

Quesito Civile n. 617-2013/C

### **L'INTERESSE DELLE PARTI DI "MODIFICARE" LA CAUSA DEL CONTRATTO DI VITALIZIO ASSISTENZIALE: STRUMENTI NEGOZIALI A CONFRONTO, FRA ESIGENZE ASSIOLOGICHE E COERENZE SISTEMATICHE**

Si è prospettata la seguente fattispecie: i genitori hanno trasferito un immobile ad uno dei due figli, il quale si è obbligato ad assisterli vita natural durante. Poiché quest'ultimo in verità non li assiste, i genitori vorrebbero rinunciare, per spirito di liberalità, al diritto di assistenza, affinché in sede di imputazione e collazione risulti una liberalità indiretta. Il figlio è d'accordo con i genitori per il compimento di un simile atto. Ciò si renderebbe necessario in quanto i genitori intendono donare un altro immobile ad un altro figlio e non vogliono che ai fini della imputazione e della collazione i due trasferimenti (vitalizio assistenziale e donazione) abbiano un trattamento differente. Rispetto a tale fattispecie concreta si chiede di conoscere se: sia ammissibile la rinuncia al diritto all'assistenza, scaturente da vitalizio assistenziale per spirito di liberalità oppure se la stessa rientri nel divieto di donare beni futuri. In aggiunta a ciò si chiede di conoscere come si possa quantificare il valore della liberalità al momento della stipula dell'atto di rinuncia all'assistenza.

#### **Introduzione al problema.**

Il quesito sollevato involge una vicenda negoziale particolarmente controversa. Tale precisazione vale a chiarire, in premessa, la ragione per la quale si è ritenuto opportuno dividere la seguente trattazione per aree tematiche.

Bisogna in un primo momento stabilire:

- la natura giuridica del vitalizio assistenziale;
- quali siano gli indici ermeneutici che consentono di predicare una sua qualificazione in termini di onerosità o di liberalità;
- quale sia l'esatta volontà delle parti in questione, di modo da individuare la fattispecie negoziale che in concreto sia in grado di realizzare il loro interesse.

In ultimo, bisogna anche stabilire le modalità attraverso le quali è possibile quantificare il valore della liberalità, una volta venuta meno l'obbligazione assistenziale.

### **La natura giuridica del vitalizio assistenziale e gli indici ermeneutici idonei a qualificarlo in termini di onerosità o di liberalità.**

Il contratto con il quale «una parte si obbliga per tutta la durata della vita del beneficiario a prestargli assistenza morale e materiale, in cambio del trasferimento di un bene mobile o immobile **(1)** » è definito in dottrina vitalizio assistenziale **(2)**.

Si tratta di un contratto che è «caratterizzato dalla indeterminatezza della prestazione complessiva cui risulterà obbligato il debitore, commisurata all'incerta durata della vita umana e alla variabilità dei bisogni alimentari, di cura e di assistenza del vitaliziato, e che pertanto postula l'esistenza di una situazione di incertezza circa il vantaggio o lo svantaggio che potrà alternativamente realizzarsi nello svolgimento e nella durata del rapporto **(3)** ».

Tale contratto rientra nell'ambito dei cd. vitalizi impropri. Questi ultimi, come attentamente rilevato in dottrina, costituiscono una tipologia di contratti atipici **(4)** sorti per «soddisfare molteplici e diverse esigenze della parte beneficiaria della prestazione di vitalizio, esigenze che difficilmente sarebbero state assolte ricevendo una rendita e, concludendo un tipico contratto di rendita vitalizia **(5)** ».

Al loro interno la dottrina **(6)**, più che la stessa giurisprudenza **(7)**, tende a distinguere fra:

- contratto di alimenti o vitalizio alimentare, dove «il vitalizante si obbliga a fornire vitto, alloggio, vestiario, ed in genere tutto quanto risultasse necessario per vivere, qualora il beneficiario versasse in un comprovato stato di bisogno **(8)** »;

- contratto di mantenimento o vitalizio di mantenimento con il quale «il vitalizante assume, nei confronti del vitaliziato, obbligazioni di *facere*, di provvedere al suo mantenimento per tutta la durata della vita dello stesso, in guisa tale da garantirne il medesimo tenore di vita di cui godeva al momento della conclusione del contratto **(9)** »;

- contratto di vitalizio assistenziale o contratto di assistenza in base al quale «il vitalizante si impegna verso il beneficiario a prestargli, principalmente, una assistenza morale ed un sostegno spirituale, ed eventualmente anche un'assistenza materiale. Pertanto la prestazione del vitalizante si concretizza in un *facere* infungibile **(10)** ».

Si tratta ovviamente di una classificazione di massima **(11)**, che non ambisce affatto ad essere considerata esaustiva, in quanto le parti possono diversamente combinare, nell'ambito della loro autonomia privata, le obbligazioni che contraddistinguono i negozi sopra meglio descritti.

Quanto precede rende manifesto che la qualificazione in concreto della fattispecie in esame costituisce una mera *quaestio facti*, rimessa al prudente apprezzamento dell'interprete e che esula dalle attività di questo Ufficio Studi **(12)**.

Allo stesso modo, costituisce una *quaestio facti* anche stabilire se il contratto concluso abbia natura onerosa o liberale.

Bisogna anche in questo caso tenere conto degli interessi perseguiti in concreto dalle parti.

In aggiunta a ciò va anche considerato che **(13)** in passato dottrina **(14)** e giurisprudenza **(15)** tenevano nettamente distinta onerosità-aleatorietà, da un lato, e liberalità-non aleatorietà, dall'altro. Segnatamente, si supposeva la ricorrenza di una causa liberale, o quantomeno di un negozio misto a donazione, laddove in concreto non fosse possibile rintracciare una *aequalis incertudo lucro vel damni* **(16)**.

Si tratta però di una impostazione mitigata dalla più recente dottrina **(17)** e giurisprudenza **(18)** la quale tende ad ammettere anche fattispecie intermedie: «vitalizi assistenziali, onerosi aleatori, misti con donazione, misti con gratuità ed onerosi commutativi. Vi sarà aleatorietà qualora nel caso concreto, i contraenti abbiano rinunciato ad una preventiva ponderazione relativa ai reciproci vantaggi o svantaggi derivanti dal negozio, affidando allo sviluppo fattuale la loro individuazione. Diversamente, si dovranno ritenere non aleatori tutti i negozi che vedano stabilito, almeno in linea di massima, il rapporto di valore tra le prestazioni. Ancora, è da qualificare come misto con donazione il contratto che presenti sproporzione del sinallagma dovuta a spirito di liberalità; mentre è da ritenersi parzialmente gratuito nell'evenienza che, difettando l'intento liberale, il vitaliziato miri all'adempimento di un dovere - eventualmente anche solo di natura morale - od al perseguimento di un interesse patrimoniale. Se, infine, lo squilibrio presente è determinato dalla semplice volizione delle parti, sarà necessario procedere, caso per caso, allo scrutinio di meritevolezza degli interessi sottesi, essendo non più questo reputato tendenzialmente irrilevante **(19)** ».

In definitiva, le considerazioni fin qui sviluppate confermano la necessità di una indagine da farsi caso per caso ad opera dell'interprete. Non sembra possibile accertare, in maniera astratta ed in assenza di una indagine effettiva

della volontà delle parti, se la fattispecie sia onerosa o liberale. «La ricostruzione dell'assetto degli interessi come voluto dalle parti, può portare infatti ad accertare che lo scopo perseguito è (anche o soprattutto) di tipo previdenziale-assistenziale **(20)** ». In altri termini, possono essere accertati «in concreto, altri plausibili interessi del costituente la rendita idonei a sorreggere lo spostamento patrimoniale, senza con questo aggiungere al negozio un elemento di liberalità **(21)** ».

### **L'interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale.**

Nel nostro caso, stando a quanto riferito nel quesito, si sarebbe in presenza di un contratto di vitalizio assistenziale oneroso. Ciò presupposto, le parti, in considerazione del mancato adempimento della obbligazione di assistenza, intendono ora fare in modo che l'originario contratto di vitalizio assistenziale (oneroso) assuma la veste giuridica di una donazione (liberale), di modo che la stessa possa essere assoggettata alla disciplina della collazione e della riduzione (in maniera analoga ad altra donazione che lo stesso soggetto (ora vitaliziato) intende fare a favore dell'altro figlio (fratello del vitaliziante).

Chiarito in questi termini l'interesse negoziale delle parti, bisogna valutare quali siano gli strumenti giuridici consentono di realizzarlo.

### **I possibili congegni negoziali in grado realizzare l'effetto divisato dalle parti.**

In linea astratta, le possibili alternative sembrano essere le seguenti:

- a) risoluzione del contratto per inadempimento, ex art. 1453 ss., restituzione dell'immobile all'originario titolare e donazione diretta del bene dal vitaliziato al vitaliziante;
- b) mutuo dissenso del contratto di vitalizio assistenziale, con conseguente effetto restitutorio dell'immobile all'originario titolare e successiva donazione dello stesso bene dal vitaliziato al vitaliziante;
- c) novazione causale del contratto di vitalizio assistenziale;
- d) transazione novativa del contratto di vitalizio assistenziale;
- e) donazione liberatoria dall'obbligo di assistenza materiale e spirituale;
- e) contratto modificativo atipico della causa negoziale.

### **A) La risoluzione del contratto per inadempimento, ex art. 1453 ss., restituzione del bene all'originario titolare e donazione del bene dal vitaliziato al vitaliziante.**

A fronte del mancato adempimento della prestazione di assistenza da



parte del vitalizante, il vitaliziato potrebbe agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 ss (22).

Sembra oramai essere definitivamente accantonato quell'orientamento dottrinale minoritario (23), sostenuto da copiosa giurisprudenza, specie negli anni settanta (24), che, estendendo il perimetro di applicazione dell'art. 1878 c.c. (25) (interpretato in combinato disposto all'art. 443 c.c.), precludeva la applicabilità del rimedio risolutorio al vitalizio assistenziale.

Si tratta, però, come già detto di un orientamento oramai superato (26) in considerazione del fatto che il vitalizio assistenziale risponde ad una *ratio* diversa rispetto alla rendita vitalizia, e non può per questa ragione seguirne le relative sorti (27). Ed infatti, mentre nella rendita vitalizia l'inadempimento della obbligazione di dare, stante la natura di obbligazione di dare, si presta alla esecuzione coattiva della stessa, nella vitalizia assistenziale «l'interruzione (*rectius* cessazione) dell'erogazione di prestazioni assistenziali di natura sia materiale che spirituale, anche per un minimo intervallo di tempo, pone il vitaliziato in condizioni insostenibili, concretando una situazione di sicura turbativa dell'equilibrio contrattuale. Ciò determina, pertanto, la necessità di sciogliere un vincolo negoziale che non ha realizzato la funzione per la quale era stato contratto» (28).

Una volta ottenuta la risoluzione per inadempimento del contratto di vitalizio assistenziale (29), il vitaliziato potrà realizzare l'effetto negoziale desiderato, ossia donare l'immobile, del quale è ritornato nuovamente titolare, al vitalizante. Ed infatti, come attentamente rilevato (30), la risoluzione del contratto è «l'unico rimedio che consente al beneficiario insoddisfatto di realizzare altrimenti il suo interesse, ponendo fine ad un rapporto che non gli procura alcuna utilità; ottenuta la restituzione del bene trasferito o del capitale ceduto, egli potrà operare una nuova valutazione delle sue esigenze e, se crede, stipulare un nuovo contratto con altra persona degna di fiducia». Seguendo tale ragionamento, lo stesso soggetto potrebbe anche trasferirlo nuovamente allo stesso figlio, ma stavolta non più a titolo di vitalizio assistenziale, bensì a titolo di donazione di modo da assoggettarla alla sua morte a collazione e riduzione (in maniera analoga ad altra donazione che intende fare in favore di un altro figlio) (31).

**B) Il mutuo dissenso del contratto di vitalizio assistenziale, con conseguente effetto restitutorio dell'immobile all'originario titolare e successiva donazione dello stesso bene da parte del vitaliziato al**



## **vitalizante.**

In alternativa allo strumento della risoluzione per inadempimento, le parti, ove d'accordo (come sembra nel caso di specie) potrebbero risolvere consensualmente (cd. mutuo dissenso **(32)**) il contratto di vitalizio assistenziale **(33)**.

Tale fattispecie, oltre che giuridicamente possibile **(34)**, si giustifica anche alla luce di quella giurisprudenza di merito secondo la quale «la mancata esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto, la mancata richiesta di esecuzione a controparte del contratto stesso e la mancata contestazione del suo inadempimento, se poste in essere da entrambi i contraenti per un significativo lasso temporale, in assenza di motivate ragioni, costituiscono indice, alla luce di una valutazione presuntiva, del fatto che il contratto stesso sia stato consensualmente risolto tra le parti per mutuo dissenso **(35)** ».

Il ricorso al mutuo dissenso ripropone però l'annoso problema sulla sua natura giuridica e correlativamente del tipo di atto da redigere. La dottrina risulta infatti essere divisa in tre sostanziali tronconi: tesi del *contrarius actus*, tesi dell'adempimento traslativo e tesi del negozio risolutivo **(36)**.

Secondo un primo orientamento **(37)**, il mutuo dissenso è un *contrarius actus*. Si tratterebbe cioè di «un negozio avente contenuto uguale e contrario a quello che si intende sciogliere. In altri termini, in nome dei generali principi d'irrevocabilità del contratto e d'irreversibilità dei suoi effetti (sicché le situazioni giuridiche da esso create possono essere rimosse solo in casi eccezionalmente previsti dal legislatore), le parti possono sciogliere un negozio, in precedenza stipulato, ma soltanto ponendone in essere uno nuovo (questa volta) a ruoli invertiti. Ne consegue il ripristino dello *status quo ante* tra le parti senza con ciò pregiudicare la posizione dei terzi che abbiano, nel frattempo, confidato sugli effetti già prodotti dal contratto. Secondo tale impostazione, pertanto, il mutuo dissenso non andrebbe ascritto a figura contrattuale generale e tipica, bensì a categoria negoziale dal contenuto più vario avente una specifica funzione ovvero quella di neutralizzare gli effetti realizzati da un negozio precedentemente stipulato mediante un nuovo accordo dal contenuto ««uguale e contrario» rispetto a quello da risolvere **(38)** ».

Secondo un altro orientamento dottrinario **(39)**, «questo ritrasferimento non può avere causa di vendita, donazione o permuta, perché è solo l'effetto del contratto risolutorio, il quale se, da un lato, elimina il precedente rapporto, dall'altro obbliga a concludere l'atto di ritrasferimento *solutionis causa*, giustificato, cioè dal pregresso accordo. Si tratterà dunque di un c.d.

pagamento traslativo».

Secondo una ultima opzione ricostruttiva **(40)**, il mutuo dissenso «non dà vita a tanti diversi contro-negozi, ciascuno con una propria causa (vendita, permuta, donazione, ecc.) e accomunati soltanto dalla finalità di porre nel nulla gli effetti prodotti da un precedente negozio, ma costituisce una figura autonoma ed unitaria nella quale si rintracciano, con caratteri tipici, i requisiti essenziali di ogni negozio **(41)** ». La teoria del negozio risolutorio si basa, sostanzialmente, sui seguenti addentellati normativi: artt. 1321, 1372, comma 1, 2<sup>a</sup> parte, 2655, commi 1 e ultimo, c.c. **(42)**.

L'adesione all'una o all'altra teoria non è senza conseguenze giuridiche, vista la diversità dell'atto che il notaio sarà chiamato a ricevere.

Anche se, dal punto di vista fiscale, il regime impositivo rimane sempre lo stesso, nonostante le pure valide argomentazioni della dottrina. Si è infatti di recente rilevato (sia pure in maniera critica) che «alcuni Uffici delle Entrate in sede di registrazione richiedono le stesse imposte dell'atto dovute per l'atto sciolto (imposte per la compravendita o la donazione), per lo più adeguandosi alla Risoluzione n. 329/E del 14 novembre 2007 della Agenzia delle Entrate. Sulla base delle considerazioni dinanzi fatte, tale richiesta sarebbe giustificata ove si trattasse di un atto di retro-vendita o di retro-donazione, ipotesi in entrambi i casi prive di fondamento giuridico, perché l'atto di risoluzione per mutuo dissenso non è né l'uno né l'altro, ma è un contratto causalmente autonomo, e pertanto non è assolutamente sostenibile che tale atto debba essere assoggettato alle stesse imposte dovute per il retro-contratto **(43)** ». Un ulteriore limite al ricorso al mutuo dissenso è rappresentato, in linea teorica e generale, dal fatto che il suo perimetro applicativo, secondo parte della dottrina, è circoscritto alle sole prestazioni non ancora e non del tutto eseguite, ad es. vendita obbligatoria o sottoposta a condizione sospensiva o a termine iniziale, ovvero ai contratti ad esecuzione continuata o periodica **(44)**. Anche se non manca chi **(45)** ritenga inconferente, sul piano normativo, tale distinzione **(46)**.

### **C) La novazione causale del contratto di vitalizio assistenziale.**

Si potrebbe anche valutare nel caso di specie il ricorso all'istituto della novazione causale **(47)**, la quale - come è noto - comporta un mutamento del titolo del rapporto negoziale **(48)**. L'effetto utile di questo istituto, laddove impiegato, sarebbe quello di sostituire a mezzo di un nuovo contratto, intercorso tra le stesse parti, all'originaria causa assistenziale (effetto estintivo) una nuova giustificazione negoziale: la causa liberale (effetto costitutivo).



Quest'ultima permetterebbe - come è nelle intenzioni delle parti - di sottoporre il titolo traslativo a collazione ed alle azioni di riduzione e conseguente restituzione.

Il limite al pacifico ricorso a tale istituto, pure corrispondente agli interessi delle parti in questione, è rappresentato dal fatto che la dottrina non è unitaria in ordine alla sua ammissibilità. Anzi la stessa sembra essere divisa in due sostanziali orientamenti.

Secondo un primo orientamento (tesi positiva **(49)**) quando la *prior obligatio* ha fonte in un contratto, inevitabilmente, la novazione del rapporto obbligatorio non può non investire anche l'intero contratto. E ciò perché la sopravvivenza del rapporto obbligatorio, e con esso del contratto, deve escludersi qualora la novazione del rapporto obbligatorio risulti essere incompatibile con la causa del contratto originario. Lo stesso dicasi per il caso in cui le parti dichiarino di estinguere il precedente contratto e di sostituirlo con nuovo.

Secondo una diversa opzione ermeneutica (tesi negativa) la novazione «concerne il rapporto in sé considerato, non riguarda la fonte dalla quale il rapporto trae origine» **(50)**.

In condivisione con tale impostazione, da ultimo, si è anche osservato **(51)** che un «atteggiamento diretto a estendere l'ambito di applicazione della novazione va censurato perché conduce a un'indebita dilatazione dell'istituto. Come sappiamo, la nozione tecnica di novazione è limitata all'estinzione di una singola obbligazione mediante sostituzione a essa di una nuova; quando si intende novare una delle obbligazioni nascenti da un contratto con prestazioni che gravano su entrambe le parti, si interrompe il rapporto intercorrente tra le obbligazioni corrispettive. Salva una diversa volontà delle parti, sempre espressamente manifestata, la nuova obbligazione avrà un regime autonomo e non costituirà il corrispettivo dell'obbligazione della controparte. Quando si voglia, invece, sostituire l'intero regolamento negoziale con uno nuovo, non si può parlare di novazione, se non in senso latamente atecnico».

In buona sostanza, secondo quest'ultima ricostruzione nel caso «in cui il nuovo accordo sia diretto a sostituire l'intero rapporto precedente più corretto è parlare di contratto sostitutivo di precedente contratto. Molto dubbio è però che si possa costruire una figura più ampia che ricomprensiva la novazione stessa, nella sua tradizionale struttura, ed il contratto sostitutivo di contratto; ancora più problematico da individuare è il regime del contratto sostitutivo di contratto. (...). L'ipotesi potrebbe essere utilmente inquadrata in una tacita risoluzione per mutuo consenso, desumibile dalla costituzione di un nuovo rapporto



incompatibile col precedente **(52)** ».

In maniera non dissimile, sembrerebbe essersi espressa, da ultimo, anche autorevole dottrina **(53)**. Affrontando nello specifico il problema della novazione causale di una donazione, la dottrina in commento ha concluso che è «possibile cancellare l'effetto di una donazione (eliminando così la provenienza donativa dell'immobile), ma ciò potrà avvenire: o risolvendone gli effetti (e riattribuendo la proprietà - così recuperata dal donante - attraverso una compravendita); o facendo emergere la divergenza del dichiarato dal voluto, attraverso una ripetizione dell'accordo simulatorio in forma idonea alla trascrizione **(54)** ».

#### **D) La transazione novativa.**

A questo punto si potrebbe anche vagliare la possibilità di fare ricorso al contratto di transazione, sempre che ne ricorrano i presupposti: prevenzione o composizione di una lite attraverso una serie di reciproche concessioni (*aliquid dando, aliquid retinendo rectius* rinuncia alla prestazione assistenziale ed alla restituzione della proprietà dell'immobile trasferito, da un lato, e rinuncia al compenso in denaro delle prestazioni materiali ed assistenziali fin qui eseguite) **(55)**.

In verità, nel nostro caso, più che una transazione pura o semplice sembrerebbe trovarsi innanzi ad una vera e propria transazione novativa **(56)**, positivamente riconosciuta dall'art. 1976 c.c., attraverso la quale si crea un nuovo rapporto giuridico che si sostituisce al precedente **(57)**. Come è noto «la transazione novativa si caratterizza per la nascita, in sostituzione dell'obbligazione originaria oggetto della lite, di una nuova obbligazione avente un titolo o un contenuto diverso e che le parti transattivamente considerano la nuova fonte del loro rapporto giuridico: perché esista transazione novativa è necessario il concorso di due elementi, quello oggettivo (una nuova obbligazione o una nuova situazione giuridica) e quello soggettivo (*l'animus novandi*). Il nuovo rapporto scaturito dalla transazione novativa elimina tutte le pretese preesistenti **(58)** ».

In questo modo, la lite (insorta o insorgenda) sarebbe superata dalla costituzione di un altro rapporto del tutto nuovo, che si sostituirebbe al precedente, e che troverebbe la sua fonte proprio nella transazione.

Si tratta anche in questo caso di un istituto che (sempre se confacente all'interesse delle parti, al caso concreto e conforme al diritto) impone particolare prudenza per le sue implicazioni dogmatiche e ricadute applicative.

## **E) La donazione liberatoria.**

Una alternativa a quelle fino ad ora descritte parrebbe essere prospettata, e riguarda un atto rinuncia da parte del vitalizante alla prestazione assistenziale. Per come descritta nel quesito, la soluzione appena prospettata sembra presentare profili di contiguità con l'istituto della donazione liberatoria.

Tale fattispecie - come è noto - è tutt'altro che pacifica **(59)**.

Parte della dottrina **(60)** nega infatti che la donazione liberatoria trovi cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, nel rilievo che la dismissione sia pure con animo liberale di un diritto resta sempre una remissione del debito, anche se accompagnata dalla accettazione del soggetto beneficiario della stessa.

Parte della dottrina **(61)**, invece, tende a riconoscere fondatezza giuridica a siffatta fattispecie.

Innanzitutto, si rileva che, nonostante il tenore letterale dell'art. 769 c.c., nulla esclude che un effetto liberale possa realizzarsi non soltanto attraverso il trasferimento, o la costituzione di un diritto reale, ma anche rinunciando ad un diritto patrimoniale già acquistato **(62)**. A ciò si aggiunge che la rinuncia ad un diritto, fatta per spirito di liberalità, importa correlativamente un arricchimento ed un depauperamento patrimoniale, tipici di una donazione. In buona sostanza, secondo tale orientamento «nelle liberalità donative è compresa la donazione vera e propria e la donazione liberatoria, con cui si dispone di un diritto a favore di un soggetto, liberandolo, contemporaneamente, da un obbligo su di gravante, tale donazione remuneratoria può avere ad oggetto diritti di credito come diritti reali. Si potrebbe preferire alla remissione, perché mancherebbe quella situazione di incertezza determinata dal possibile rifiuto del debitore **(63)** ».

Se condivisa, tale ricostruzione consente di liberare il vitaliziato dall'obbligo di eseguire vita natural durante la prestazione in favore del vitaliziato. Ma ciò sembra valere anche a spezzare il rapporto giuridico esistente fra vitalizante e vitaliziato (del quale verrebbe a mancare la controprestazione) e con esso si verrebbe a minare il substrato causale che aveva giustificato in un primo momento il trasferimento - e con esso il mantenimento - della proprietà del bene immobile in capo al vitaliziato.

## **F) Il contratto modificativo atipico della causa negoziale.**

Alla luce di quanto precede, e tenuto conto dell'interesse delle parti di volere semplicemente modificare la causa del contratto già stipulato (restando fermo ed invariato il restante regolamento contratto), si potrebbe semmai valutare positivamente il ricorso ad un contratto atipico “modificativo **(64)**” della

causa negoziale.

L'intento delle parti sarebbe propriamente quello di riqualificare la causa, ossia di ritornare nuovamente sul contratto per assoggettarlo ad una diversa regolamentazione, passando dalla disciplina del vitalizio assistenziale a quella della donazione **(65)**.

Il contratto modificativo della causa negoziale - come descritto - oltre ad essere noto ai giuristi romani, non è neppure ignoto alla più recente ed autorevole dottrina **(66)**, la quale l'ha attentamente scrutinato, anche dal punto di vista redazionale, in vista di un suo eventuale impatto nella circolazione dei rapporti giuridici.

Si è innanzitutto rilevato che il fondamento normativo di un simile atto è offerto dallo stesso legislatore, che all'art. 1321 c.c. ammette che le parti possono concludere contratti volti a regolare, e quindi anche a modificare, un rapporto giuridico di natura patrimoniale **(67)**.

In secondo luogo, si è osservato che, trattandosi di un contratto atipico, l'atto negoziale in questione deve essere ovviamente meritevole di tutela. Ebbene, nel nostro caso, la meritevolezza potrebbe proprio ricondursi al fatto che le parti riconoscono, concordemente, che l'obbligazione assistenziale non è stata correttamente adempiuta fin qui e non lo sarà parimenti per l'avvenire. Per tale motivo, le parti intendono ora fare in modo tale che alla "sostanza" del contratto in corso (vitalizio assistenziale) corrisponda anche il reale "*titulus*" (donazione) per permetterne l'assoggettamento, morto il vitaliziato, alla disciplina della collazione e della riduzione (al pari di altra donazione che lo stesso intende fare verso altro figlio).

Né può sfuggire che una simile soluzione, oltre che corrispondente all'interesse delle parti, risponde anche al principio della economia dei mezzi giuridici. Il contratto modificativo consente di realizzare in maniera diretta un effetto che le parti potrebbero ugualmente conseguire, anche se attraverso una concatenazione di atti negoziali (mutuo dissenso e donazione successiva).

Senza contare poi il fatto che un simile atto consente anche di meglio tutelare la posizione dei futuri legittimari, con riferimento ai loro pure possibili diritti ereditari.

Si tratta di una soluzione, per molti aspetti "inedita" e che per questo impone molta prudenza, anche in considerazione del fatto che la stessa non sembra essere esente da rilievi critici, pure autorevolmente sostenuti **(68)**.

Ciò non toglie che, se condivisa, tale opzione ricostruttiva trova nella già citata dottrina **(69)** utili spunti riflessivi, anche per la redazione dell'atto, con riferimento alla forma, regolamentazione urbanistica, certificato energetico,

garanzie, cessione a corpo o a misura, normativa sulla conformità catastale.

### **I criteri e le modalità per stabilire il valore della donazione del bene in precedenza oggetto di vitalizio assistenziale.**

L'ultimo quesito riguarda le modalità attraverso le quali è possibile quantificare il valore della "donazione" in questione.

Tale quesito trae origine presuntivamente dal fatto che tale atto ha ad oggetto un bene che in precedenza era stato attribuito a titolo di vitalizio assistenziale. In altri termini, lo stesso quesito sembra rispondere alla volontà delle parti di scomputare dal valore del bene donato il controvalore di eventuali prestazioni assistenziali già eseguite.

Sul punto bisogna però subito chiarire che Autorevole dottrina **(70)** ha osservato come la prestazione del vitalizante si componga di servizi e di comportamenti di natura materiale e morale. Sicchè, stante il suo contenuto e salvo la ipotesi nella quale il regolamento contrattuale abbia dettagliatamente individuato gli atti ed i comportamenti attesi dal vitaliziato **(71)**, risulta particolarmente difficile stabilire in termini oggettivi la effettiva entità della prestazione via via eseguita dal vitalizante.

Ne discende che, in un caso del genere, «non può che rimettersi al giudice di merito la valutazione, ardua, e da condurre con prudenza e saggezza, dell'insufficienza degli atti di assistenza morale dispensati, o sull'insufficienza delle modalità con i quali siano stati dispensati **(72)**». Quest'ultimo potrà avvalersi a tal fine del criterio della buona fede, che «dovrebbe consentire di valutare, in concreto, se l'obbligazione risulti, via via, onorata **(73)** ».

In esito contrario, residua valutare se sussistono o meno le condizioni per il ricorso delle parti ad un terzo arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c.

\*\*\*

In conclusione, considerata la complessità della vicenda negoziale descritta, e della sue implicazioni dogmatiche ed applicative, all'interno di un quadro dottrinale frammentato e non certamente uniforme né tantomeno pacifico, si rimette al prudente apprezzamento del notaio la valutazione delle possibili alternative sopra meglio precisate, spettando allo stesso notaio la scelta dell'atto che maggiormente soddisfi l'interesse delle parti, sempre nel rispetto dei principi e delle norme giuridiche.

*Antonio Musto*

---

1) B. GARDELLA, *Vitalizio*, in *Dig. disc. Priv. Sez. Civ.*, XIX, Torino, 1999, p 745.

- 2) Il vitalizio assistenziale è il contratto che «genera il diritto all'assistenza morale e materiale, oggetto dell'obbligazione, quale corrispettivo del trasferimento, o della costituzione di un diritto reale» G. BONILINI, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *I Contratti*, 2000, p. 870 (nota a Cass., 29 maggio 2000, n. 7033).
- 3) Sulla essenzialità dell'alea, C. BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, p. 220-221. L'Autrice osserva che l'alea è ravvisabile ogni volta che «si realizzi una situazione di incertezza circa il vantaggio e lo svantaggio economico che potrà alternativamente verificarsi nello svolgimento e nell'effettiva durata del contratto; mentre la mancanza di alea è riscontrabile tutte le volte che l'entità della rendita assicurata sia inferiore o uguale ai frutti ed utili ricavabili dal cespite ceduto, ovvero quando il beneficiario della rendita, per malattia o per l'età particolarmente avanzata, sia da ritenere prossimo alla morte». Sulla prima ipotesi, l'Autrice richiama A. TORRENTE, *Della rendita vitalizia e rendita perpetua*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 84-87. M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. it.*, diretto da Vassalli, VIII, 4, Torino, 1958, p. 84-87. Per la seconda ipotesi, in dottrina, A. TORRENTE, *Della rendita vitalizia e rendita perpetua*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 83-84. In giurisprudenza, Cass., 24 giugno 2009, n. 14796, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, p. 179: L'alea, con riferimento all'età ed allo stato di salute, è esclusa, con la conseguenza che il contratto è nullo, se «al momento della conclusione, il beneficiario era affetto da malattia che, per sua natura e gravità, rendeva estremamente probabile un rapido esito letale, la quale ne abbia in effetti provocato la morte dopo breve tempo, o se questi aveva un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere anche secondo le previsioni più ottimistiche, oltre un arco di tempo determinabile».
- 4) «Preliminare è la qualificazione del contratto *de quo* (...) quale contratto atipico, riconoscibile dall'ordinamento giuridico giusta il cpv. dell'art. 1322 c.c. Contratto, che, pur apparentandosi con la rendita vitalizia, si rivela, ad una indagine più attenta, estraneo allo schema causale, indi alla sua disciplina. Basti considerare, invero, che la rendita vitalizia genera, fondamentalmente, un'obbligazione di dare, laddove, nel caso di specie, il cessionario del bene si obbliga, per l'intera vita del vitaliziato, ad un *facere*. *Facere*, va subito aggiunto, a connotazione fortemente non patrimoniale» G. BONILINI, *Sull'inadempimento del vitalizio assistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 2, p. 339.
- 5) M. MALVANO, «Vitalizio assistenziale» e nullità per mancanza di alea, in *Notariato*, 2010, 3, 274. Sull'argomento, in dottrina, A.I. NATALI, «Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, I, p. 177; R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, p. 196; F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 504; C. BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, p. 217; A. PANDOLFI, *Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea*, in *I Contratti*, 1999, 3, p. 223; C. SARNI, *Contratto di rendita vitalizia e nullità per mancanza di alea*, in *Corriere giuridico*, 1996, 11, p. 1266; G. ROTA, *Il contratto di rendita mediante il conferimento di bene immobile*, in *Immobili e proprietà*, 2009, n. 11; A. FUSARO, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 3, p. 307; S. VERONESI, *Il contratto di assistenza*, in *I Contratti*, 1998, 4, p. 382; E. STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi e di assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*, in *Notariato*, 1996, 2, p. 121. In giurisprudenza, Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, in *Notariato*, 2010, 3, p. 271; Cass., 24 giugno 2009, n. 14796, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, p. 177; Cass., 12 febbraio 1998, n. 1502, in *Riv. not.*, 1998, p. 896; Cass., 19 ottobre



1998, n. 10332, in *Giur. it.*, 1999, p. 2264; in *Riv. not.*, 1999, p. 717; in *I Contratti*, 1999, p. 221, con nota A. PANDOLFI. Cass., 12 febbraio 1998, n. 1503, in *Riv. not.*, 1998, p. 987; *I Contratti*, 1998, p. 379, con nota S. VERONESI; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Studium iuris*, 2000, p. 1136. Per una rassegna giurisprudenziale, sul punto, C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Libro IV: delle obbligazioni, Artt. 1362-1424*, Milano, 2011, p. 191.

- 6) «In particolare, si può enucleare una prima classificazione in base alla quale al “vitalizio alimentare” corrisponderebbe una prestazione di alimenti; al “vitalizio di mantenimento” (o contratto di mantenimento) corrisponderebbe una prestazione di mantenimento; ed infine al “vitalizio di assistenza” o assistenziale corrisponderebbe un’assistenza in senso ampio, comprendente non solo fornitura di vitto, alloggio, vestiario, generi alimentari, cure mediche, assistenza domiciliare, ma anche l’assistenza morale» F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 507. In tal senso, S. VERONESI, *Il contratto di assistenza*, in *I Contratti*, 1998, 4, p. 382. Per un tentativo classificatorio, M. MALVANO, “Vitalizio assistenziale” e nullità per mancanza di alea, in *Notariato*, 2010, 3, p. 275. In dottrina, nello stesso senso, R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, p. 198; E. STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi e di assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*, in *Notariato*, 1996, 2, p. 129; E. CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Giust. civ.*, 1991, p. 1167; P.L. TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.* 1992, 5-6, p. 1445.
- 7) In giurisprudenza, Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Foro it.*, 1970, I, p. 2910; Cass., 27 aprile 1982, n. 2629, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contr. in genere*, n. 72; Cass., Sez. Un., 18 agosto 1990, n. 8432; Cass., 13 giugno 1997, n. 5392, in *Notariato*, 3, p. 235.
- 8) M. MALVANO, “Vitalizio assistenziale” e nullità per mancanza di alea, cit., p. 275. «(...) il vitalizio alimentare è figura autonoma, che prevede, dietro il trasferimento di un bene o di un capitale, che il vitalizante si obblighi nei confronti del vitaliziato (sempre per tutta la durata della vita di costui) ad una prestazione di carattere alimentare, intendendosi per tale quella avente ad oggetto la fornitura di vitto, alloggio, vestiario, legata stavolta ad una accertata situazione di bisogno. Il contratto in esame pertanto ha anch’esso natura doppiamente aleatoria, sia nella durata che nel *quantum* delle prestazioni che il vitalizante sarà tenuto ad effettuare, se non addirittura nell’*an*, posto che dette prestazioni potranno tanto essere richieste in via continuativa, se lo stato di bisogno perdura, che ad intervalli intermittenti, e talora addirittura mai» R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, p. 198.
- 9) M. MALVANO, *o.u.c.*, p. 275. Anche il contratto di mantenimento si contraddistingue per una doppia alea «quella legata alla durata della vita del beneficiario e quella legata alla mutevolezza delle prestazioni che non consentono una predeterminazione in misura certa». «La differenza tra il vitalizio alimentare e il contratto di mantenimento è essenzialmente quantitativa: nel vitalizio alimentare il vitalizante è tenuto a corrispondere ciò che è necessario per la vita del vitaliziato; nel contratto di mantenimento, invece, il vitalizante è tenuto ad una prestazione più ampia, quindi, non lo stretto necessario, ma quanto occorre a garantire al vitaliziato l’identico tenore di vita» A. FERRUCCI e C. FERRENTINO e A. AMORESANO, *Atti tra vivi di diritto civile*, Milano 2013, p. 299 e 300, nt. 1.
- 10) M. MALVANO, *o.u.c.*, p. 275. Anche con riferimento al vitalizio assistenziale sussiste la cd. doppia alea «analogamente al contratto di mantenimento, all’incertezza legata alla durata della vita del vitaliziato, si aggiunge la variabilità e la discontinuità delle prestazioni in rapporto allo stato di salute del vitaliziato stesso»

(ivi, p. 277).

- 11) «(...) si è precisato che con le espressioni “vitalizio alimentare” e “contratto di mantenimento” si indicano fattispecie contrattuali non omogenee tra loro. Esse vanno dalle figure appena descritte - che si presentano a loro volta con una grande varietà di contenuti, specie in relazione ai diversi tipi di prestazioni in natura a carico del vitalizante (vitto, alloggio, vestiario, cure mediche, assistenza materiale, assistenza spirituale, trasporto, ecc.) e alla differente influenza delle condizioni economiche del vitaliziato ai fini della prestazione di mantenimento – alle fattispecie negoziali in cui la prestazione di rendita, ancorché espressa in una somma di denaro, è indirizzata a soddisfare il bisogno alimentare del vitaliziato e risulta perciò variabile in relazione ai parametri (stato di bisogno, posizione sociale e composizione del nucleo familiare dell'alimentando) fissati nell'atto di costituzione della rendita, alle ipotesi, infine, in cui la prestazione dovuta consiste nel fornire lavoro domestico e assistenza in un regime di subordinazione» M. LEO, *Contratto di mantenimento a favore del terzo «post mortem», Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 25 marzo 2003*, Studio n. 4089, consultabile in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).
- 12) Ciò non toglie che, al fine di meglio lumeggiare l'intera vicenda, può forse risultare di ausilio il fatto che la fattispecie in questione presenta profili di contiguità con il contratto di vitalizio assistenziale, perlomeno stando a quanto recentemente deciso dalla Corte di Cassazione (Cass., 24 giugno 2009, n. 14796, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, p. 177; Cass., 1 aprile 2004, n. 6395, in *Giur. it.*, 2006, p. 504) con due pronunce che meritano di essere qui segnalate. Nella prima è emerso che due coniugi avevano stipulato con un terzo un contratto in forza del quale gli stessi si impegnavano ad assisterlo vita natural durante, a fronte del trasferimento in loro favore della nuda proprietà di due immobili (Riassume così la vicenda giudiziaria, A.I. NATALI, «Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, I, p. 179). Nella seconda si trattava del caso di un padre che aveva ceduto alcuni immobili al figlio, il quale, a sua volta, si obbligava a prestare al padre, vita natural durante, l'assistenza e le cure necessarie ad assicurare il benessere materiale e morale.
- 13) Così, F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 510.
- 14) M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. it.*, diretto da Vassalli, VIII, 4, Torino, 1958, p. 13; G. DATILO, voce “Rendita” (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 879; F. MACIOCE, voce “Rendita-Diritto civile”, in *Enc. giur.* Treccani, XXVI, Roma, 1991, p. 8; A. TORRENTE, *Della rendita vitalizia e rendita perpetua*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 77.
- 15) Cass., 19 maggio 1948, n. 744, in *Mass. Giust. Civ.*, 1948.
- 16) Così, ad esempio, si è ritenuto che «se con un successivo contratto le parti pongono a carico dell'assistito un'ulteriore prestazione mantenendone invariato il corrispettivo, e cioè la prestazione assistenziale, il secondo contratto, in quanto determina un'attribuzione patrimoniale a favore di uno soltanto dei contraenti, persegue uno scopo di liberalità e non di scambio e non può quindi qualificarsi come contratto di mantenimento. In tal caso, infatti, la nuova regolazione dei rapporti tra le parti, non solo rimuove gli effetti del rischio posto a base del primo contratto svuotando la prestazione assistenziale della maggiore sopravvenuta onerosità, ma essendo detta prestazione già dovuta in forza del primo contratto, priva di un reale corrispettivo la prestazione ulteriore dell'assistito». Conseguentemente, in un caso del genere, la corte di merito ha correttamente ritenuto che, avuto riguardo alla causa negoziale, il secondo contratto era solo apparentemente di mantenimento, ma in realtà costituiva una donazione, in

- quanto le parti, attraverso l'utilizzazione dello schema sinallagmatico, avevano perseguito lo scopo dell'arricchimento senza corrispettivo di uno solo dei contraenti». Così, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Giur. it.*, 1999, p. 2264; in *Riv. not.*, 1999, p. 717. Per un commento critico a tale sentenza, A. PANDOLFI, *Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea*, in *Contratti*, 1999, p. 226. Secondo l'Autore «neppure si può escludere che nel caso specifico sussistesse realmente un intento liberale da parte del vitaliziato, ma si sarebbe dovuto provarlo e non limitarsi ad affermare apoditticamente che, essendo il contratto privo di alea, esso configura una donazione. La decisione della Cassazione, così motivata, non può pertanto essere condivisa».
- 17) In tal seno, F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 510.
  - 18) Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, in *Notariato*, 1999, n. 3, p. 217.
  - 19) Così, F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., p. 510.
  - 20) C. BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, p. 224.
  - 21) G. DATTILO, voce "Rendita" (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 224.
  - 22) Sull'argomento, C. TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione (spunti sulla sostanza e sulla forma della rinuncia all'azione)*, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2880; U. PERFETTI, *Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 514 ss.; A. TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, p. 1958, I, p. 606 ss.; M. PERSEO, *Risoluzione del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1998, 3, p. 235. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. civ., sez. II., 24 giugno 2009, in *Giust. civ.*, 2009, 9, I, p. 1855.
  - 23) M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VIII, t. 3, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1958, p. 47 ss.; A. LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, nota a Trib. Cagliari, 20 ottobre 1964, in *Riv. dir. civ.* 1966, II, p. 484.
  - 24) Cass., 28 gennaio 1966 n. 330, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 782; Cass., 23 giugno 1964 n. 1658, *ivi*, 1964, I, p. 1995; Cass. 25 ottobre 1969 n. 3501, in *Foro it.* 1970, I, 2910; Cass. 7 giugno 1971 n. 1694, *Giust. civ. Mass.*, 1971. Cass. 24 ottobre 1978, 4801, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 492. Per una ricca rassegna giurisprudenziale sul punto, R. CECCARELLI, *Il contratto di vitalizio assistenziale: un caso di atipicità*, in *Giust. civ.*, 1997, 9, p. 2235, nt. 6; M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1054, nt. 4.
  - 25) «Tale norma, in deroga ai criteri di cui agli art. 1453 ss. c.c., preclude al creditore della rendita, in caso di mancato pagamento di rate scadute, l'esperibilità del rimedio della risoluzione del contratto, e gli consente solo di far sequestrare e vendere i beni del debitore, onde ricavare una somma sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita» M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1055.
  - 26) L'abbandono dell'evocato orientamento giurisprudenziale è stato inaugurato dalla sentenza a Sezione Unite della Cassazione, n. 8432/1990, in *Riv. not.*, 1991, p. 174. In dottrina, nello stesso senso, tra gli altri, L. CARIOTA-FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, nota a Cass. 9 giugno 1951, n. 1474, in *Giur. Compl.* Cass. Civ. 1951, III, 1, p. 55; C. DONISI, *Un caso discutibile di rendita vitalizia*, nota a Trib. Napoli, 14 febbraio 1974, in *Dir. giur.* 1975, p. 110; A. LENER, *Vitalizio*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino 1975, p. 1022; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9<sup>a</sup> ed., Milano 1958, 213; E. CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, nota a Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989,



- I, p. 1165. Per una più dettagliata appendice bibliografica, R. CECCARELLI, *Il contratto di vitalizio assistenziale: un caso di atipicità*, cit., nt. 9; M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, cit., nt. 8.
- 27) «Del resto appare chiaro come sia la *ratio* ad essere sottesa all'art. 1878 c.c. a non sposarsi affatto con le esigenze vitali che spingono l'assistito a stipulare un contratto di mantenimento. E difatti, il divieto di risolvere il contratto di rendita vitalizia a causa dell'inadempimento del vitalizante deriva dalla possibilità di ottenere, tramite il sequestro e la vendita dei beni di costui, un importo pari a quello della rendita, mentre una soluzione del genere in nulla potrebbe apparire chi cerca una prestazione che è stata definita addirittura di carattere spirituale, ed in cui, come si è detto, al vitaliziato più gli aspetti economici interessano quelli morali e sociali. Non avendo perciò la possibilità di ottenere giudizialmente una prestazione che per lui possa dirsi davvero equivalente, negargli la possibilità di risolvere il contratto significherebbe privare il vitaliziato di tutela di fronte all'inadempimento, per di più quando egli si è già spogliato dei suoi beni ed è quindi particolarmente debole. In tali casi, il deterioramento del sinallagma contrattuale determinato dall'inadempimento giustifica il rimedio della risoluzione del contratto» R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 204. Affronta diffusamente le ragioni della inapplicabilità dell'art. 1878 c.c. al contratto di vitalizio assistenziale, M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1054 ss.
- 28) F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, cit., p. 511.
- 29) «Nel contratto di vitalizio assistenziale (cd. vitalizio improprio) nel quale le parti hanno stabilito che, a corrispettivo del trasferimento della proprietà di un appartamento dal vitaliziato al vitalizante, quest'ultimo si obblighi ad assistere il primo curandolo e mantenendolo nell'appartamento per tutta la durata della vita, si configura un inadempimento di non scarsa importanza, con conseguente risoluzione del contratto, qualora il vitalizante che per lungo tempo abbia assolto l'obbligazione manchi di eseguirla anche solo per un breve periodo (nella specie, la S.C. ha ritenuto inadempimento idoneo alla risoluzione del contratto quello della vitalizante che, dopo aver adempiuto per un periodo di cinque anni, aveva chiesto il ricovero della vitaliziata divenuta non autosufficiente e deceduta dopo qualche mese)» Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2004, n. 2940, in *Foro it.*, 2005, I, c. 212, con nota V. FERRARI, *Alea e sinallagma nel vitalizio improprio*.
- 30) M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1062.
- 31) «Agli effetti dell'applicabilità della regola contenuta nell'art. 1458 c.c. - secondo cui gli effetti retroattivi della risoluzione non operano, nei contratti a esecuzione continuata o periodica, per le prestazioni già eseguite - sono contratti ad esecuzione continuativa o periodica solo quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti, e cioè quelli in cui l'intera esecuzione del contratto avvenga attraverso una serie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo. Pertanto, mentre non possono considerarsi compresi nella previsione normativa dell'art. 1458 cit. quei contratti in cui ad una prestazione periodica o continuativa di una parte si contrappone una prestazione istantanea (anticipata o posticipata) dell'altra parte, debbono esservi compresi quei contratti in cui ad una prestazione continuativa se ne contrappone un'altra periodica, poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni attraverso le quali il contratto riceve esecuzione» Cass., sez. I, 19 marzo 1980, n. 1824, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 3.
- 32) La letteratura sul tema è vasta. Fra i più recenti contributi dottrinali, A. ALCARO, *Il*

- mutuo dissenso*, Studio n. 434/2012/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici 17 gennaio 2013, pubblicato su CNN Notizie il 24 maggio 2013.; M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1181; D. CORONELLA, *Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma*, in *Giust. civ.*, 2012, 9, p. 2043; A. MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili di provenienza donativa)*, in *Riv. not.*, 2004, 1, p. 113.
- 33) Trib. Perugia, 16 agosto 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, p. 748: «Nell'ipotesi in cui un contratto sia stato sciolto per mutuo dissenso sussistono a carico delle parti i normali doveri di restituzione derivanti dallo scioglimento del contratto venuto meno (restituzione del prezzo o della cosa), mentre eventuali altri effetti residuali (risarcimento del danno o rimborso spese) essendo conseguenze specifiche di fatti costituenti inadempimento, devono risultare da un apposita pattuizione dei contraenti».
- 34) «Qualora tutte le parti di un contratto ne invocano la risoluzione ma il giudice non riscontra i requisiti di cui agli art. 1453 ss. c.c., non di meno il contratto deve ritenersi risolto per mutuo dissenso sicuramente non retroattivo» Trib. Napoli, 5 maggio 2001, in *Dir. industriale*, 2002, p. 31 con nota di PERONI e GIUNCHINO.
- 35) Trib. Piacenza, 9 marzo 2010, n. 153, in *Redazione Giuffrè*, 2010. Trib. Ivrea, 16 dicembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 6, p. 1319 «Quando ciascuna delle parti chieda in giudizio la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, senza riuscire a provarlo, ed emergano nel processo indici presuntivi del mutuo dissenso (quali, nella specie, mancata esecuzione degli obblighi reciproci, mancata richiesta di esecuzione degli obblighi stessi, assenza di motivate ragioni nel protrarsi temporale della situazione), il giudice deve dichiarare la risoluzione del contratto per mutuo dissenso».
- 36) In dottrina, per tutti, da ultimo, M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1181.
- 37) G. DEJANA, *Contrarius actus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, p. 89 ss. Secondo l'Autore «Se la legge dice che con il consenso validamente manifestato la proprietà si trasferisce dall'alienante all'acquirente, non possono i contraenti, dopo aver posto in essere l'atto idoneo al trasferimento, disconoscere che questo sia avvenuto». Essi possono solo stipulare un nuovo atto «dal quale scaturiscano delle conseguenze idonee a distruggere la situazione creata dal primo» (*ivi*, p. 123 s.). In dottrina, nello stesso senso, G. MIRABELLI, *Il contratto in generale*, Torino, 1980, p. 290; D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1971, p. 1024; F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 871 ss. in giurisprudenza, Cass., 24 novembre 1983, n. 7047, in C. DONISI, *Giurisprudenza e diritto civile*, Napoli, 1989, p. 284; Cass., 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Repertorio Foro Italiano*, 1988, voce *Contratto in genere*, c. 621, n. 290; Cass., Sez. Un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. not.*, 1991, p. 490; Cass., 7 marzo 1997, n. 2040, in *Notariato*, 1997, p. 517.
- 38) Ricostruisce così la tesi in questione, D. CORONELLA, *Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma*, in *Giust. civ.*, 2012, 9, p. 2044.
- 39) F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., 2007, p. 1035. In senso critico, pure riconoscendone originalità, G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, p. 635.
- 40) G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, p. 635; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 217; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 499 e p. 256; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 25; F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 815. Da ultimo, in tal senso, A. MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili di provenienza donativa)*, in *Riv. not.*,



2004, 1, p. 113.

- 41) M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 500-501.
- 42) «L'art. 1321 - nel definire il contratto come l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale - prevede, fra le varie figure di contratto, la figura del contratto estintivo, che ha lo scopo di estinguere, eliminandolo, un precedente contratto, qualunque sia la sua efficacia, obbligatoria o reale. La norma fa riferimento, indistintamente, ad una *figura unitaria di contratto* e, pertanto, a tutti i tipi di contratto, *compresi i contratti ad effetti reali*. Se la norma avesse voluto limitare la sua previsione solo ad alcuni tipi di contratti - come quelli che non hanno prodotto effetti reali e quelli ad esecuzione continuata, come è sostenuto dall'indirizzo dottrinale contrario - lo avrebbe previsto, inserendo un limite che il testo di legge non riporta (si ricorda che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). La *portata* della norma deve considerarsi, quindi, *di carattere generale*. Anche l'art. 1372 dispone in modo generico ed onnicomprensivo (prevedendo che il contratto non può essere risolto che per mutuo dissenso o per cause ammesse dalla legge). (...) Altro fondamento normativo a sostegno della teoria del negozio risolutorio lo si desume - come già accennato - dall'art. 2655 c.c., da cui risulta testualmente l'ammissibilità di una convenzione risolutoria con particolare riferimento, *a fortiori*, al trasferimento di beni immobili. Il comma 1 dispone che la risoluzione di un atto trascritto o iscritto deve essere annotata in margine alla trascrizione o alla iscrizione dell'atto. L'ultimo comma dispone inoltre che l'annotazione si opera sia in base a sentenza sia in base a «*convenzione*» da cui risulti la risoluzione. Poiché la norma è dettata per i negozi traslativi o costitutivi di diritti reali, è così *dimostrato, in modo inequivocabile, che questi tipi di contratto possono essere oggetto di un contratto risolutorio*» A. MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili di provenienza donativa)*, in *Riv. not.*, 2004, 1, p. 127-128 ss..
- 43) M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1184. L'Autore osserva in particolare come «nella previgente legge sull'imposta di registro era prevista l'imposta fissa per gli atti di risoluzione gratuita per i contratti senza corrispettivo: (art. 27 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634): attualmente, mancando una norma analoga nell'attuale T.U. del 1986, si potrebbe sostenere, qualora non si ritenga sostenibile l'assoggettamento alla tassa fissa, tutt'al più, l'applicabilità dell'aliquota dovuta per gli atti non previsti dalla Tariffa annessa a detta legge (3%: art. 9 Tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131). Quanto all'imposta di trascrizione, trattandosi di beni immobili, è dovuta l'imposta fissa a norma dell'art. 14 Tariffa allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, e altrettanto dicasi quanto all'imposta per la voltura catastale, a norma dell'art. 10, co. 2, detto d.lgs. n. 347/1990» (*ivi*, p. 1184). Ma sollevava rilievi critici alla tesi sostenuta dall'Agenzia delle Entrate anche lo stesso M.A. CASINO, *Il mutuo dissenso e la legge di registro*, in *Notariato*, 2008, p. 554. Il convincimento dell'autore è che si devono applicare le imposte fisse.
- 44) M. CAPPELLETTI, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 241. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario SCIALOJA e BRANCA*, p. 17 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, in *Trattato GROSSO e SANTORO PASSARELLI*, p. 205 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 9ª ed., Napoli, 2007, p. 1034 ss.
- 45) M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario SCHLESINGER*, p. 67 e ss.; *Id.*, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Trattato BESSONE*, XIII, p. 5 e 36 e ss. In giurisprudenza, Cass., 10 marzo 1966, n. 683, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 8ª ed., Padova, 2007, sub Art. 1372, p. 1418; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato IUDICA-ZATTI*, Milano, 2001, p. 939.
- 46) «Da ciò deriverebbero importanti conseguenze: a) per quanto concerne

l'applicabilità della disciplina propria del c.d. contro-contratto (retro-vendita, retro-donazione), il quale resterebbe comunque sempre realizzabile; b) per quanto concerne in particolare la donazione immobiliare, ove essa fosse sciolta per mutuo consenso, non trattandosi di una retro-donazione, il negozio risolutorio si sottrarrebbe all'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi nella quota di legittima loro riservata dalla legge; c) per quanto concerne il trattamento fiscale, resterebbero inapplicabili le norme concernenti la tassazione del contratto che si vuole scegliere. Gli unici requisiti da rispettare concernerebbero: a) l'esclusione della possibilità di far decorrere l'efficacia del negozio risolutorio da un momento successivo alla sua stipulazione, poiché ciò attribuirebbe efficacia retroattiva al precedente contratto; b) deve essere rispettato il requisito concernente la forma (ad es. artt. 1350, 1351, 782 co. 1 c.c.). L'applicabilità del mutuo dissenso anche ai contratti con effetti reali che si siano già esauriti è, del resto, come esattamente evidenziato nella pronuncia in esame, una delle cause di scioglimento, in quanto l'effetto ripristinatorio è espressamente previsto dalla legge anche per il caso di risoluzione per inadempimento dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti reali (art. 1458 c.c.), non essendo dato riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad effetto reale, salvo l'onere della forma ove richiesta *ad substantiam*. Si precisa dunque che la risoluzione con efficacia *ex nunc* non opererebbe esclusivamente quale rimedio ai vizi funzionali della causa, e cioè alle situazioni patologiche connesse alla esecuzione del contratto» M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1181.

- 47) Il tema ha trovato da ultimo un particolare interesse della dottrina: autorevolmente, G. PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Riv. not.*, 2012, 4, p. 968 (nota a Trib. Avellino, 31 maggio 2012). In particolare, la novazione causale è stata ritenuta un utile strumento di "stabilizzazione" dei titoli di provenienza donativa, per superare gli inconvenienti della loro circolazione, F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 933. In senso critico rispetto a tale ricostruzione, G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, p. 491 ss. Cfr., anche sull'argomento, F. VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, in *FederNotizie*, 2011, p. 248; G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione (tecniche contrattuali)*, in *Notariato*, 2011, p. 646.
- 48) C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, p. 122 ss.
- 49) «Quando l'obbligazione precedente ha la sua fonte nel contratto, la novazione non incide solamente sull'obbligazione ma anche sul contratto dal quale essa deriva. L'obbligazione contrattuale è infatti un effetto del contratto e quindi la sostituzione di essa costituisce una modifica del contenuto contrattuale. (...). Ciò ha luogo quando il mutamento del rapporto è incompatibile con la causa del contratto originario o quando le parti manifestano la volontà di estinguere il precedente contratto e di sostituirlo col nuovo. In questi casi non vi è novazione della sola obbligazione ma novazione del contratto. A si è obbligato a finanziare l'attività imprenditoriale di B con un mutuo di 100 milioni. Successivamente le parti si accordano nel senso che B, anziché dare a mutuo la somma prevista, acquisterà il 40 per cento delle azioni della società Alfa in corso di costituzione ad iniziativa di B. Qui la nozione dell'obbligazione involge novazione dell'intero contratto originario» C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1995, p. 455-456. «La novazione, tuttavia, non mira direttamente di per sé ad una revisione causale del contratto, ma questa può essere una conseguenza dell'intervenuto mutamento del titolo di una delle due obbligazioni» F. ALCARO e A. ALAMANNI, *Art. 1231*, in *Commentario del codice civile. Delle obbligazioni, artt. 1218-1276*, V. CUFFARO (a

cura di), E. GABRIELLI (diretto da), Torino, p. 406. In senso contrario, P. LAMBRINI, *La novazione*, in A. BURDESE e E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, Padova, 2008, p. 474, nt. 62. Secondo l'Autrice «a tutto concedere, mi parrebbe più un richiamo, in buona sostanza, alla figura della novazione oggettiva causale, che la compiuta elaborazione - e giustificazione - della 'novazione del contratto', intesa come mutamento non di una singola obbligazione, ma dell'intero rapporto scaturente da fonte contrattuale».

- 50) Il titolo «ha certamente una sua autonomia da quella di causa del negozio, se non altro perché l'obbligazione ha sempre un titolo anche quando non sorge da negozio ed anche quando, sorgendo da negozio, questo fosse astratto. Ma la nozione di "titolo" dell'obbligazione non s'identifica con il fatto giuridico o gli elementi di fatto esteriori ai quali la legge ricollega la nascita dell'obbligazione medesima. "Titolo" dell'obbligazione va inteso la ragione giustificatrice dell'obbligazione che, come tale, non può non incidere sulla natura del rapporto obbligatorio e quindi sulla sua stessa disciplina. L'obbligazione di dare una somma di denaro, che di per sé dal punto di vista funzionale è neutra, assume fisionomia e natura particolari quando è assunta nel contesto di una ragione giustificatrice: come prezzo in uno scambio volontario con un diritto, come indennità o come risarcimento per un atto dannoso, ecc. Il che dimostra la stretta, indubbia connessione tra fonte e titolo dell'obbligazione; tuttavia il mutamento nella novazione del titolo non riguarda tanto la fonte, quanto soprattutto il titolo, la ragione pratico-giuridica dell'obbligazione» P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento: art. 1230-1259*, Bologna-Roma, 1975, p. 64 e spec. 71. Si consideri anche quanto sostenuto successivamente dallo stesso Autorevole Autore (P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Novazione*, in *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 157): secondo il quale anche «il cambiamento del titolo comporta novazione oggettiva (1230). Così un'obbligazione pecuniaria può fondarsi su una pluralità di ragioni giustificative: si può esser tenuti ad adempierla a titolo di risarcimento del danno extracontrattuale, o a titolo di pagamento del prezzo in una compravendita, o quale pagamento del canone in una locazione, o in esecuzione dell'obbligo di restituzione in un mutuo o, infine, quale prestazione alimentare. Gli esempi formulati consentono di distinguere la nozione di titolo da quella di fonte dell'obbligazione. Nella prima ipotesi la ragione giustificativa (il titolo) dell'obbligazione è il risarcimento del danno, mentre la fonte è il fatto illecito; nella seconda, nella terza e nella quarta, il titolo s'identifica, rispettivamente, con la compravendita, con la locazione ed il mutuo, mentre la fonte dei tre rapporti è sempre il contratto; nell'ultima, il titolo è rappresentato dagli elementi, mentre la fonte è la legge. Ai fini della novazione ciò che deve cambiare è non la fonte ma il titolo».
- 51) P. LAMBRINI, *La novazione*, in A. BURDESE e E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, Padova, 2008, p. 474.
- 52) Così, ancora, P. LAMBRINI, *La novazione*, in A. BURDESE e E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, Padova, 2008, p. 474.
- 53) G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, p. 491 ss.
- 54) G. AMADIO, *o.u.c.*, p. 24.
- 55) Per tutti, T. DE LUCA, R.D. COGLIANDRO, M. D'AURIA, M. RONZA, *Dei singoli contratti*, vol. II, Milano, 2002, p. 604; E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1954, p. 233; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), vol. XIII, *Obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1984, p. 326; Id., voce *Transazione*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1999, p. 400; F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954, p. 179. Per più ampi spunti sulla capacità a transigere e sulla



- disponibilità dei diritti, P. D'ONOFRIO, *Della Transazione*, in *Delle Obbligazioni, Libro IV, Artt. 1960-1991*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1974, p. 232 ss.
- 56) A. COLAIACOVO, *La nozione di transazione novativa*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 7, p. 613; E. VAGLIO, *Transazione conservativa e novativa: riflessi della distinzione in caso di inadempimento*, in *I Contratti*, 2003, 10, p. 1085;
- 57) Distingue in maniera chiara fra transazione semplice e transazione novativa, Cass., 14 giugno 2006, n. 13717, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6; Cass., 19 maggio 2003, n. 7830, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.
- 58) A. FERRUCCI e C. FERRENTINO e A. AMORESANO, *Atti tra vivi di diritto civile*, Milano, 2010, p. 776. «La transazione novativa determina, pertanto, solamente la costituzione di un rapporto giuridico nuovo, preordinato alla definizione della controversia: nella transazione novativa, ciò che assume rilievo (rispetto alla transazione semplice) è la costituzione di un rapporto interamente nuovo, che è in funzione del *superamento della controversia* tra le parti, e non dell'*estinzione del rapporto* giuridico pregresso (...). Sotto l'aspetto esclusivamente prativo e, perciò, atecnico, la vicenda può essere descritta in termini di "sostituzione" di un nuovo rapporto giuridico ad uno preesistente, attribuendo, così, al termine "novazione" (come la stessa legge, all'art. 1976 c.c.) un significato puramente evocativo, privo, però, sul piano tecnico-giuridico, di alcuna specifica valenza» G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, Milano, 2012, p. 135-136.
- 59) «Se oltre che dalla costituzione o dal trasferimento a suo favore di un diritto - effetto che è proprio della donazione - l'arricchimento del beneficiario possa derivare anche da un atto di mera rinuncia (abdicativa, cioè) ad un diritto reale o di credito, di cui è titolare il disponente e nei cui confronti il beneficiario è in posizione di soggezione, è tema discusso, quanto alla sua qualificazione giuridica (...)» F.M. D'ETTORE e M. ERMINI, *Donazioni indirette*, in *Le successioni e le donazioni*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, p. 474.
- 60) A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 216; A. LUMINOSO, voce *Remissione del debito*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991, p. 6.
- 61) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1953, p. 7; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 396 ss.; A. CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 757; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, VI, 2, 2a ed., Torino, 1997, p. 471; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, t. II, p. 1599 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni. Artt. 769-809*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 52 ss.; F. CIACCIO, *Rinuncia all'usufrutto e donazione liberatoria*, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1704
- 62) Sull'argomento, da ultimo, diffusamente G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, t. II, p. 1599. M. LUPO, *La donazione liberatoria*, in G. BONILINI (diretto da), in *Tratt. delle successioni e delle donazioni*, VI, Milano, 2009, p. 613.
- 63) P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 744. Per ulteriori approfondimenti e applicazioni pratiche, e soprattutto sulla distinzione fra remissione del debito e donazione liberatoria, C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 184; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, t. II, p. 1599 ss.
- 64) Un significativo contributo dottrinale all'inquadramento del contratto modificativo, successivo all'entrata in vigore del codice civile del 1942, si deve a G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 341. L'Illustre Autore osserva che «nell'accordo delle parti, diretto a sciogliere un vincolo precedente, contrattuale o meno (...) la *civil law* vede un atto dispositivo, convenzionale, più che un contratto

obbligatorio o l'assunzione di un impegno. Lo si fa rientrare nella figura o *nomen* generico del "contratto", per le stesse ragioni che hanno operato in senso analogo a proposito dell'accordo di alienazione (...). Si tratta, in fondo, di una remissione reciproca, se il precedente contratto o rapporto era bilaterale, o di una remissione da una parte sola nell'altro caso; remissioni più o meno condizionate o determinate da certi scopi, motivi o presupposti». In argomento, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, I, 1957, p. 847 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 179 ss.; A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 2, p. 109 ss.

- 65) Rispetto all'accordo destinato a modificare un contratto precedentemente concluso, la Suprema Corte di Cassazione (4 maggio 1995, n. 4274, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2963) ha osservato che lo stesso «si considera perfezionato solo quando risultino intervenuti l'incontro e la fusione di una proposta e di una accettazione perfettamente coincidenti nel contenuto, con riguardo tanto alle clausole essenziali quanto a quelle accessorie».
- 66) G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione (tecniche contrattuali)*, in *Notariato*, 2011, p. 646 ss. Da ultimo, sull'argomento, G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, p. 491 ss.
- 67) «L'art. 1321 c.c. (che riecheggia l'art. 1098 c.c. 1865) ammette espressamente che il contratto possa avere la funzione di "regolare" un rapporto giuridico patrimoniale: accanto ai negozi costitutivi di un rapporto ed a quelli estintivi, pertanto, il nostro ordinamento accoglie anche i "negozi regolamentari", categoria la cui estensione tende ad identificarsi con (ma non è esaurita da) quella del negozio modificativo» N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 2, p. 112. «A nessuno (...) verrebbe in mente di dubitare della ammissibilità di poteri delle parti di "modificare" - consensualmente - un rapporto contrattuale precedentemente costituito» P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 20, 18. «Quanto al contratto modificativo di un rapporto o di un contratto precedente, in esso si considera e sanziona la volontà di modifica (che è in certo senso anche di disposizione dei diritti preesistenti) in quanto per sé ispirata da un interesse di chi vi consente. E ciò, sia che la modifica implichi dei vantaggi per il debitore (remissione parziale, riduzione del prezzo, dilazioni, modificazioni favorevoli al debitore quanto al luogo o alle modalità o qualità della prestazione, ecc.); sia che la modifica implichi dei vantaggi per il creditore (assunzione di nuove obbligazioni, aumento del prezzo, modifiche a lui favorevoli quanto al luogo, modalità, qualità della prestazione, ecc.); sia che ne risultino concessioni o vantaggi reciproci. In tutti questi casi, l'accordo modificativo è valido» G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 345.
- 68) «Neppure così reinterpretata, tuttavia, la tesi risulta condivisibile. In primo luogo, per la sovrapposizione di due tipi di efficacia, quella novativa e quella modificativa, che se intesi rigorosamente appaiono antitetici. In secondo luogo, perché il ricorso al contratto modificativo, in qualunque modo se ne ricostruiscono gli effetti, non risulta coerente rispetto al risultato (la «sostituzione» della causa) che la tesi persegue. Non lo è, se si accede all'idea più risalente (e oggi abbandonata, nonostante l'autorevolezza della fonte), che nella modificazione del contratto vede sempre implicito un mutuo dissenso della regola originaria e la posizione di una regola nuova: effetti che sarebbero tali da raggiungere lo scopo, ma che è la stessa tesi criticata a respingere. *A fortiori*, il risultato perseguito non si consegue



accogliendo la ricostruzione, ormai pacifica in dottrina, della modificazione pura come mutamento non estintivo, il quale, si dice, può assicurare la sopravvivenza del rapporto originario, solo a condizione che gli elementi nuovi risultino «tali da non trasformarlo nella sua struttura e nella sua configurazione giuridica»: condizione, questa, assai difficilmente riferibile al mutamento della donazione in compravendita, cioè alla trasformazione dell'interesse *non patrimoniale*, fondante l'attribuzione donativa, in interesse *economico* sotteso allo scambio. Resta da dire, ancora, delle categorie ordnanti e dei principi generali, con cui la costruzione confligge. Vorrei indicarne tre, strettamente interconnessi: a) la nozione di rapporto giuridico; b) la valenza operativa del concetto di causa; c) il principio consensualistico-causalistico nell'attribuzione traslativa» G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in Riv. dir. civ., 2013, 3, p. 491 ss. In aggiunta a tali considerazioni, va rilevato come in dottrina (N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 2, p. 112) si tenda a qualificare l'*animus modificandi* come «quello stato d'animo che si ha quando, dopo essersi creato un negozio, si vuole, con un nuovo negozio, modificare gli effetti accessori del primo».

- 69) G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione (tecniche contrattuali)*, in *Notariato*, 2011, p. 646 ss.
- 70) G. BONILINI, *Sull'inadempimento del vitalizio assistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 2, p. 338 ss.
- 71) «Tale contesto, unitamente all'esigenza di rendere facilmente individuabile la "gravità" dell'inadempimento da parte dei contraenti ed eventualmente del giudice, deve suggerire a chi sia chiamato a redigere il contratto i necessari accorgimenti. Nella predisposizione del regolamento contrattuale, infatti, sarà necessario individuare con massima precisione il contenuto delle prestazioni: sia di quelle volte ad assicurare il benessere materiale, sia di quelle caratterizzate da un più accentuato profilo spirituale, sottolineando, in entrambi i casi, la rilevanza ad esse attribuita dal vitaliziato. Una simile impostazione redazionale, finisce per essere confacente pure alle esigenze del vitalizante, che, nell'adempimento delle e obbligazioni, avrà un sicuro e dettagliato punto di riferimento relativamente all'estensione ed ai limiti del suo impegno. A questa cogente necessità di chiarezza si opporrebbe senz'altro la presenza di clausole generali quali "...ogni altro bene e prestazione per la conduzione di una vita umana e dignitosa..." che renderebbero assai probabile l'insorgere di liti e contestazioni» F. LAUS, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, cit., p. 511.
- 72) G. BONILINI, *Sull'inadempimento del vitalizio assistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 2, p. 339.
- 73) G. BONILINI, *Sull'inadempimento del vitalizio assistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 2, p. 340. In dottrina, con riferimento alla ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al vitalizante, si prevede (R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 203) la retrocessione dell'immobile ceduto nel patrimonio del vitaliziato ed «eventualmente la corresponsione di un compenso, determinabile dal magistrato, per i servizi sino ad allora ricevuti». In giurisprudenza, Cass., 24 ottobre 1978, n. 4801, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 492, con nota M. COSTANZA, *Rendita vitalizia e vendita di cosa altrui*.