

I traccia parere civile prima prova esami avvocato 2017

In data 9 febbraio 2015, Caio, di 86 anni e suo nipote Mevia di 43 anni stipulano con l'assistenza di un notaio sempronio un contratto del seguente tenore: Caio trasferisce a Mevia la nuda proprietà dell'appartamento in cui vive, sito nel centro della città e composto da 5 vani più servizi, esteso 150 mq e del valore di circa 500 mila euro riservando per se l'usufrutto dello stesso.

In cambio Mevia si impegna ad offrire quotidiana assistenza alla zia (sola e ammalata) provvedendo alle sue esigenze alimentari. Alla pulizia della casa al supporto della somministrazione di farmaci nonché al sostegno per ogni spostamento necessario.

Dopo circa un anno però caia contatta il proprio legale lamentandosi che Mevia da circa 6 mesi aveva di fatto cessato di assisterla.

In tale occasione la stessa rappresentava inoltre che prima della stipula era stata diagnosticata una patologia oncologia non curabile con un'aspettativa di vita non superiore a due anni e che era stata proprio la nipote Mevia portata a conoscenza di tale triste notizia a convincerla a sottoscrivere il contratto.

Il candidato assume le vesti del legale di caia rediga un motivato parere illustrando le questioni sottese al caso in esame e individuando le possibili azioni a tutela delle ragioni della propria assistita.

Svolgimento I traccia parere civile prima prova esami avvocato 2017

Ai fini dello svolgimento del parere risulta utile inquadrare normativamente le azioni poste in essere da Caio e Mevia.

Caio stipula con Mevia un contratto con cui il primo trasferisce alla seconda *"la nuda proprietà dell'appartamento in cui vive, sito nel centro della città e composto da 5 vani più servizi, esteso 150 mq e del valore di circa 500 mila euro riservando per sé l'usufrutto dello stesso"*. Inoltre, come controprestazione, Mevia si impegna a *"offrire quotidiana assistenza alla zia (sola e ammalata) provvedendo alle sue esigenze alimentari. Alla pulizia della casa al supporto della somministrazione di farmaci nonché al sostegno per ogni spostamento necessario"*

L'accordo posto in essere tra i due soggetti è inquadrabile nel contratto atipico denominato **"vitalizio alimentare"** (o vitalizio assistenziale) che, secondo copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione, è da ritenere una sottospecie del contratto di **"rendita vitalizia"**.

Il vitalizio alimentare è un contratto con il quale una parte (cosiddetto vitalizante) si obbliga ad assicurare ad un'altra (vitaliziato) prestazioni alimentari o assistenziali per tutta la vita in cambio del trasferimento di un bene immobile o della cessione di un capitale. Nello specifico, il vitalizio alimentare attribuisce il diritto all'assistenza morale e materiale in cambio del trasferimento di un bene immobile o di un capitale.

Tale contratto è normalmente utilizzato nei casi in cui una persona incapace di provvedere in modo autonomo ai propri bisogni ed esigenze di vita ottiene, in cambio della cessione di beni, il soddisfacimento diretto sia di **esigenze materiali di varia natura** (come il vitto, l'alloggio, la pulizia, il trasporto, le cure mediche) che di **assistenza morale** e non, quindi, la semplice attribuzione periodica di denaro o di altri beni fungibili. Infatti la semplice attribuzione periodica di denaro o di altri beni configurerebbe un contratto di **rendita vitalizia** che si realizza, viceversa, quando, mediante la cessione di un bene mobile o immobile o di un capitale, un soggetto assicura a sé o ad altri esclusivamente una **prestazione determinata e periodica** di denaro o di altri beni.

Il contratto di vitalizio deve esse stipulato in forma scritta tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Un requisito essenziale del contratto di vitalizio, sussistente al momento della stipula dell'accordo, è rappresentato dalla cosiddetta **equivalenza del rischio o alea**, ossia dalla esistenza per entrambi i contraenti di una incertezza in merito al vantaggio economico e dalla correlativa perdita legati:

- alla imprevedibile **durata della sopravvivenza** del beneficiario;
- e all'**incertezza delle prestazioni** cui è obbligato il vitalizante, che possono variare, giorno per giorno, a seconda dei bisogni e in ragione dell'età e della salute del beneficiario. Inoltre, le prestazioni non possono essere predeterminate in misura certa nel loro ammontare (come invece avviene nella rendita).

La mancanza di tale requisito determina la **nullità del contratto** ai sensi dell'art. 1418 del c.c.

Nel caso in cui il contraente vitalizante non esegua le prestazioni morali e materiali contenute nel contratto, anche per un breve periodo, priverebbe il vitaliziato del minimo indispensabile per la sopravvivenza. Si ritiene ormai pacificamente che il rimedio debba essere quello della **risoluzione per inadempimento** del contratto.

Nel caso che ci occupa, Caio afferma che "prima della stipula era stata diagnosticata una patologia oncologia non curabile con un'aspettativa di vita non superiore a due anni e che era stata proprio la nipote Mevia portata a conoscenza di tale triste notizia a convincerla a sottoscrivere il contratto.

Sul punto si è recentemente espressa la Corte di Cassazione che ha chiarito le **sorti del contratto concluso con un beneficiario affetto da malattia o in età troppo avanzata**.

Rileva infatti la Suprema Corte che se, al momento della conclusione, il beneficiario fosse **affetto da malattia** che, per natura e gravità, rendeva estremamente probabile un rapido esito letale, e che ne abbia in effetti provocato la morte dopo breve tempo, o se questi avesse **un'età talmente avanzata** da non poter certamente sopravvivere, anche secondo le previsioni più ottimistiche, oltre un arco di tempo determinabile, **l'alea sarebbe certamente esclusa**. (in questi termini Cass sentenza n. 23895 del 23 novembre 2016)

Pertanto, a causa dell'età di Caio ma soprattutto alla presenza di una patologia grave (peraltro, conosciuta da Mevia al momento della stipulazione del contratto) può affermarsi che il contratto di vitalizio alimentare potrebbe essere dichiarato nullo ai sensi dell'1418 del c.c. in quanto difetta del requisito dell'alea sopra individuato.

La Corte ha, infine, chiarito che l'accertamento dell'alea di un contratto atipico di mantenimento, ovvero della simmetrica e proporzionale situazione d'incertezza relativa al collegamento tra il vantaggio e la correlativa perdita economica, da una parte, e l'imprevedibile durata della sopravvivenza del vitaliziato, dall'altra, deve essere rimesso all'**apprezzamento di fatto del giudice del merito**.

Quest'ultimo dovrà pertanto effettuare una **reale comparazione tra il valore complessivo delle prestazioni dovute dai vitalizzanti** (dipendenti non soltanto dalla sopravvivenza della beneficiaria, ma anche dalle sue condizioni di salute) **ed il valore del cespite patrimoniale** ceduto in corrispettivo del vitalizio, comparazione da effettuare con riguardo al momento della conclusione del contratto.

Alla luce delle suesposte considerazioni Caio potrà agire per chiedere al Giudice la nullità del contratto per mancanza di un requisito essenziale (alea) ovvero agire per chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento.

Il traccia parere civile prima prova esami avvocato 2017

In data 9 febbraio 2016 Tizio, marito di Caia, al settimo mese di gravidanza, viene travolto e ucciso mentre attraversa la strada sulle strisce pedonali da un'auto condotta da Sempronio.

In data 15 aprile 16 nasce Caietta, figlia di Caia e del defunto Tizio. Caia si rivolge al proprio legale di fiducia, dolendosi del fatto che Caietta, a causa del fatto illecito di Sempronio sia nata senza il padre, accusando così un danno permanente e significativo che la segnerà per tutta la vita.

In tale occasione Caia riferisce di aver già sottoposto la questione alla società assicuratrice dell'autovettura di Sempronio, che sta curando la pratica di ristoro del danno in suo favore, sentendosi tuttavia opporre l'insussistenza di un danno risarcibile in favore di Caietta, in quanto questi al momento del decesso del padre non era ancora nata.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Caia, premessi i cenni sullo stato giuridico del concepito, rediga motivato parere esaminando le questioni sottese al caso in esame.

Svolgimento II traccia parere civile prima prova esami avvocato 2017

Il candidato, assunto le vesti del legale di Caia, premessi i cenni sullo stato giuridico del concepito, rediga motivato parere esaminando le questioni sottese al caso in esame.

Il caso prospettato nella traccia affronta una peculiare questione in tema di risarcimento del danno non patrimoniale subito dal nascituro.

Prima di procedere, si rende necessario sviluppare alcune considerazioni generali sia in tema di stato giuridico del concepito sia in merito alle condizioni di risarcibilità del danno in questione.

Per l'ordinamento giuridico un soggetto configura un centro *unitario* di imputazione di situazioni giuridiche soggettive attive e passive, previo acquisto della capacità giuridica, vale a dire dell'idoneità a divenire titolari di diritti e doveri.

L'art. 1 del c.c. statuisce che *“la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita”*.

Il legislatore riserva alla tutela del nascituro non concepito un particolare trattamento giuridico, probabilmente dovuto al fatto che ancora non esiste un individuo *in fieri*.

Ai nascituri non concepiti non si riconosce la capacità di succedere, mentre si riconosce la possibilità di ricevere, esclusivamente per testamento o per donazione, purché figli di persona vivente al tempo della morte del testatore o dell'atto di liberalità.

Tale delicata materia ha dato vita a un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In particolare, l'evoluzione giurisprudenziale sul punto si è registrata a partire dalle sentenze della Cassazione n. 14488/2004 e n. 11503/2003 della III sezione civile.

Con la sentenza n. 10741/2009, la Corte di Cassazione ha affermato che il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di *molteplici* interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia *nazionale* sia *sovrannazionale*, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano.

Tali diritti, tuttavia, sono azionabili soltanto all'avverarsi della condizione giuridica rinvenibile nella nascita.

In caso di perdita del rapporto parentale deve effettuarsi un'ulteriore precisazione.

Il fondamento della tutela accordata in caso di perdita del genitore è da rinvenire nel diritto del concepito ad avere i genitori, ex artt. 30 e 31 della Costituzione.

Con la sentenza n. 9700 del 3 maggio 2011, la Corte di Cassazione ha affrontato il tema della risarcibilità, a favore del concepito, del danno non patrimoniale da uccisione del prossimo congiunto.

La Corte di Cassazione con tale sentenza ha ribadito che non è necessaria la soggettività giuridica del concepito per affermare il diritto al risarcimento. Infatti, *“il diritto al risarcimento è, infatti, vantato dal figlio in quanto nato orfano del padre, come tale destinato a vivere senza la figura paterna. Il fatto che il padre muoia prima della sua nascita per fatto imputabile a responsabilità di*

un terzo significa solo che la condotta e l'evento costituenti l'illecito, si erano già verificati prima della nascita.

La Corte continua affermando che “solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto al rapporto parentale. La relazione col proprio padre naturale crea un rapporto affettivo ed educativo che la legge protegge perché contribuisce ad una più equilibrata formazione della personalità del minore. Il figlio cui sia impedito di svilupparsi in questo rapporto, può subire un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto, indipendentemente dalla circostanza che sia già nato al momento della morte del padre o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente

La giurisprudenza ha riconosciuto al concepito, pertanto, il diritto al risarcimento del danno cagionato dal terzo che con la propria condotta dolosa o colposa abbia provocato la morte del genitore, ancorché naturale.

A tale conclusione è giunta anche recentemente la Cassazione che con la sentenza n. 5509 del 10 marzo 2014, ha chiaramente affermato che anche il figlio nato dopo la morte del padre naturale, per il fatto illecito di un terzo avvenuto durante il periodo della gestazione, ha diritto ad essere risarcito dal responsabile per la perdita del rapporto col padre e per i pregiudizi di natura non patrimoniale e patrimoniale in conseguenza dell'evento.

Ne discende, il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale in capo al concepito in caso di perdita genitoriale.

Considerato che il danno in esame ha per contenuto le conseguenze pregiudizievoli che la figlia subisce per non aver potuto godere del diritto, costituzionalmente garantito, alla relazione con il proprio padre, tale *diritto di credito* sorge e, conseguentemente, è lesa solo in quanto ella, nascendo, non ha potuto instaurare il suddetto rapporto con il genitore deceduto.

Con riguardo alle condizioni di risarcibilità del danno è necessaria una breve disamina sul punto.

In particolare, la risarcibilità del danno deriva dalla violazione o lesione dei diritti inviolabili della persona e dunque, in quanto tali, costituzionalmente garantiti.

Nel caso in cui il diritto lesa consista nel diritto alla vita o alla salute, il danno ingiusto avrà ripercussioni negative anche nei confronti dei prossimi congiunti del danneggiato come, nel caso sottoposto, nei confronti di Caietta.

Il terzo tuttavia, per valutare una pretesa risarcitoria nei confronti del danneggiante, deve trovarsi in una posizione di vicinanza qualificata con il danneggiato ovvero sia un legame parentale che possa legittimamente far presumere un grave disagio derivante dall'evento lesivo.

È possibile, pertanto, far rientrare Caietta all'interno del novero di soggetti in posizione qualificata. Essa è, infatti, lesa nel suo diritto al rapporto parentale tutelato a livello costituzionale dagli articoli 2 e 29 Cost.

Tanto premesso è necessario valutare se, a seguito della perdita di un rapporto parentale, i congiunti possano agire in giudizio per il risarcimento del danno non patrimoniale iure hereditatis e iure proprio e in caso positivo, quale tipo di danno non patrimoniale possano ottenere.

Nel caso di specie, dunque se Caietta, il cui padre è deceduto in seguito ad un incidente stradale, sia legittimata ad agire in giudizio per ottenere una riparazione del pregiudizio subito, chiedendo il danno iure hereditatis quindi partito in quanto erede del de cuius e quello iure proprio cioè causato dalla morte di un congiunto che leda il diritto al rapporto parentale di chi rimane in vita.

Per rispondere in modo esaustivo è opportuno operare una distinzione fondamentale segnatamente tra risarcimento del danno iure proprio e iure hereditatis.

In materia di danno iure hereditatis è necessario effettuare un'ulteriore distinzione di matrice giurisprudenziale, occorre chiedersi, infatti, se la morte del danneggiato sia intervenuta immediatamente dopo l'evento lesivo, ovvero dopo un lasso di tempo ragionevolmente lungo.

Dall'una o dall'altra circostanza, infatti, la giurisprudenza ha fatto derivare opposte conseguenze.

Nel caso da ultimo citato, in cui dall'evento lesivo alla morte del danneggiato trascorre lasso di tempo consistente, interviene la figura del danno biologico terminale.

Il diritto la cui lesione legittima il risarcimento è quello alla salute e il lasso di tempo intercorrente tra l'evento e la morte sarebbe necessario al fine di maturare in capo al danneggiato un credito risarcitorio, commisurato alla sofferenza psichica e fisica, patita durante il periodo in questione.

Solo ove tale credito si sia perfezionato, i soggetti legati da un rapporto di parentela, potranno agire per il risarcimento del danno iure hereditatis e ciò in ragione della lesione al bene della salute del de cuius.

Per quanto riguarda il danno iure proprio, va sottolineato, come dalla morte di un congiunto, derivi una lesione diretta ai parenti della vittima; così, il terzo che si trovi in una posizione di vicinanza qualificata con la vittima, può far valere in giudizio la lesione del proprio diritto, attraverso il risarcimento del danno morale *“ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente”*, nonché quello biologico *“ove risulti intaccata l'integrità psicofisica tutelata ex art. 32 Cost.”* (cass. civ. 2557 del 2011)

Così ragionando Caietta, sarà legittimata a chiedere il risarcimento del danno iure proprio, per le ripercussioni che l'evento ha causato sulla propria salute psicofisica, sulla propria tranquillità esistenziale e per la sofferenza intima che ha suscitato.

In conclusione, Caietta potrà legittimamente richiedere all'assicurazione il ristoro del danno subito a causa della morte del padre in quanto è riconosciuto al concepito il diritto al risarcimento del danno cagionato dal terzo che con la propria condotta dolosa o colposa abbia provocato la morte del genitore.