

LEZIONE DEL 10 GENNAIO 2023

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

**CORSO INTENSIVO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER
REFERENDARIO TAR 2022-2023**

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 10 GENNAIO 2023

di Vincenzo Lopilato

Diritto civile

AREE TEMATICHE

EFFICACIA (Pt. II)

Argomento 1

TRACCIA

Rischio contrattuale e contratti aleatori.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

B. Giurisprudenza

1. Contratto di vitalizio alimentare. Cass. civ., sez. II, 27 ottobre 2017, n.25624.

Massima:

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.

Si riporta parte della motivazione per esteso:

Omissis.

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.

Diritto

- con i due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente poichè attengono alla medesima questione, si deduce falsa applicazione dell'art. 1872 c.c. nonchè 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;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- 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 sopravvenienza 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 confermarci 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 omissis 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 poichè 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.

1.1. Segue: Cass. civ., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432.

Massima:

Il vitalizio alimentare, con il quale una parte si obbliga - in corrispettivo dall'alienazione di un immobile o della attribuzione di altri beni o utilità - a fornire all'altra parte vitto, alloggio ed assistenza per tutta la durata della vita ed in relazione ai bisogni ed alle condizioni sociali del vitaliziato, è un contratto atipico sottratto all'applicazione diretta dell'art. 1878 c.c. e soggetto invece al rimedio della risoluzione per inadempimento.

Si riporta di seguito un estratto della motivazione:

Omissis.

Secondo un primo orientamento, prevalente in epoca meno recente nella giurisprudenza di questa Corte, il contratto di vitalizio alimentare costituisce una sottospecie della rendita vitalizia ai principi della quale deve essere ricondotto e dalle cui norme deve essere regolato, compresa quella dell'art. 1878 del codice civile (sent. nn. 1683 del 1982, 3902 e 1154 del 1981, 4801 del 1978, 3553 del 1977, 1694 del 1971, 3501 del 1969, 330 del 1966, 968 del 1965 e 1658 del 1964).

Tale orientamento, condiviso da una parte della dottrina, si fonda sull'identità dell'alea e delle prestazioni dei due contratti.

Pur ammettendosi che l'alea è caratterizzata oltre che dall'incertezza della durata del rapporto, dipendente dall'esistenza in vita del creditore, anche dalla misura della prestazione, variabile in relazione al suo stato di bisogno, si afferma che questa peculiarità determina una particolare qualificazione dell'alea, ma non snatura il rapporto e non lo sottrae allo schema della rendita vitalizia tipica; e che, se è vero che le parti nel vitalizio alimentare frequentemente determinano l'entità delle somministrazioni con riferimento al concreto stato di bisogno dell'assistito, nulla esclude che ne stabiliscano l'immutabilità nel tempo.

Si è poi negato che la prestazione sia costituita prevalentemente da un "facere" e non da un "dare", essendosi rilevato che l'obbligo del mantenimento, comprensivo della somministrazione di ciò che è necessario ai bisogni del vitalizio, si concreta nella prestazione promiscua di cose e di servizi, le une e gli altri di volta in volta prevalenti in rapporto alle esigenze del creditore. E si è

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

precisato che le prestazioni di fare, rappresentando nell'economia del contratto l'equivalente delle cose che il vitaliziato dovrebbe altrimenti procurarsi con l'esborso di somme di denaro, soddisfano il suo interesse allo stesso modo della somministrazione delle rate di denaro, il che non contrasta con l'essenza della rendita vitalizia, la quale è un atto di previdenza diretto ad assicurare al creditore i mezzi economici necessari per i suoi bisogni.

Per l'orientamento contrario, l'alea della rendita vitalizia e quella del vitalizio alimentare sono diverse, e le prestazioni di fare di quest'ultimo non possono ricomprendersi tra quelle di dare (sent. nn. 7679 del 1986, 3625 del 1982, 5855 e 50 del 1980 e 2924 del 1975).

Si ritiene che nel vitalizio alimentare l'alea del vitaliziante presenti una complessità che la distingue nettamente da quella della rendita tipica, e che l'eventuale previsione dell'immutabilità delle prestazioni nel tempo, da cui dovrebbe derivare l'identità dell'alea, determini la formazione di un contratto diverso da quello in relazione al quale si pone il problema dell'applicabilità della norma dell'art. 1878 del codice civile.

Si nega, inoltre, che le prestazioni di "facere" siano riconducibili a quelle di dare, non solo se siano infungibili e caratterizzate dall'"intuitus personae", ma anche se siano fungibili, in base al rilievo che altrimenti ogni prestazione di servizi fungibili si ridurrebbe sempre a una prestazione di dare il denaro necessario per il costo dei servizi pattuiti.

Per queste Sezioni Unite dei due orientamenti è giuridicamente corretto quello che propende per l'atipicità del contratto di vitalizio alimentare, la quale deve ammettersi, sia per le evidenziate ragioni attinenti alla particolarità dell'alea e delle prestazioni del vitaliziante, sia per la diversità dell'elemento della causa negoziale, la quale fissa la tipicità di un determinato contratto, in quanto l'intento delle parti, mentre nella rendita vitalizia è diretto allo scambio di un immobile o di un capitale con delle prestazioni periodiche di denaro o di altre cose fungibili, nel vitalizio alimentare mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato.

Escluso che il vitalizio alimentare rientri nello schema della rendita vitalizia e che quindi nei suoi confronti operi direttamente l'art. 1878 del codice civile, si deve accertare se la "ratio" che ispira tale norma ricorra o meno anche con riguardo alla fattispecie non direttamente contemplata, perchè, in caso positivo, il divieto della risoluzione dovrebbe estendersi ad essa per analogia.

L'inapplicabilità al contratto di rendita vitalizia dell'istituto della risoluzione per inadempimento (art. 1453 e 1455 cod. civ.) a volte è stata spiegata con l'intento di evitare l'ingiusto arricchimento del vitaliziato, il quale, a causa dell'irretroattività della risoluzione per le prestazioni già eseguite nei contratti di durata (art. 1458 cod. civ.), oltre a ottenere la restituzione del capitale o dell'immobile ceduti per la costituzione della rendita, si gioverebbe delle prestazioni già ricevute; e altre volte è stata giustificata con la tutela dello stesso vitaliziato, il quale, conseguita la restituzione dell'immobile o del capitale anteriormente trasferito al vitaliziante, potrebbe essere incapace (per ragioni di età o per altri motivi) di reinvestire il denaro o di amministrare il bene.

Ma nè l'una nè l'altra di queste ragioni può avere determinato la formulazione dell'art. 1878 del codice civile, perché ciascuna di esse avrebbe dovuto indurre il legislatore a escludere sempre la risoluzione del contratto di rendita vitalizia, mentre questa, ai sensi dell'art. 1877, può essere chiesta dal creditore di una rendita costituita a titolo oneroso nel diverso caso in cui il vitaliziante non gli dia o diminuisca le garanzie pattuite.

Si deve invece ritenere che il legislatore abbia introdotto nel codice civile la norma dell'art. 1878 sul presupposto che l'inadempimento dell'obbligazione di dare, consistente nel pagamento di una o più rate della rendita, non sia tanto grave da turbare l'equilibrio contrattuale e da ledere l'altrui interesse, il quale è rivolto all'intero rapporto, come risulta dall'art. 1877, il quale prevede la risoluzione del contratto in un caso in cui l'inadempimento del vitaliziante (omessa prestazione delle garanzie promesse o diminuzione delle stesse) metta in pericolo l'intero rapporto giuridico.

Questa scarsa importanza dell'inadempimento non si riscontra però nel vitalizio alimentare, perché la mancata corresponsione, anche per un breve periodo, delle prestazioni fungibili (vitto, vestiario e alloggio) priva il creditore del minimo indispensabile per la sopravvivenza.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Inoltre, il creditore, mentre nella rendita vitalizia, pur non potendo ottenere la risoluzione del contratto per il mancato pagamento di una o più rate, può conseguire il relativo importo perché la norma dell'art. 1878 gli consente di chiedere il sequestro e la vendita dei beni del debitore e d'impiegare con il ricavato di essa una somma di denaro sufficiente ad assicurargli la rendita, invece di tale rimedio - che presuppone una prestazione di dare frazionabile fungibile e suscettibile di coercizione - non può ovviamente servirsi nel vitalizio alimentare per le prestazioni consistenti in un "facere", anche perché queste sono fondate sull'"intuitus personae" per la fiducia che determina la scelta del contraente.

E non sussistendo l'identità di "ratio", la quale costituisce il presupposto per l'estensione analogica di una determinata norma a una fattispecie simile a quella da essa regolata, il contrasto esistente nella giurisprudenza di questa Corte deve risolversi nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 1878 del codice civile e della operatività del rimedio della risoluzione per inadempimento al contratto di vitalizio alimentare nel quale le prestazioni siano costituite, come nel caso in esame, da "servizio e assistenza in relazione alle condizioni sociali del vitaliziato".

Omissis.

2. Contratto derivati. Il contratto di swap e il concetto di "alea razionale": Cass. civ. sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770.

Omissis.

4.5. - *Posto che l'interest rate swap è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un interest rate swap sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne:*

a) la data di stipulazione del contratto (trade date);

b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi;

c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date);

d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto;

e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi;

f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale.

4.6. - *Va, peraltro, ancora precisato che se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito).*

4.7. - *Invero, l'IRS può atteggiarsi ad operazione non par non solo in punto di partenza, ma può divenir tale anche con il tempo. In un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. mark to market (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).*

4.7.1. - *Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale.

5. - In un tale quadro di illustrazioni del fenomeno che va sotto il nome di IRS è assai discussa la questione della causa dello swap.

5.1. - Una giurisprudenza, con l'appoggio di parte della dottrina, tende a vedere nello swap la causa della scommessa. Ma è difficile accogliere l'idea che un'operazione di interest rate swap, destinata a regolare una pluralità di rapporti per molti anni, muovendo ingentissimi capitali su importanti mercati internazionali, sia da considerare come una qualsiasi lotteria, apparendo palese come lo swap abbia ben poco in comune con lo schema della scommessa di cui agli artt. da 1933 a 1935 c.c., della natura contrattuale della quale vi è pure stata discussione in dottrina.

5.2. - Ciò che distingue l'IRS dalla comune scommessa è proprio la complessità della vicenda e la professionalità dei soggetti coinvolti, sicchè l'impostazione più attenta rinviene la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio, atteso che quello strumento contrattuale:

- si forma nel mercato finanziario, con regole sue proprie; di frequente consuetudinarie e tipiche della comunità degli investitori; riguarda un rischio finanziario che può essere delle parti, ma può pure non appartenere loro;

- concerne dei differenziali calcolati su dei flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo;

- è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata;

- è il risultato di una tradizione giuridica diversa dalla nostra.

5.3. - A fini puramente descrittivi e semplificativi, si potrebbe dire che l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto).

6. - Sicchè si pone con immediatezza un primo problema, riguardante la validità dello strumento contrattuale che abbia al suo interno questo particolare atteggiarsi della causa dello swap.

6.1. - In particolare, ci si pone il problema - che è preliminare ad ogni altro pure sollevato dalla sezione semplice - se tali tipi di contratti perseguano interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e siano muniti di una valida causa in concreto.

6.2. - Infatti, appare necessario verificare - ai fini della liceità dei contratti - se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perchè il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. E tale accordo non deve limitarsi al mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poichè il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti.

6.3. - Sotto tale ultimo profilo, va rilevato che le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perchè in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo. Sicchè l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

6.4. - A tale proposito, va richiamato l'art. 23, comma 5, del TUF, il quale dispone che "Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonchè a

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, comma 5, lett. a), non si applica l'art. 1933 c.c.". Ma tale previsione non intende autorizzare sic et simpliciter una scommessa, ma delimitare, con un criterio soggettivo, la causa dello swap, ricollegandola espressamente al settore finanziario. In questo modo, è disegnato un modello, ponendosi al massimo ancora il problema se tutti i derivati rispondano ad un unico tipo o se la distinzione tra tali tipi riguardi le classi di derivati o i singoli swaps.

6.5. - Infatti, l'intermediario finanziario è un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; sicchè ove l'intermediario, nella prestazione del servizio, compia l'operazione quando doveva astenersi o senza il consenso dell'investitore, gli atti compiuti non possono avere efficacia, a prescindere dal fatto che la condotta dell'agente sia qualificata in termini di inadempimento o di nullità, con conseguente risarcimento del danno.

6.6. - In tale quadro di corretto adempimento dell'attività d'intermediazione occorre rilevare anche la deduzione dei cd. costi impliciti, riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici.

6.6.1. - Assume rilievo, perciò, la questione del conflitto di interessi fra intermediario e cliente, poichè nei derivati OTC, a differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente. Va escluso il rilievo, ai fini della individuazione della causa tipica, delle funzioni, di speculazione o di copertura, dei derivati OTC perseguite dalle parti, anche se dà ad esse peso, ad esempio, per il giudizio di conformità all'interesse ex art. 21 TUF e per quello di adeguatezza ed appropriatezza.

6.7. - Appare perciò utile considerare gli swap come negozi a causa variabile, perchè suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perchè non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile).

Omissis.

9.1. - Restano infatti aperti i problemi generali relativi alla determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto; quelli secondo i quali la validità dell'accordo va verificato in presenza di un negozio (tra intermediario ed ente pubblico o investitore) che indichi (o meno) la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perchè il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità.

9.2. - E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poichè il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti.

9.3. - Infatti, l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

9.4. - Si è già richiamato l'art. 23, comma 5, del TUF, il quale dispone che "Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonchè a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, comma 5, lett. a), non si applica l'art. 1933 c.c.", così autorizzandosi non sic et simpliciter una scommessa, ma delimitando, con un criterio soggettivo, la causa dello swap, ricollegata espressamente al settore finanziario.

9.5. - Del resto, l'intermediario finanziario è tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; anche attraverso la deduzione dei cd. costi impliciti, altrimenti riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici, sull'assunto che ciò costituisca un incentivo affinché l'intermediario raccomandi all'investitore strumenti OTC, nei quali la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

remunerazione è occultata, piuttosto che strumenti da acquisire sul mercato, presso cui il compenso ha la forma della commissione da concordare.

9.6. - Con la possibilità di riconoscere una ipotesi di conflitto di interessi fra intermediario e cliente, poichè nei derivati OTC, a differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente.

9.7. - Appare perciò corretto l'esame condotto caso per caso, attraverso un approccio concreto; quell'approccio che ha portato il giudice di merito ad affermare le conseguenze sanzionatorie in quei rapporti contrattuali, considerato che: a) in nessuno dei contratti al suo esame figurava la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (cd. mark to market), che un'attenta e condivisibile giurisprudenza di merito riteneva "elemento essenziale dello stesso ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile) da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (hedging) o speculativa"; b) la potenziale passività insita in ogni contratto di swap trova una sua evidenza concreta ed attuale nella clausola di upfront, in fatto presente in due dei tre rapporti sostanziali oggetto di giudizio.

Omissis.

2.1. Contratto “my way”: **Cass. civ., sez. I, 3 maggio 2017, n. 10708.**

Massima:

Un contratto bancario atipico che preveda l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento è nullo (e la nullità è rilevabile d'ufficio), non essendo meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., pur se caratterizzato dalla connessione di operazioni di finanziamento, investimento, mandato, deposito titoli, conto corrente bancario e assicurazione a garanzia del rimborso del finanziamento; esso, infatti, pone l'alea dell'operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate a un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, al contrario della controparte bancaria (nella specie, la S.C. si è pronunziata sul contratto denominato My Way)

3. Contratto di assicurazione: **Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2020, n. 8894.**

Omissis.

La circostanza di prevedere che l'avverarsi di tale evento va denunciato in un certo termine non attribuisce al contratto una caratteristica diversa da quelle che fonda la tipicità dell'assicurazione (alea, prestazione subordinata ad evento incerto).

Omissis.

3.1. Segue: **Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.**

Nota. *Si tratta della sentenza delle Sezioni unite sulle clausole “claims made” che è stata già oggetto di trattazione.*

C. Dottrina

1. P. Corrias, La rendita vitalizia onerosa tra aleatorietà e funzione previdenziale in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.3, 2022, pag. 1024.

Sommario 1. Le principali manifestazioni della figura. — 2. Il profilo temporale. — 3. La connotazione aleatoria e la funzione previdenziale. — 4. La risoluzione del contratto. — 5. Il prestito vitalizio ipotecario.

1. LE PRINCIPALI MANIFESTAZIONI DELLA FIGURA
Nell'ambito dei contratti idonei a realizzare una funzione previdenziale, tra i quali assume un ruolo predominante l'assicurazione sulla vita (1) in diverse delle sue manifestazioni (2), non va

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

trascurata, in ragione della sua diffusione e, appunto, della sua efficacia nel consentire la soddisfazione di esigenze di vita che sorgono soprattutto in ragione della vecchiaia, la rendita vitalizia onerosa (*breviter*, il vitalizio oneroso), della quale quindi è opportuno ricordare i tratti essenziali.

In assenza di un'espressa definizione, la nozione di rendita vitalizia può essere desunta dalla lettura congiunta dell'art. 1861 c.c., che reca la definizione del contratto di rendita perpetua, e degli artt. 1872 e 1873 c.c., che delineano i caratteri fondamentali del rapporto di rendita vitalizia (3). Il contratto di costituzione a titolo oneroso di rendita vitalizia (d'ora innanzi, più semplicemente, vitalizio oneroso), può, pertanto, essere definito come l'accordo in base al quale un soggetto (vitalizante), in cambio dell'alienazione di un bene mobile, immobile, o della cessione di un capitale, si obbliga ad eseguire in favore di un altro soggetto (vitaliziato) una prestazione periodica avente ad oggetto denaro o altre cose fungibili per tutta la durata della vita contemplata (4); questa, come è stato precisato, può essere del beneficiario o di altra persona (dello stesso debitore o di un terzo) (5). La legge precisa, probabilmente in modo superfluo, che il contratto in esame può essere stipulato a favore di terzo (art. 1875 c.c.) ed in questo caso, naturalmente, il beneficiario non coinciderà con il contraente che compie l'attribuzione corrispettiva rispetto alla rendita.

Sono assai più frequenti, rispetto all'ipotesi tradizionale appena descritta, le ipotesi di vitalizio c.d. improprio le quali prevedono, come corrispettivo del trasferimento del bene o della cessazione del capitale, un'attività, normalmente di *facere*, diretta a fornire al beneficiario assistenza morale e materiale. In tale contesto, pur nella varietà del contenuto che può esprimere ogni singola figura, possono distinguersi (i) il vitalizio alimentare, caratterizzato da una prestazione complessa di fare, consistente nella somministrazione diretta di servizi di assistenza alla persona e di cura della casa, e di dare, che può avere ad oggetto denaro e beni necessari per soddisfare le esigenze della persona; (ii) il vitalizio di mantenimento, funzionale non a soddisfare primarie esigenze della persona, bensì ad assicurare un tenore di vita più elevato; (iii) il contratto di assistenza personale, contraddistinto da prestazioni di carattere squisitamente personale (6).

È stato correttamente sostenuto che tali figure non sono da considerare atipiche ma, viceversa, da ricondurre allo schema legale del vitalizio oneroso, del quale la natura pecuniaria della prestazione periodica del vitalizante non costituisce elemento qualificante (7). In ragione dell'estraneità all'ambito del vitalizio oneroso (proprio o improprio), non verranno, in questa sede, considerate (i) le ipotesi, previste dall'art. 1872, comma 2, c.c., nelle quali il vitalizante assume il vincolo (avente ad oggetto la prestazione periodica in danaro o di altra natura) a titolo gratuito (mediante una donazione obbligatoria) o in esecuzione di un testamento (e, precisamente, di un legato ivi disposto); (ii) quelle nelle quali la prestazione periodica viene effettuata in adempimento di un contratto di assicurazione sulla vita o di obblighi di altra natura derivanti dalla legge e, segnatamente, dalla legislazione sociale previdenziale (8).

Con riguardo al vitalizio oneroso a favore di terzo va precisato che, nonostante la qualificazione da parte dell'art. 1875 c.c. in termini di liberalità (non donativa), esso potrebbe anche costituire un atto oneroso, qualora, ad esempio, lo stipulante addivenga alla conclusione del contratto per adempiere un suo obbligo nei confronti del terzo preesistente (*causa solvendi*) o futuro (*causa obligandi*). Con riguardo a tale figura si reputa che allo stipulante spetti l'ipoteca legale ai sensi dell'art. 2817 c.c., mentre il beneficiario della rendita possa esperire il peculiare rimedio esecutivo previsto dall'art. 1878 c.c. che verrà illustrato tra breve.

Omissis.

2. A. Cinque, *Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolubilità in Contratti*, 2019, 3, 305.

La sentenza in epigrafe affronta la questione della causa del contratto di mantenimento, nonché quella della possibile qualificazione come donazione (modale). Traendo spunto dalla sentenza in esame,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

l'Autrice si diffonde nell'analisi del tema del requisito dell'aleatorietà del contratto atipico di mantenimento, anche alla luce del raffronto con altre figure negoziali affini, fra cui, in particolare, i contratti di rendita vitalizia e di vitalizio alimentare.

Sommario: Il caso - Il cumulo condizionale di domande e i suoi corollari - Il contratto di mantenimento, il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia: affinità e differenze - La differente rilevanza dell'alea nella rendita vitalizia, nel vitalizio alimentare e nel contratto di mantenimento - La risolubilità del contratto di mantenimento e del vitalizio alimentare. Rilievi conclusivi

Il caso

Tizia, debitrice della Banca X, stipula un contratto di mantenimento con un soggetto terzo, il beneficiario Y, a cui viene alienato un immobile, con riserva di diritto di abitazione in capo a Tizia. La stipulazione di tale contratto pregiudica le ragioni creditorie della Banca X, che agisce in giudizio, proponendo azione di simulazione e, in subordine, azione revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.*, per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto di mantenimento stipulato dalla debitrice con il beneficiario Y.

Il Tribunale di Roma, dopo aver definito il contratto di mantenimento come l'accordo aleatorio con cui una parte, a fronte del trasferimento di un bene mobile o immobile o della cessione di capitale, si obbliga a fornire all'alienante prestazioni alimentari o assistenziali vita natural durante, accerta la simulazione relativa del contratto *de quo*.

In particolare, il Tribunale si sofferma sul ruolo assolto dall'alea nell'ambito del contratto di mantenimento, sottolineando che la mancanza dell'aleatorietà determina la nullità del contratto di mantenimento per difetto di causa. Difatti, il Tribunale afferma che si tratta di un'alea duplice, in quanto riguardante sia la vita del beneficiario sia l'entità delle prestazioni a suo favore. Tuttavia, l'interpretazione di una particolare clausola del contratto *inter partes*, con cui si prevedeva che l'effetto traslativo realizzato attraverso l'alienazione dell'immobile permanesse indipendentemente dalla proporzione o meno della controprestazione del beneficiario Y, induce il Tribunale a riqualificare il contratto di mantenimento *de quo* alla stregua di un contratto di donazione (modale). Inoltre, il Tribunale statuisce che, nel caso di specie, la mancanza del requisito dell'aleatorietà si evincerebbe anche da ulteriori elementi fattuali: il rispetto del requisito di forma di cui agli *artt. 782 e 2699 c.c.* e art. 48, *L. n. 89/2013* (atto pubblico notarile e presenza di due testimoni), l'età avanzata e la precaria condizione di salute della beneficiaria, nonché la sua buona condizione economica, sarebbero, infatti, elementi incompatibili con la sussistenza di una situazione di obiettiva incertezza. Sulla base di tali elementi, il Tribunale, richiamando la regola ermeneutica di cui *all'art. 1362 c.c.* e analizzando la causa concretamente perseguita dalle parti, esclude l'onerosità del contratto *de quo* e, anzi, accerta la sussistenza dell'*animus donandi* in capo all'alienante. Difatti, la mera sproporzione delle prestazioni non può integrare il requisito dell'alea, la cui mancanza determina la nullità del contratto di mantenimento per difetto di causa. Tuttavia, ricorrendo i requisiti di forma propri del contratto di donazione e sussistendo l'*animus donandi* (espressamente manifestato in apposita clausola contrattuale di interpretazione autentica), il Tribunale riqualifica il negozio asseritamente oneroso come un contratto di donazione modale.

Una volta effettuata tale operazione di riqualificazione, il Tribunale accoglie l'azione revocatoria ordinaria proposta dalla Banca creditrice, che ha provato sia l'esistenza del credito, sia l'*eventus damni*, sia la *scientia damni* da parte della debitrice. Pertanto, il contratto di mantenimento, riqualificato come contratto di donazione modale, viene dichiarato inefficace dal Tribunale, poiché atto a titolo gratuito posto in essere in danno della Banca creditrice.

La pronuncia in esame offre l'occasione per procedere a un'analisi della questione concernente la natura giuridica e la causa del contratto di mantenimento, nonché il suo rapporto con altre figure negoziali.

Il cumulo condizionale di domande e i suoi corollari

In primo luogo, sotto il profilo processuale, la sentenza in commento, nel dare atto delle conclusioni della Banca X, configura le domande da questa formulate come proposte in via di cumulo

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

condizionale. Difatti, nella sentenza è possibile leggere che la Banca X agisce in giudizio per l'accoglimento della domanda di simulazione del contratto stipulato dalla debitrice con il beneficiario Y o, in subordine, per l'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.*

La dottrina ha già osservato che il concorso di azioni⁽¹⁾ può aversi sia per connessione di *petitum* e di *causa petendi*, quando lo stesso diritto è suscettibile di essere esercitato da più soggetti che si trovano nella medesima posizione giuridica, sia per connessione oggettiva rispetto al *petitum*, qualora vi sia comunanza di soggetti e di *petitum* e una differente *causa petendi*. Il cumulo di domande si dice incondizionato quando l'accoglimento o il rigetto di una non condiziona l'esame dell'altra, mentre quando l'esito di una domanda incide sull'esame dell'altra, si avrà un cumulo condizionale.

In particolare, il cumulo condizionale di domande eventuale o proprio⁽²⁾ si caratterizza per la proposizione di una o più domande, subordinatamente al rigetto di altra domanda preventivamente esperita. Al contrario, qualora l'accoglimento della domanda proposta in via principale sia pregiudiziale all'esame dell'ulteriore domanda esperita, si parlerà di cumulo condizionale consequenziale o improprio. Da ciò consegue che, mentre le domande condizionate in senso proprio non si sommano, poiché non possono essere accolte contemporaneamente, quelle proposte in via condizionata impropria sono suscettibili di accoglimento simultaneo.

Tale assunto è confermato anche dalla giurisprudenza maggioritaria e dalla più autorevole dottrina, che concordano nel ritenere che, qualora vengano esperite più domande, una in via principale e un'altra subordinata al rigetto della prima, l'accoglimento della domanda condizionante comporta il venir meno dell'obbligo del giudice di pronunciarsi sulla domanda condizionata⁽³⁾.

La sentenza in commento, accogliendo l'azione revocatoria ordinaria, ha presupposto un cumulo condizionale improprio di domande. Difatti, l'esame dell'azione revocatoria sembra essere subordinato al mancato accoglimento della domanda di simulazione, laddove si dice che la Banca X chiede l'accoglimento della domanda di simulazione del contratto stipulato dalla debitrice con il beneficiario Y o, in subordine, l'accoglimento dell'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.* Per contro, il Tribunale, una volta accolta la domanda di simulazione relativa e riqualficato il contratto come donazione modale, accoglie anche la domanda revocatoria, sebbene manchi (almeno nelle conclusioni come riportate in motivazione) una richiesta in tal senso da parte della Banca. In assenza di un'espressa richiesta dell'attrice, scevra da condizionamenti rispetto a quella formulata in via principale, sotto il profilo processuale, la decisione del Tribunale ha così violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato stabilito dall'*art. 112 c.p.c.*, che impone al giudice di attenersi alle domande formulate dalle parti e non pronunciarsi *ultra petita*: vizio che è configurabile anche quando il giudice non rispetti il vincolo condizionale (in questo caso eventuale) da cui le domande proposte siano avvinte.

Il contratto di mantenimento, il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia: affinità e differenze

La sentenza in esame, dopo aver definito il contratto di mantenimento come l'accordo con cui una parte, a fronte del trasferimento di un bene mobile o immobile o della cessione di capitale, si obbliga a fornire all'alienante prestazioni alimentari o assistenziali vita natural durante, afferma che la mancanza di aleatorietà determina la nullità del contratto di mantenimento per difetto di causa.

Prendendo le mosse dal requisito dell'aleatorietà, la dottrina⁽⁴⁾ e la giurisprudenza⁽⁵⁾ prevalenti configurano il contratto *de quo* come una fattispecie atipica, e non come una *species* della rendita vitalizia *ex artt. 1872 ss. c.c.* In particolare, il contratto di rendita vitalizia si configura come un rapporto di natura personale, avente ad oggetto un *dare* periodico di danaro o altre cose fungibili, per tutta la durata della vita del beneficiario o di altra persona designata, a fronte dell'alienazione a titolo oneroso di un bene mobile o immobile, o di cessione di un capitale. La rendita vitalizia è, quindi, una figura contrattuale tipica, la cui disciplina ha portata generale. Ne consegue che le parti sono libere di derogare la disciplina legale generale e stipulare contratti di rendita vitalizia atipici, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, di cui all'*art. 1322 c.c.*

La necessità di sopperire alle più disparate esigenze della realtà fenomenica ha condotto alla ideazione delle figure del contratto di mantenimento e del vitalizio alimentare, che, sebbene affini alla rendita

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

vitalizia, se ne differenziano sotto vari aspetti⁽⁶⁾. Tuttavia, la mancanza di una definizione espressa di tali figure contrattuali è all'origine di un acceso dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, ad oggi non ancora del tutto sopito, relativamente alle caratteristiche, alla natura e al contenuto propri di queste figure e ai loro rapporti con la fattispecie tipica della rendita vitalizia.

Una parte della dottrina distingue il contratto di mantenimento dal vitalizio oneroso sulla base dell'oggetto della prestazione, ritenendo che sussista la figura del vitalizio oneroso ogniqualvolta la prestazione sia finalizzata al soddisfacimento del bisogno alimentare del vitaliziato e sia determinata sulla base di parametri oggettivi enucleati nel contratto. Al contrario, l'incertezza nella determinazione della prestazione del vitalizante, mediante un generico riferimento al mantenimento del vitaliziato e ai suoi bisogni di vita, indicherebbe la ricorrenza di un contratto di mantenimento⁽⁷⁾. Sempre con riferimento alla prestazione oggetto del contratto, altra parte della dottrina ha operato una *reductio ad unum* e ha affermato la sussistenza di un'unica figura contrattuale atipica, il c.d. vitalizio improprio⁽⁸⁾.

In tale fattispecie andrebbero ricomprese tutte le varie ipotesi di vitalizio, diversificate sulla base della prestazione oggetto del contratto. In particolare, la nozione di vitalizio improprio ricomprenderebbe il c.d. vitalizio alimentare, avente ad oggetto l'obbligo di fornire esclusivamente gli alimenti al vitaliziato, il c.d. vitalizio di mantenimento, comportante l'obbligo di mantenere il vitaliziato in tutti gli aspetti della vita e, infine, il c.d. vitalizio di assistenza, con l'obbligo in capo al vitalizante di fornire al vitaliziato anche assistenza di tipo morale. Questa tesi è stata contestata, in quanto non conferisce adeguata rilevanza alla funzione concretamente perseguita dalle parti nella predisposizione di un certo assetto contrattuale. Si è, infatti, osservato che operando una classificazione basata esclusivamente sul contenuto delle prestazioni, senza alcun riguardo alla causa concreta voluta dalle parti, risulterebbe del tutto incerta la questione relativa alla disciplina applicabile⁽⁹⁾.

Secondo la dottrina prevalente⁽¹⁰⁾, il contratto di mantenimento è l'accordo mediante il quale, a fronte del trasferimento di un bene (mobile o immobile) o della cessione di un capitale, il cessionario si obbliga, in favore del disponente, a mantenerlo vita natural durante. L'obbligazione assunta dal cessionario, quindi, involge il soddisfacimento di ogni bisogno che potrebbe presentarsi durante il corso della vita del cedente. Si tratta di un'obbligazione infungibile, che ha ad oggetto un *facere*, a cui si obbliga personalmente il cessionario.

Il vitalizio alimentare, per contro, può definirsi come il contratto con cui una parte si obbliga a corrispondere gli alimenti all'altra per tutta la durata della vita, a fronte del trasferimento di un bene (mobile o immobile), o della cessione di capitale.

La prima e più rilevante differenza con la figura del contratto di mantenimento può, quindi, rinvenirsi nella diversità della prestazione oggetto del contratto, che nel vitalizio alimentare consiste esclusivamente nel soddisfacimento delle esigenze alimentari del vitaliziato.

Ne consegue che la prestazione del vitalizio alimentare ha una portata più circoscritta rispetto a quella oggetto del contratto di mantenimento.

Il differente atteggiarsi della prestazione nelle due figure *de quibus* è stata messa in evidenza da una parte della dottrina⁽¹¹⁾, che ne ha tratto il principale argomento per differenziare il contratto di mantenimento dal vitalizio alimentare. In particolare, si è ritenuto che sussiste la figura del vitalizio alimentare ogniqualvolta la prestazione sia finalizzata all'esclusivo soddisfacimento del bisogno alimentare del vitaliziato, essendo funzionalmente collegata al suo stato di bisogno. In tale ipotesi, sarebbe applicabile il principio di mutabilità dell'obbligazione dedotta in contratto *ex art. 440 c.c.* Per contro, l'indeterminatezza della prestazione del vitalizante, individuata mediante un generico riferimento al mantenimento del vitaliziato e ai suoi bisogni di vita, sarebbe indice della ricorrenza di un contratto di mantenimento⁽¹²⁾.

Tuttavia, la dottrina⁽¹³⁾ e la giurisprudenza prevalenti⁽¹⁴⁾ tendono a sovrapporre terminologicamente e concettualmente le due figure, considerandole alla stregua di due locuzioni alternative per individuare una stessa fattispecie negoziale. Difatti, nelle più recenti pronunce giurisprudenziali (tra cui quella in

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

commento) si rinviene un utilizzo promiscuo delle locuzioni "contratto di mantenimento" e "vitalizio alimentare".

In particolare, in una recente pronuncia della Corte di cassazione⁽¹⁵⁾, il vitalizio alimentare viene definito come l'accordo, connotato da un'alea duplice, attraverso il quale il vitalizante assume l'obbligo di fornire assistenza materiale e morale. È evidente che la definizione fornita dalla Corte corrisponde a quella del contratto di mantenimento, conseguendone una totale assimilazione concettuale tra le due figure. Tale pronuncia conferma l'orientamento assunto dalla Suprema Corte nei primi anni Novanta del secolo scorso, quando, oltre a sancire la natura atipica del vitalizio alimentare, ne fornisce una definizione sostanzialmente corrispondente a quella che si ritiene esser propria del solo contratto di mantenimento.

Da quanto detto emerge che non vi è un'interpretazione uniforme in dottrina e in giurisprudenza relativamente alle due figure negoziali evocate. Se da una parte la dottrina distingue il contratto di mantenimento dal vitalizio alimentare, individuando nella prestazione il principale elemento di *discrimen* tra le due fattispecie, dall'altra la giurisprudenza maggioritaria configura il contratto di mantenimento e il vitalizio alimentare come un *unicum*, considerandoli due modi differenti e alternativi per individuare una stessa tipologia contrattuale. Difatti, il riconoscimento della atipicità del contratto di mantenimento non ha mutato la consolidata tendenza volta alla sovrapposizione delle figure negoziali del vitalizio alimentare e del contratto di mantenimento.

L'esigenza di un'interpretazione uniforme si coglie, soprattutto, con riguardo alla disciplina applicabile e, in particolare, in riferimento alla possibilità di assoggettare il contratto di mantenimento alla deroga di cui all'art. 1878 c.c. o alla disciplina generale dettata in tema di risoluzione del contratto⁽¹⁶⁾.

La differente rilevanza dell'alea nella rendita vitalizia, nel vitalizio alimentare e nel contratto di mantenimento

L'aleatorietà rappresenta un elemento comune a tutte le fattispecie contrattuali sinora analizzate.

Difatti, **sebbene il Codice civile del 1942 non annoveri espressamente il contratto di rendita vitalizia tra i contratti aleatori (contrariamente al Codice civile del 1865, che all'art. 1102 ricomprendeva il vitalizio oneroso in questa categoria), la maggior parte degli interpreti teorici e pratici configurano la rendita ex 1872 c.c. come un contratto connotato da un elevato grado di incertezza. La mancanza del requisito dell'alea determinerebbe la nullità della fattispecie contrattuale, poiché l'assenza della stessa causerebbe un vizio strutturale insanabile⁽¹⁷⁾.**

Anche nella sentenza in esame, il Tribunale dichiara l'inefficacia del contratto di mantenimento proprio sulla base della mancanza del requisito dell'aleatorietà.

Secondo la giurisprudenza dominante, l'alea mancherebbe ogniqualvolta i rispettivi vantaggi e perdite dei contraenti siano determinati o determinabili al momento di conclusione dell'accordo. La giurisprudenza⁽¹⁸⁾ ha elaborato dei criteri sulla cui base valutare la sussistenza o meno dell'incertezza necessaria per integrare gli elementi tipici del vitalizio oneroso (orientamento a cui sembra aderire la sentenza in epigrafe nella parte in cui si avvale di particolari criteri ermeneutici, quali l'età della vitaliziata, la sua condizione economica e il suo stato di salute, per escludere la sussistenza dell'alea).

In particolare, l'alea deve ritenersi mancante se l'ammontare della rendita sia inferiore, pari, o di poco superiore, al valore di beni alienati a titolo di corrispettivo, escludendo in questo modo ogni margine di incertezza in relazione ai guadagni e alle perdite del vitalizante. Deve, altresì, escludersi l'alea quando il vitaliziato sia affetto da grave malattia, o muoia in un lasso di tempo piuttosto ravvicinato rispetto al momento di costituzione della rendita. Inoltre, si è evidenziato che tale giudizio di equivalenza o sproporzione delle prestazioni dedotte in contratto deve essere effettuato in relazione al momento della conclusione dell'accordo, essendo del tutto irrilevante, ai fini dell'indagine sulla sussistenza dell'alea, il sopravvenuto squilibrio delle prestazioni⁽¹⁹⁾.

Nonostante qualche opinione contraria⁽²⁰⁾, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti concordano nel ritenere l'alea un **elemento essenziale non solo del vitalizio oneroso, ma anche del contratto di**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

mantenimento e del vitalizio alimentare. Il requisito dell'aleatorietà risulta essere un elemento comune a tutte e tre le fattispecie analizzate ma, **nel contratto di mantenimento, assumerebbe una valenza maggiormente pregnante.** Tale differente rilevanza è stata messa in luce, sin da subito, dalla giurisprudenza, che ha utilizzato tale elemento per differenziare il contratto di mantenimento dal vitalizio oneroso, e **affermarne la natura atipica⁽²¹⁾.** **Tale interpretazione è stata altresì seguita dalle successive pronunce della Corte di cassazione⁽²²⁾, nelle quali emerge che l'alea del contratto di mantenimento diverge da quella della rendita vitalizia, poiché l'incertezza concerne, oltre che la durata della vita del vitaliziato (tratto comune con la rendita vitalizia), anche l'ammontare delle prestazioni dovute dal vitalizante.**

La dottrina⁽²³⁾, valorizzando questa duplice valenza che l'alea assume nel contratto di mantenimento, ne evidenzia la diversità con la rendita vitalizia e osserva che la maggiore incertezza, che caratterizza il contratto di mantenimento, permeerebbe la struttura dello stesso e, in particolare, la causa. Difatti, sarebbe proprio il carattere **duplice dell'alea (elemento caratterizzante del contratto di mantenimento) a differenziarlo dalla figura tipica del vitalizio oneroso.**

Inoltre, **l'aleatorietà rappresenterebbe ulteriore elemento volto a differenziare il contratto di mantenimento dal vitalizio alimentare,** qualora si acceda alla tesi che ammette la possibilità di apporre al vitalizio alimentare clausole con cui il vitalizante possa sostituire l'obbligazione di *facere* in una di *dare*⁽²⁴⁾. Difatti, l'apposizione di una siffatta clausola nel vitalizio alimentare determinerebbe una limitazione dell'alea, che non potrebbe più considerarsi duplice. In questo modo, l'alea inciderebbe esclusivamente sulla durata della vita del vitaliziato (analogamente a quanto accade nel vitalizio oneroso), dal momento che l'ammontare complessivo della prestazione sarebbe astrattamente determinabile al momento di stipulazione del negozio. **Al contrario, l'alea che caratterizza il contratto di mantenimento deve ritenersi sempre duplice, poiché incidente sia sulla durata della vita del vitaliziato sia sull'ammontare complessivo della prestazione a cui è tenuto il vitalizante.** La violazione di tale connotato determinerebbe la nullità del contratto per difetto di causa. La ragione va rinvenuta nel fatto che, mentre nel vitalizio alimentare il vitalizante è tenuto a corrispondere al vitaliziato solo quanto strettamente necessario per vivere, essendo la prestazione connessa allo stato di bisogno del vitaliziato, nel contratto di mantenimento, al beneficiario deve essere assicurato un tenore di vita adeguato alla sua posizione sociale al momento della stipulazione del contratto.

La giurisprudenza più recente⁽²⁵⁾ concorda nell'assegnare un ruolo centrale al requisito dell'aleatorietà in queste figure contrattuali, affermando che la mancanza di incertezza, relativamente alla durata della vita del vitaliziato e all'ammontare della prestazione dovuta dal vitalizante, implica carenza di un elemento essenziale del contratto.

Anche la sentenza in commento valorizza tale elemento, nella parte in cui riqualifica il contratto sottoposto al suo esame come un contratto di donazione modale sulla base dell'assenza dell'incertezza (necessaria a integrare la fattispecie del contratto di mantenimento).

Deve darsi atto che il tema della aleatorietà è strettamente connesso alla questione della natura onerosa o liberale del contratto. Difatti, in passato la dottrina⁽²⁶⁾ e la giurisprudenza prevalenti⁽²⁷⁾ consideravano l'aleatorietà un predicato esclusivo dell'onerosità, ritenendo che, ogniqualvolta il valore di scambio nella rendita oltrepassasse il dogma della sinallagmaticità, ricorresse sempre un intento liberale, indipendentemente dalla dimostrazione della sussistenza dell'*animus donandi*⁽²⁸⁾.

La dottrina e la giurisprudenza oggi prevalenti ammettono la sussistenza di fattispecie miste⁽²⁹⁾. Difatti, si ritiene che sussista un contratto aleatorio quando i contraenti non abbiano determinato aprioristicamente i vantaggi e gli svantaggi che potrebbero loro derivare dalla stipula del contratto, precisando che la mera sproporzione tra le prestazioni integra non un contratto aleatorio, ma un contratto *mixtum cum donatione*, sempre che sussista l'*animus donandi* in capo all'alienante.

La possibilità che lo squilibrio tra le prestazioni sia espressamente voluto dalle parti ha reso evidente la necessità di un'analisi degli interessi perseguiti, da effettuarsi caso per caso. La dottrina e la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che sia sempre necessario compiere un'indagine della volontà concreta delle parti, al fine di individuare la natura onerosa o liberale del negozio. Difatti, lo scopo perseguito dalle parti, mediante la predisposizione di un certo assetto di interessi, può assolvere a finalità ulteriori, come quelle di tipo previdenziale - assistenziale, rispetto a quelle proprie del contratto realizzato, senza che vi sia la volontà di realizzare finalità propriamente liberali⁽³⁰⁾.

È proprio successivamente all'esperimento di tale indagine sulla reale volontà delle parti e sugli interessi dalle stesse perseguiti che la sentenza in epigrafe ha escluso il carattere oneroso del contratto, riqualificandolo come un contratto a causa liberale. Nel caso concreto analizzato, la predisposizione di un'apposita clausola di interpretazione autentica all'interno dell'assetto contrattuale, con cui le parti esplicitavano l'intento liberale sotteso al trasferimento immobiliare, il rispetto del requisito di forma di cui agli artt. 782 e 2699 c.c. e art. 48, L. n. 89 del 1913, l'età avanzata e la precaria condizione di salute della vitaliziata, nonché la sua buona condizione economica, hanno indotto il Tribunale a escludere la sussistenza della natura onerosa del contratto e a riqualificarlo come donazione modale. La risolubilità del contratto di mantenimento e del vitalizio alimentare. Rilievi conclusivi

La necessità di un'indagine in concreto circa le finalità perseguite dai contraenti è connessa, con maggiore evidenza, alla questione relativa alla disciplina concretamente applicabile al contratto di mantenimento e al vitalizio alimentare.

Difatti, l'art. 1878 c.c. prevede un'espressa deroga alla risolubilità del contratto, disponendo che il mancato pagamento delle rate di rendita scadute non ne determina la risoluzione. Al beneficiario, però, sarà possibile richiedere il sequestro e la vendita dei beni del suo debitore, al fine di ottenere il *quantum* necessario ad assicurarsi il pagamento della rendita.

La *ratio* della norma può rinvenirsi nella funzione previdenziale dalla stessa assolta e dalla scarsa importanza che, nell'assetto complessivo del contratto, si presume rivesta l'inadempimento di singole rate della rendita⁽³¹⁾.

Sebbene una parte della dottrina ritenga che l'atipicità del contratto di mantenimento non sia di ostacolo all'applicazione di alcune norme specificamente dettate in tema di rendita vitalizia, se compatibili con la causa del negozio⁽³²⁾, la dottrina e la giurisprudenza dominanti escludono l'applicazione della deroga *de qua* al contratto di mantenimento e al vitalizio alimentare. Difatti, la presunzione *ex lege* di scarsa importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1878 c.c. non può ritenersi estensibile alle fattispecie atipiche esaminate, che richiedono sempre un'indagine concreta relativamente agli interessi perseguiti dalle parti. La ragione va rinvenuta, precipuamente, nel carattere infungibile della prestazione che, per tale ragione, priverebbe di utilità il ricorso al rimedio sostitutivo di cui all'art. 1878 c.c. In caso di inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di mantenimento o dal vitalizio alimentare, deve, quindi, ritenersi applicabile la disciplina dettata in tema di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c.⁽³³⁾.

Sulla base di quanto detto, la sentenza in epigrafe ben avrebbe potuto pronunciare la risoluzione del contratto di mantenimento *ex art. 1453 c.c.*, indipendentemente dalla natura simulata o meno dello stesso, qualora tale domanda fosse stata avanzata. Al contrario, il Tribunale, una volta accertata la natura simulata dell'accordo, lo ha riqualificato come donazione modale, senza affrontare la questione relativa alla disciplina applicabile al contratto di mantenimento.

Inoltre, deve rilevarsi che, accedendo alla tesi che ammette l'apposizione al vitalizio alimentare di clausole con cui il vitaliziante possa sostituire l'obbligazione di *facere* in una di *dare*⁽³⁴⁾, potrebbe ritenersi applicabile l'art. 1878 c.c. Difatti, l'apposizione di una siffatta clausola nel vitalizio alimentare comporterebbe una limitazione dell'alea, che, non potendosi più considerare duplice, sarebbe equiparabile all'alea tipica del vitalizio oneroso, poiché incidente esclusivamente sulla durata della vita del vitaliziato. Ne consegue che l'ammontare complessivo della prestazione sarebbe astrattamente determinabile al momento di stipulazione del contratto.

Visto che la *ratio* della deroga contenuta nell'art. 1878 c.c. può rinvenirsi nella funzione previdenziale assolta dalla norma e dalla scarsa importanza che, nell'assetto complessivo del contratto, si presume rivesta l'inadempimento di singole rate della rendita, qualora al vitalizio

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

alimentare vengano apposte clausole sostitutive dell'obbligazione di *facere*, non sussistono ragioni per escludere l'applicazione della deroga di cui all'art. 1878 c.c. Difatti, la principale ragione addotta per escludere l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1878 c.c. è stata da sempre rinvenuta nel carattere infungibile della prestazione, che priverebbe di utilità il ricorso al rimedio sostitutivo di cui all'art. 1878 c.c.

Tale assunto deve ritenersi sempre corretto nel caso del contratto di mantenimento, poiché l'obbligazione dedotta non può che essere infungibile e l'apposizione di una clausola sostitutiva dell'obbligazione di *facere* in una di *dare* comporterebbe una violazione del requisito dell'aleatorietà, determinando la nullità del negozio per difetto di un elemento strutturale dello stesso.

Nel caso del vitalizio alimentare, invece, nulla esclude la possibilità di ammettere la convertibilità dell'obbligazione di *facere* in una di *dare*, con conseguente riduzione della portata dell'alea, che non potrebbe più ritenersi duplice, poiché non più incidente sulla durata della vita del vitaliziato e sull'ammontare complessivo della prestazione a cui è tenuto il vitaliziante.

Ne discende che nel contratto di mantenimento non è possibile apporre alcuna clausola sostitutiva della prestazione, poiché questa non può essere determinata aprioristicamente, mentre tale possibilità non può essere esclusa nel caso del vitalizio alimentare, stante la diversità della prestazione e della finalità perseguita con tale fattispecie negoziale. Pertanto, una volta ammessa la possibilità di configurare la prestazione del vitalizio alimentare come fungibile, con conseguente circoscrizione dell'alea, non vi sarebbero più ragioni ostative all'applicazione della deroga di cui all'art. 1878 c.c., qualora vengano apposte tali clausole sostitutive.

In conclusione, se da un lato può condividersi la necessaria sussistenza dell'alea quale requisito essenziale del contratto di mantenimento, dall'altro lato si ritiene di non aderire alla sovrapposizione terminologica e concettuale del contratto di mantenimento e del vitalizio alimentare, in quanto le due figure *de quibus* sono dotate di propria autonomia e disciplina, essendo finalizzate a tutelare interessi differenti.

3. P. Corrias, *Il problema dell'onerosità-gratuità nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori*, in Riv. Dir. Civ., 2016, 1, 10066.

SOMMARIO: 1. Assicurazione e contratti aleatori. - 2. Rischio assicurativo e alea giuridica. - 3. Il sinallagma nei contratti aleatori. - 4. L'onerosità dei contratti aleatori. - 5. La c.d. assicurazione gratuita. - 5.1. Le garanzie personali del credito prestate da imprese di assicurazione.

1. - Si è avuto recentemente occasione di rilevare, cercando di superare le riserve che taluno ha sollevato in proposito, che il contratto di assicurazione - comprensivo dei due tipi descritti dall'art. 1882 c.c.⁽¹⁾ - **configura un contratto aleatorio ed a prestazione corrispettive**⁽²⁾.

La principale implicazione sistematica derivante da tale inquadramento, consiste nell'idoneità della figura ad assumere il ruolo di **paradigma della categoria dei contratti aleatori**⁽³⁾, **non essendo dubbio che rappresenti il modello al quale il legislatore ha dedicato la disciplina più cospicua e completa.**

Ciò significa, concretamente, che diverse norme contenute in ambito assicurativo e, segnatamente, quelle relative al rischio, sono suscettibili di assumere una valenza transtipica, e, quindi, di essere applicate direttamente a **tutti gli schemi aleatori, tipici** e atipici, che non abbiano una apposita disciplina sul punto⁽⁴⁾. L'individuazione di una vera e propria categoria contrattuale, del resto, assumerebbe una rilevanza piuttosto modesta se non consentisse di ricavare una base disciplinare comune, non solo registrando le regole generali espressamente riferite alla categoria medesima - quali l'inapplicabilità (o la significativa limitazione alla applicabilità)⁽⁵⁾ dei due rimedi di cui agli artt. 1448 e 1467 c.c. e la possibilità di stipulare contratti aleatori atipici (arg. *ex art. 1469 c.c.*) -, ma anche individuando quelle, aventi vocazione generale, presenti nei singoli contratti che ad essa sono annoverabili⁽⁶⁾.

In questa prospettiva, reputiamo che dalla disciplina di alcuni negozi aleatori tipici tra i quali spicca, appunto, il modello assicurativo, sia desumibile il principio che, a nostro avviso, caratterizza la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 16 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

categoria: **la necessità che il rischio o l'alea investa le posizioni di entrambi i contraenti, di guisa che ognuno di essi sia effettivamente esposto tanto a perdite quanto a guadagni.**

2. - La prima norma che rileva in proposito reputiamo che sia l'art. 1895 c.c., secondo cui " il contratto di assicurazione è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto ".

È bene precisare, *in limine*, che alla **nozione di rischio in essa contenuta va assegnata** una portata più ampia e pregnante di quanto si è soliti fare negli studi specialistici in materia⁽⁷⁾. Va anzitutto escluso che essa si riferisca in via esclusiva al **c.d. rischio extracontrattuale relativo** ai danni, ossia alle conseguenze economiche negative suscettibili di incidere sull'assicurato in *rerum natura*, a prescindere dalla stipulazione del contratto assicurativo. Qualora, infatti, il rischio venisse inteso in tal senso, enfatizzando una lettura congiunta degli artt. 1895 e 1904 c.c.⁽⁸⁾, si avrebbe il non condivisibile risultato di escludere la riferibilità della norma al contratto di assicurazione sulla vita, posto che, in tale ambito, l'evento futuro e incerto non sempre e, comunque, non necessariamente è idoneo a determinare una diminuzione del patrimonio dell'assicurato (o del beneficiario)⁽⁹⁾. In realtà, la tipologia di rischio appena descritto, ossia la possibile incidenza di danni nella sfera dell'assicurato - che proprio lo strumento assicurativo ha la funzione di " neutralizzare " - è elevato espressamente a presupposto causale di validità del contratto nell'ambito dell'assicurazione contro i danni dall'art. 1904 c.c. ma non è, viceversa, considerato tale dall'1895 c.c., con riguardo al contratto assicurativo in generale.

Fermo questo punto, secondo la dottrina dominante la direttiva centrale fornita dalla norma in discorso consisterebbe nella necessità, ai fini della validità del contratto, di una situazione oggettiva - e non solo soggettiva - di rischio. Si, richiederebbe, cioè, che l'evento debba essere contestualmente **futuro ed incerto, non potendosi, viceversa, ritenere idonea, per la configurazione del " rischio ", una incertezza relativa ad un evento già accaduto**⁽¹⁰⁾.

In proposito, quantunque sia esatto sostenere siffatto carattere del rischio nel contratto di assicurazione disciplinato dal codice civile, non sembra altrettanto condivisibile ridurre la portata precettiva dell'art. 1895 c.c. alla affermazione di tale carattere⁽¹¹⁾. Proprio l'esistenza di un principio diverso (c.d. rischio putativo) nelle assicurazioni marittime (artt. 514 e 1021 c. nav.), dimostra che l'incertezza oggettiva non è un requisito logico e, ancora meno, ontologico del modello assicurativo, ma una mera scelta di diritto positivo⁽¹²⁾, giustificata dalla necessità di garantire che, nel contesto dei contratti di assicurazione terrestri (*id est*: diversi da quelli regolati dal codice della navigazione), le funzioni indennitaria e previdenziale - perseguite dai due tipi di cui agli artt. 1882 c.c., e aventi una precisa e significativa rilevanza sociale⁽¹³⁾ - non vengano snaturate da connotazioni o venature ludiche e/o speculative. Ciò conforta l'idea che la necessità di una situazione oggettiva di rischio in queste assicurazioni sia richiesta non tanto dall'art. 1895 c.c. ma dalle norme che assegnano funzione indennitaria (artt. 1882 e 1904 ss. c.c.) e previdenziale (artt. 1882 e 1920-1923 c.c.; 38 Cost.) al modello codicistico assicurativo: ridurre il ruolo della prima norma all'attuazione della scelta legislativa di cui sopra, significherebbe svalutarla al punto da considerarla sostanzialmente superflua. Vero è che - in conformità all'indirizzo desumibile dai lavori preparatori - l'art. 1895 c.c., afferma, nell'ambito dei contratti strettamente assicurativi, il **principio della necessità dell'alea giuridica e della bilateralità dei sacrifici come elemento essenziale di questa**⁽¹⁴⁾. Solo questa interpretazione - che, peraltro, conduce a considerare coincidenti sul piano sia semantico che concettuale i vocaboli " rischio " ed " alea "⁽¹⁵⁾ - consente, a nostro avviso, di giustificare realmente l'inserimento della norma nel tessuto codicistico e di assegnare alla stessa un significato pregnante: essa salvaguarda, appunto, l'effettività della bilateralità dell'alea, sanzionando con la nullità le ipotesi nelle quali, in ragione di come può venire concretamente configurato il singolo regolamento contrattuale, l'incidenza speculare dell'evento sulle posizioni delle parti e, quindi, la possibilità non solo di guadagni ma anche di perdite per entrambe, dovesse **risultare solo apparente**, nonostante i contraenti abbiano dichiarato e manifestato la volontà di porre in essere un negozio aleatorio.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 17 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Su queste basi sembrerebbe, quindi, da **escludere la validità di un contratto di assicurazione contro i danni che delimitasse l'indennizzo promesso dall'assicuratore - in caso di accadimento del sinistro - ad una somma inferiore o corrispondente all'entità del premio ricevuto**. Parimenti invalida sarebbe l'assicurazione sulla vita che subordinasse all'accadimento dell'evento incerto contemplato la corresponsione di una rendita (o di un capitale) di importo complessivamente equivalente o financo inferiore alla somma dei premi pagati⁽¹⁶⁾.

Ciò posto, in ragione della evocata valenza transtipica assunta dalle norme assicurative sul rischio nell'ambito di contratti aleatori, riteniamo che possa ricondursi alla disposizione in esame il fondamento normativo della necessità dell'alea bilaterale effettiva anche in tutte le altre figure aleatorie. È, **dunque, affatto condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che, sul piano generale, reputa incompatibile con l'alea giuridica le ipotesi nelle quali l'evento incerto si riveli idoneo a incidere sulla situazione patrimoniale di una sola delle parti, determinando per una di esse la possibilità sia di un impoverimento che di un arricchimento e per l'altra unicamente la possibilità di un arricchimento**⁽¹⁷⁾. Ora può precisarsi che, in tali casi, la nullità è riconducibile alla portata precettiva dell'art. 1895 c.c.

Tale convinzione, del resto, è confermata dai principi ricavabili in tema di rendita vitalizia e di contratto di gioco e scommessa.

Con riguardo alla prima figura, è noto che la legge ha richiesto espressamente l'esistenza preventiva del rischio, stabilendo che **la rendita è nulla se è costituita per la durata della vita di persona che, al tempo del contratto, aveva già cessato di vivere (art. 1876 c.c.)**⁽¹⁸⁾. La giurisprudenza ha valorizzato ulteriormente, in via **interpretativa, il ruolo svolto dal rischio (o alea) nel regolamento contrattuale**, prevedendo che la sussistenza di tale fattore postula una reale incertezza nel rapporto tra le attribuzioni dovute in ragione della durata della vita del vitaliziato⁽¹⁹⁾. Conseguentemente, se il rapporto tra il valore del bene trasferito dal vitaliziato e le prestazioni promesse dal vitalizante non dovesse esprimere una situazione di oggettiva incertezza in ordine ai vantaggi e ai vantaggi (speculari) ai quali sono esposte le parti contrattuali, - **in quanto manca l'incertezza sulla durata della vita o sulle condizioni di salute del vitaliziato - il contratto non può essere considerato aleatorio**⁽²⁰⁾. **Inoltre, si è esclusa l'incertezza e, quindi, l'aleatorietà del contratto, quando la rendita ha ad oggetto una prestazione del vitalizante corrispondente o inferiore ai frutti del bene trasferito, considerato che, in tali circostanze, questi non sarebbe esposto ad alcuno svantaggio**⁽²¹⁾.

In tema di gioco o scommessa e, segnatamente, con riguardo a fattispecie di scommesse sportive organizzate (e, quindi, pienamente tutelate), la Suprema Corte si è espressa in tale direzione, sancendo, pur in assenza di una norma espressa, **la nullità del contratto per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418 c.c., non solo in caso di assenza di oggettiva incertezza sul risultato della gara**⁽²²⁾, **ma anche in caso di probabile - e, comunque, non dimostrata - assenza di siffatta incertezza**⁽²³⁾. **Cass. 2 dicembre 1993, n. 11924, in F. it., 1995, I, c. 626 (il caso attiene ad una corsa di cavalli con riguardo alla quale uno dei partecipanti alla scommessa ha effettuato la puntata essendo già a conoscenza dell'ordine di arrivo delle corse);**

Infine va segnalato il significativo orientamento giurisprudenziale che ha valutato alla luce di tale principio i **contratti derivati " unilateralmente aleatori "**, ossia le ipotesi nelle quali il contratto stipulato dalle parti - che, come tale, dovrebbe implicare vantaggi e svantaggi incerti per entrambi i contraenti -, in realtà contempla la possibilità di guadagni e perdite per uno solo dei contraenti (l'investitore) e per l'altro unicamente di guadagni (l'intermediario finanziario). In tali contesti è stata dichiarata la nullità per mancanza di alea dei derivati caratterizzati da regolamento contrattuale configurato in tal modo⁽²⁴⁾.

3. - L'individuazione della reale natura dell'alea che connota i contratti aleatori, consente di fissare l'effettivo rapporto che sussiste tra questa e la corrispettività e quindi di **rilevare che i contratti aleatori in genere e l'assicurazione in specie sono sicuramente contratti sinallagmatici:**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 18 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

segnatamente costituiscono una *species* dei contratti sinallagmatici nel cui ambito il regime di **corrispettività tra le attribuzioni delle parti assume un atteggiamento del tutto peculiare**.

Come è risaputo, affinché sussista l'alea giuridica, è necessario che la determinazione *per relationem* della prestazione di almeno uno dei contraenti in ragione di un dato evento, provochi *ab origine* - ossia già a livello di sinallagma genetico - **una sproporzione tra le attribuzioni patrimoniali delle parti**⁽²⁵⁾. Questa è congegnata in modo tale che se si verifica l'evento, uno dei contraenti incrementa il proprio patrimonio (o preserva il proprio patrimonio da un possibile decremento) in maniera speculare alla diminuzione che si determina nel patrimonio dell'altro; se, viceversa, l'evento non si verifica, sarà questi ad arricchirsi e la controparte ad impoverirsi in maniera corrispondente.

Nei contratti aleatori, in definitiva, il regime di corrispettività tra le prestazioni assume una connotazione profondamente diversa rispetto a quello che caratterizza i contratti non aleatori, in quanto postula un assetto sperequato sin dall'origine - ossia con valutazione *ex ante* - rispetto ai comuni canoni sinallagmatici⁽²⁶⁾. Mentre nei contratti commutativi è prefissata già nella fase genetica, ossia al momento della stipulazione, la misura delle prestazioni delle parti, con la conseguenza che durante lo svolgimento del rapporto può variare unicamente il valore delle stesse - determinando, in alcuni casi, uno squilibrio funzionale del sinallagma, per reagire al quale sono previsti appositi rimedi -, nei contratti aleatori, invece, proprio il riflesso sull'equilibrio contrattuale complessivo determinato dall'incertezza congenita in ordine all'entità della prestazione di almeno una delle parti, costituisce l'effetto peculiare che caratterizza le singole figure annoverabili in tale ambito.

Questo programmato ed originario squilibrio o, se vogliamo, equilibrio che presuppone una voluta sperequazione nei termini appena descritti, rende, infatti, possibile la realizzazione della "**funzione di lucro incerto**" (o *causa lucrandi*), che costituisce il minimo comun denominatore di tutte le figure aleatorie tipiche ed atipiche riscontrabili nel nostro ordinamento⁽²⁷⁾; ossia il presupposto, necessario ma non sufficiente⁽²⁸⁾, per la realizzazione delle diverse e specifiche funzioni contrattuali, socialmente apprezzabili, che connotano e legittimano i diversi contratti aleatori presenti nel nostro ordinamento⁽²⁹⁾: **si va dalla causa indennitaria**, realizzata dall'assicurazione contro i danni e dagli altri contratti non assicurativi modellati su tale schema (cc. dd. **contratti di rischio**)⁽³⁰⁾, a quella **previdenziale** propria dell'assicurazione sulla vita, della rendita vitalizia e di alcune figure negoziali della previdenza complementare⁽³¹⁾; **dalla funzione solidaristica**, di promozione pubblicitaria, di promozione dello sport e ricreativa che connota - o dovrebbe connotare⁽³²⁾ - i contratti di gioco e scommessa connessi a competizioni sportive (art. 1934 c.c.) o, comunque, autorizzati (art. 1935 c.c.), al convogliamento del risparmio privato verso il finanziamento delle imprese e dello Stato, all'incremento della liquidità dei mercati o, ancora, all'effetto di stabilizzazione dei prezzi dei titoli e delle merci, che dovrebbe costituire la finalità delle operazioni di borsa e del mercato finanziario e, segnatamente, dei contratti derivati; ancora, va menzionata l'esigenza di garantirsi la possibilità di ricevere una data prestazione con particolari connotati oggettivi e/o soggettivi, quantunque essa sia incerta, anche a costo di corrispondere una somma molto maggiore al valore della stessa, nelle ipotesi di *emptio spei* e di contratti d'opera professionale *a forfait*.

Interessa ancora una volta rimarcare, in questo contesto, che la realizzazione di queste apprezzabili e meritevoli funzioni presuppone e richiede l'alea giuridica nei termini poc'anzi precisati, ossia l'incertezza sia dei vantaggi che degli svantaggi per entrambi i contraenti (c.d. principio della bilateralità effettiva dell'alea), con la conseguenza che dovrà considerarsi insussistente il requisito della aleatorietà nelle ipotesi nelle quali, in ragione di come viene concretamente congegnato il regolamento contrattuale - mediante l'apposizione di clausole che incidono sensibilmente sulle prestazioni delle parti -, uno dei contraenti si trovi, di fatto, posto al riparo dal rischio di perdite.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 19 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione