni di assistenza, giacché l'essenziale aleatorietà, che al contratto in questione viene riconosciuta ad immagine di quella da secoli attribuita alla rendita, impedirebbe non solo l'applicazione dello stesso istituto per il divieto sancito all'art. 1469 c.c., ma anche il ricorso a nuovi accordi di assistenza, qualora le parti fossero intenzionate a proseguire il rapporto. E' stato, infatti, di recente ritenuto che "il trasferimento di un bene con un contratto c.d. di mantenimento, quale compenso della maggiore gravosita sopravvenuta dell'assistenza materiale e morale da prestare, e privo di causa perché in tal modo l'ulteriore attribuzione patrimoniale rispetto alla precedente con identico contratto elimina il rischio connaturale a questo di sproporzione tra le due prestazioni e, poiché non e giustificata da un diverso corrispettivo, la causa di scambio dissimula quella di liberalita e il relativo contratto e nullo se non ha la forma della donazione".⁵¹

Si comprende allora il senso del riferimento alla sopra riportata decisione delle sezioni unite 18 agosto 1990, n. 8432: che si traduce nell'esigenza di chiarire il significato di quella "diversita dell'elemento della causa negoziale" rispetto alla rendita vitalizia, quale individuabile attraverso "l'intento delle parti (...) [che] mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato". Una diversita che coinvolge necessariamente il ruolo che l'elemento dell'alea assume nei contratti di assistenza.

⁵¹ Cass. 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Contratti*, 1999, p. 221.

Alla luce di quanto fin qui è emerso su affinità e divergenze tra i due schemi contrattuali in esame appare evidente che se un giudizio in termini di strutturale aleatorietà può forse ancora oggi giustificarsi in relazione alla rendita vitalizia nell'antica logica della compravendita di un censo, non si giustifica in relazione al concetto di assistenza materiale e morale, che evoca interessi e valori di carattere esistenziale. In realtà, l'obbligo di assistere un individuo come "persona" si traduce nell'assicurare la propria disponibilità —intesa come "bene" a contenuto variabile in funzione delle circostanze— a compiere tutte quelle prestazioni che si renderanno necessarie nell'ambito del programma di assistenza concordato. Il fulcro attorno a cui ruota l'accordo delle parti non è più allora l'assunzione del rischio connesso alla oggettiva incertezza delle prestazioni, ma —per quanto qui interessa— l'eventuale variazione del loro valore economico in funzione del mutamento delle condizioni dell'assistito.

La funzione del contratto è infatti normalmente quella di rimuovere situazioni di insicurezza, surrogando ad un bene (mobile o immobile, o ad un capitale) una prestazione conforme alle esigenze attuali della controparte e a quelle che prevedibilmente si determineranno in seguito: in altri termini, non sembra qui potersi parlare di alea in senso tecnico, ma di quell'"alea normale del contratto", di cui al 2o comma dell'art. 1467 c.c.⁵²

Va da sé che si renda necessaria un'attenta valutazione del programma negoziale allo scopo di stabilire se e fino a che punto le parti abbiano inteso comprendere nel progetto originario variazioni indotte da "avvenimenti straordinari e imprevedibili":⁵³ dipendendo l'applicabilità dello strumento rimediabile (ex art. 1467, 1o comma, c.c.) dal grado di incertezza sulle sorti del rapporto che sia stato concordemente accettato al momento della conclusione del contratto di assistenza.⁵⁴

⁵² Sul senso della distinzione valga qui il rinvio a NICOLO, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025.

⁵³ In termini generali, l'alea normale assume il valore di criterio elastico di valutazione del rapporto tra avvenimento e prestazioni: E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto - Studi*, Napoli, 1997, p. 122.

⁵⁴ Sul punto v., in particolare, BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467 c.c., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 11, p. 5.

Nella prospettiva di una sostanziale commutatività del contratto in questione peraltro già individuabile nella citata normativa del codice svizzero delle obbligazioni ben può riconoscersi alle parti la possibilità di concludere validamente successive cessioni (di beni o capitali) intese ad adeguare il valore inizialmente conferito all'intervenuta maggior onerosità (in senso qualitativo e/o quantitativo) delle prestazioni di assistenza. L'assistito ha (di regola) interesse ad un adempimento spontaneo e tempestivo secondo quanto richiedano le circostanze, in coerenza con quelle finalità assistenziali che il contratto tende ad assolvere. A questo interesse meglio corrispondono incentivi all'adempimento, piuttosto che la prospettiva di sanzioni in termini di nullità o di risarcimento, che, al di là di una generica funzione di deterrenza, si rivelerebbero comunque rimedio tardivo rispetto alle attuali esigenze, e ciò vale a maggior ragione nel caso in cui rispetto ai bisogni, in ipotesi programmati al momento della conclusione del contratto come crescenti in funzione dell'età, si siano verificati eventi, pur imprevedibili, che abbiano aggravato le necessità dell'assistito, e quindi il contenuto della prestazione di assistenza.

X. IL CONTRATTO DI ASSISTENZA ALLA PERSONA: APPLICAZIONI E PROSPETTIVE

È viva la consapevolezza di non aver esaminato che un aspetto —e per profili particolari— del più ampio fenomeno della contrattualizzazione dell'assistenza, che oggi, a vario titolo, tende ad interessare situazioni ed esigenze tradizionalmente sottratte allo strumento privatistico: per citare solo alcune delle ipotesi ricorrenti, la prassi, ormai diffusa anche in Italia, degli accordi intesi a regolare rapporti di convivenza *more uxorio*,⁵⁵ o tra *flat mates*,⁵⁶ o i contratti tra coniugi in vista della separazione,⁵⁷ ovvero, a coinvolgere attività di volontariato in supplenza, o ad integrazione del sistema assistenziale pubblico.

⁵⁵ OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.

⁵⁶ FUSI-REGNI (*ACURA DI*), *I contratti tra conviventi*, in *Contratti*, 1999, p. 1176.

⁵⁷ CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999.

Ma ha prevalso l'interesse per una prassi contrattuale che attraverso i secoli e riuscita a conquistarsi una indiscussa "tipicità sociale", nel tentativo di liberarla dalle incrostazioni del passato: e segnatamente, dal dogma dell'alea, che di fatto ne limita le potenziali applicazioni.

In una prospettiva *de iure condendo* lo schema del contratto di assistenza si rivela sufficientemente elastico da comprendere situazioni diverse da quella fin qui considerata: il riferimento —per fare solo un esempio— e a quegli accordi con cui nella consapevolezza (o nella prospettiva) di ridotta efficienza sul piano dei rapporti sociali una persona dia in locazione parte della sua abitazione ad altra persona, con la quale abbia instaurato un rapporto di fiducia, ottenendone come corrispettivo sostegno materiale e morale. Va da sé che una atipicità debole anche in questo caso non garantirebbe l'attuazione dell'interesse prioritario all'assistenza, non essendo ipotizzabile che la soluzione dei problemi o dei conflitti che dovessero sorgere tra le parti possa essere affidata *tout court* all'applicazione della legislazione vincolistica.

In conclusione, di contratto di assistenza alla persona potrà parlarsi tutte le volte in cui gli strumenti giuridici e pratici usati dalle parti in considerazione delle risorse economiche disponibili risultino in concreto funzionali al soddisfacimento dell'interesse all'assistenza personale di una di esse.

Con buona pace degli antichi teologi e canonisti, ai quali lasciamo volentieri gli anatemi sui censi.