

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME V – ANNO 2016



CAMERINO

2016

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME V – ANNO 2016

CAMERINO

2016

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** ANNA DEL FANTE, *Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza. (Parte seconda: profili patrimoniali)*
- 49** MARIA PAOLA MANTOVANI, *Assicurazione obbligatoria medico-sanitaria e modelli contrattuali*

ANNA DEL FANTE

Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza

(Parte seconda: profili patrimoniali)

Sommario: 1. Affidamento condiviso e mantenimento dei figli - 2. La quantificazione dell'assegno di mantenimento - 3. L'accertamento delle condizioni patrimoniali dei genitori - 4. Le garanzie e le sanzioni in materia di obbligo di mantenimento - 5. La ripartizione delle spese cd. straordinarie - 6. Il mantenimento del figlio maggiorenne - 7. L'assegnazione della casa familiare.

1. Affidamento condiviso e mantenimento dei figli

Il principio della responsabilità genitoriale, (oramai) affermato e radicato nell'ordinamento giuridico in virtù di norme interne, *in primis* costituzionali, nonché sovranazionali, comporta che gli obblighi di cura e di assistenza verso i figli, legati al (solo) fatto della procreazione¹ e funzionali ad assicurare alla prole un corretto e sereno sviluppo psicofisico, non vengono meno nell'ipotesi di disgregazione del nucleo familiare originario, anzi sussistono finché i figli medesimi non abbiano raggiunto la piena autosufficienza economica. Strettamente connesso al principio predetto è, pertanto, l'obbligo a carico dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli, in maniera tale da far fronte alle molteplici esigenze ad essi ascrivibili, non riducibili al mero obbligo alimentare, ma bensì estese all'aspetto abi-

¹ Non rileva la circostanza che il riconoscimento o l'accertamento della genitorialità siano avvenuti in un secondo momento: cfr. Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, I, c. 86. Che l'obbligazione di mantenimento, in special modo, discenda dalla procreazione è affermazione comune: v., per tutti, G. PAGLIANI, *La riforma dell'affidamento condiviso*, in *Famiglia e persone*, III, T. 1, *Aggiornamento*, ne *Il dir. priv. nella giur.*, a cura di P. Cendon, Torino, 2008, p. 201 ss.; G. BALLARANI, in S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2010, p. 118 ss.; R. ROSSI, *Il mantenimento dei figli*, in M. SESTA e A. ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2012, p. 248 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, II ed., Milano, 2013, p. 559 ss., spec. p. 678 ss.

tativo, culturale, scolastico, sanitario, sociale, sportivo, ludico, in sintesi a tutto quanto garantisca il libero e completo, (tendenzialmente) armonico sviluppo della loro personalità. Ciò vale, a maggior ragione, allorché la dissoluzione dell'ambiente familiare riversa sugli stessi una situazione di disagio, spesso aggravata dalla conflittualità tra i genitori.

Nondimeno, come per l'attuazione dell'istituto dell'a.c. quale strumento maggiormente idoneo ad inverare il diritto primario dei figli alla bigenitorialità, anche in tema di mantenimento la giurisprudenza si è ingegnata a ricercare le soluzioni più adeguate ai casi concreti, per soddisfare l'interesse della prole, nonostante la crisi della coppia genitoriale, ovviamente alla luce della normativa di riferimento, ma avendo costantemente di mira la realizzazione dell'interesse preminente dei figli. In questo quadro, i giudici si sono mossi utilizzando, per così dire, a piene mani i propri poteri officiosi, sí che, al riguardo, non è incongruo discorrere di un'attività interpretativa ed applicativa delle norme (sicuramente) costituzionalmente orientata, peraltro più volte "adeguatrice", integrativa e financo "correttiva", sempre, comunque, nell'ottica di privilegiare il superiore interesse dei figli.

Innanzitutto, sebbene la legge deponga a favore di un regime di mantenimento diretto della prole, la giurisprudenza di gran lunga prevalente, non ritenendo tale regime conseguenza automatica ed obbligata nell'ipotesi di a.c.², continua a prescrivere in capo al genito-

² Cfr. Cass., 20 gennaio 2012, n. 785, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1065, che esclude il contributo diretto, a causa dell'accentuata litigiosità dei genitori, «quale circostanza idonea a sollevare ulteriori conflitti in un contesto che al contrario esige una condotta pienamente collaborativa». V. pure Cass., 10 gennaio 2011, n. 367, in *Fam. min.*, 2011, 2, 26 e, più di recente, Cass., 22 luglio 2014, n. 16649, la quale precisa che, non potendo essere considerata automatica la riduzione della misura del contributo al mantenimento dei figli nel caso di passaggio dal regime di affidamento esclusivo a quello di a.c., siffatta riduzione può aver luogo solamente «con riguardo a concrete evidenze di riduzione del carico di spesa e di impiego di disponibilità personali derivanti dall'affido condiviso»; Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1543, con l'esplicita conferma che l'a.c. non comporta il diritto-dovere dei genitori di provvedere ciascuno in via diretta al mantenimento dei figli, secondo i tempi di permanenza presso di loro ovvero «per capitoli di spesa»; Cass., 27 gennaio 2015, n. 1457, che ribadisce la funzione perequativa del contributo al mantenimento e la sua compatibilità con il regime di a.c.; App. Catania, 21 aprile 2009, secondo cui il modo ordinario con il quale il genitore non collocatario deve contribuire al mantenimento dei figli resta, nonostante l'a.c., quello indiretto. In posizione critica, per lo più, la dottrina, a detta della quale è stata sostanzialmente disattesa nella prassi giurisprudenziale la norma della nuova legge del 2006 che contempla il mantenimento diretto come modalità ordinaria e privilegiata di adempimento dell'obbligo genitoriale, relegando ad ipotesi residuale quella del mantenimento indiretto, mediante assegno: v., altresì per richiami, R. ROSSI, o. cit., p. 269 ss.; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 385; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, II ed., Padova, 2007, p. 151 («l'assegno non è più la forma ordinaria di mantenimento della prole, in quanto la lettera della legge stabilisce che esso sia fissato "ove necessario"»); G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, p. 9 ss., il quale argomenta la preferenza del legislatore per il regime di mantenimento diretto dei figli dall'esplicito riferimento normativo ai tempi di permanenza dei figli presso ognuno

re non domiciliatario un assegno periodico determinato in base ai criteri di quantificazione normativamente prefissati, i quali, tuttavia, dovrebbero entrare in gioco e tenuti in considerazione solamente se la corresponsione dell'assegno rivestisse il carattere della «necessarietà». Sennonché, visto che in concreto viene disposta quasi sempre la collocazione preferenziale del minore presso uno dei genitori e che i tempi di permanenza presso ciascuno di essi non sono uguali, ed inoltre che non è una circostanza tanto infrequente quella della scarsità, se non dell'assenza, della frequentazione del figlio da parte del genitore non collocatario, i giudici argomentano che la previsione di un assegno di mantenimento si rivela «quantomeno opportuna» quando, per l'appunto, l'a.c. richieda la prevalente collocazione presso uno dei genitori e questi, essendo più ampio il tempo di permanenza del minore presso di lui, si trovi a dover provvedere più spesso ed in misura maggiore alle spese correnti ed all'acquisto di beni durevoli non attinenti necessariamente alle spese cd. straordinarie (indumenti, libri, ecc.)³. Questa evenienza, statisticamente più ricorrente, richiede, altresì, l'utilizzo specifico del parametro della valenza economica dei compiti domestici e di cura gravanti soprattutto sul genitore convivente con il minore, allo scopo di preservare il rispetto del canone di proporzionalità nella contribuzione al mantenimento della prole⁴.

All'inverso, non si ravvisa la necessità di imporre il versamento di un assegno periodico allorché, nella pratica, sia riscontrabile la parità dei tempi che il minore trascorre con ognuno dei genitori e la pari potenzialità di risorse economiche degli stessi, fermo restando

dei genitori e dalla valenza economica riconosciuta ai compiti di cura domestica. La preferenza è, invece, posta in dubbio, ad es., da C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, p. 59 s., che pone l'accento sul fatto che nei lavori parlamentari è stata espunta dall'originario disegno di legge la formula letterale del mantenimento «in forma diretta»; G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2007, p. 158 ss.; M. SANTINI, *Il mantenimento dei figli*, in *www.iusetnorma.it.*, p. 2, il quale cita, come rare pronunce contemplanti l'unica modalità di partecipazione al sostentamento della prole ravvisata nel mantenimento diretto da parte di entrambi i genitori, Trib. La Spezia, 14 marzo 2007; Trib. Catania, 25 settembre 2009; Trib. Bologna, 18 gennaio 2010.

³ Così, ad es., Cass., 4 novembre 2009, n. 23411, in *Foro it.*, 2010, I, c. 900; Cass., 6 novembre 2009, n. 23630; Cass., 4 novembre 2010, n. 22502; Cass., 1° luglio 2015, n. 13504, la quale, ribadendo la regola che la collocazione prevalente dei figli presso uno dei genitori fa scattare il diritto all'assegno, al fine di realizzare il principio di proporzionalità nella contribuzione al mantenimento della prole, giudica, nella specie sottoposta, irrilevante la circostanza che i figli abbiano l'abitudine di pernottare nell'abitazione di un genitore, pur coabitando con l'altro.

⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Catania, 31 maggio 2006.

che ciascuno deve provvedere al mantenimento diretto nel periodo di rispettiva permanenza⁵.

Ad ogni modo, come chiarito in precedenza, i giudici ribadiscono largamente che l'a.c. non fa venir meno l'obbligo patrimoniale di uno dei genitori (quello non convivente) di contribuire, con la corresponsione di un assegno, al mantenimento dei figli, correlandolo alle loro esigenze di vita, sulla base del contesto familiare e sociale di appartenenza: conseguentemente, la regola ormai imperante nel diritto vivente è quella del mantenimento cd. indiretto dei figli⁶, ancorché non difettino recise affermazioni in senso opposto⁷.

2. *La quantificazione dell'assegno di mantenimento*

L'assegno periodico in discorso, proprio perché considerato strumento concretamente efficace per garantire la compartecipazione effettiva e proporzionale dei genitori al mantenimento dei figli, pur potendo essere previsto da accordi intervenuti tra i genitori medesimi (comunque sottoposti al vaglio del giudice), è stabilito dal giudice, al fine di attuare il principio di proporzionalità⁸, applicando appositi parametri, prescritti dalla legge, di deter-

⁵ Trib. Catania, 12 luglio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006; Trib. La Spezia, 14 marzo 2007; Trib. Catania, 25 settembre 2009; Trib. Bologna, 18 gennaio 2010, secondo cui «il mantenimento diretto dei figli svolge la proficua funzione di far partecipare attivamente e concretamente alla vita della prole anche il genitore con questa non stabilmente convivente», mentre la necessità della corresponsione di un assegno periodico si può rinvenire allorché il genitore non domiciliatario «non chiarisca le voci di spesa che intenda assumere su di sé, ovvero quando l'altro genitore non percepisca alcun reddito, sicché si troverebbe a dover dipendere, financo per la spesa quotidiana, dal coniuge più facoltoso» (nella specie, il genitore non collocatario aveva compiutamente indicato le voci di spesa di cui era incline a farsi carico); Trib. Catania, 11 ottobre 2010, che, in un caso in cui la figlia minore aveva prescelto un sistema di alternanza paritaria dei tempi di permanenza presso ciascuno dei genitori, ha stabilito il mantenimento diretto a carico di ambedue, ad eccezione delle spese per la danza e delle spese scolastiche, alla luce dell'accertato divario reddituale tra di essi; Trib. Roma, 4 agosto 2014, che, escludendo l'assegno perequativo, si conforma al principio-cardine dell'attuale art. 337 *ter* c.c., laddove la statuizione dell'assegno è strettamente dipendente dalla finalità di realizzare il canone della proporzionalità (nel caso, insussistente, vista l'equivalenza delle disponibilità economiche dei genitori) – v., nello stesso senso, pure Trib. Roma, 21 gennaio 2015, n. 1396 –.

⁶ V., ad es., Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, in *Fam. dir.*, 2007, 345 ed in *Foro it.*, 2006, I, c. 3346; Cass., 29 luglio 2011, n. 16736; Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060.

⁷ Recisamente, Trib. Campobasso, 6 novembre 2008, ove si legge che «l'adozione del regime dell'affido condiviso ha come proprio portato quello del principio del mantenimento in forma diretta della prole da parte di ciascuno dei due genitori, in proporzione al proprio reddito; il mantenimento in forma diretta viene a costituire la regola ed invece la corresponsione dell'assegno costituisce l'eccezione». Per la natura residuale dell'assegno di mantenimento si esprimono, ancora, App. Catania, 11 aprile 2007, che discorre di fisionomia perequativa rispetto al contributo diretto fornito da ciascun genitore durante i periodi di permanenza con il figlio; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 75.

⁸ Sul quale cfr. Cass., 9 ottobre 2012, n. 17189. In quest'ottica, il presupposto dell'attribuzione dell'assegno periodico (definito integrativo o perequativo o riequilibrativo) è l'esistenza di un divario patrimoniale tra i due

minazione della sua misura (art. 337 *ter* c.c.), parametri che, peraltro, possono essere raggruppati oppure utilizzati parzialmente⁹. La finalità da perseguire è di equilibrare al massimo il contributo patrimoniale di ciascun genitore, avuto riguardo alle rispettive condizioni reddituali, non trascurando, tuttavia, come già accennato, il valore economico dei compiti domestici a carico del genitore domiciliatario¹⁰. Questa funzione perequativa si manifesta soprattutto allorquando peculiari situazioni di vita giustificano una contribuzione maggiore di un genitore rispetto all'altro economicamente più debole, sempreché quest'ultimo non appaia colpevolmente inerte, non attivandosi per adempiere all'obbligo di mantenimento dei figli, che grava pur sempre anche su di lui¹¹.

La determinazione della misura dell'assegno, dovendo agganciarsi alla finalità di coprire le spese atte a consentire le attività dirette allo sviluppo psicofisico della prole, va rapportata al (fondamentale) criterio delle «attuali esigenze del figlio», le quali, per comune ammissione, non si esauriscono nelle spese alimentari, di alloggio e generalmente correnti, ma comprendono l'acquisto di beni durevoli (indumenti, libri, ecc.), rientrando nella spesa ordinaria. Più specificatamente, le esigenze dei figli vanno oltre i bisogni essenziali dell'esistenza e si estendono a tutti quegli aspetti che corrispondono a quanto è necessario alla crescita serena ed equilibrata del bambino¹².

genitori, dipendente anche dal diverso coinvolgimento nei compiti di cura a parità di reddito, o da lievi differenze reddituali ma con diversi apporti di mantenimento diretto (G. PAGLIANI, *La riforma dell'affidamento condiviso*, cit., p. 206 ss., qui p. 207).

⁹ Così, Cass., 12 settembre 2011, n. 18618. Sui parametri di quantificazione dell'assegno, cfr. G. PAGLIANI, *La riforma dell'affidamento condiviso*, cit., p. 209 ss.; R. ROSSI, *op. cit.*, p. 275 ss. (in questi aa. ulteriori ragguagli).

¹⁰ In ossequio ad uno dei parametri indicati dalla legge, viene opportunamente valorizzata l'importanza concreta delle attività materiali di cura (compiti domestici, dedizione temporale al figlio) nella crescita del minore (G. PAGLIANI, *op. cit.*, p. 212; R. ROSSI, *op. cit.*, p. 287 s.). È il cd. costo invisibile dell'accudimento e della cura quotidiana, collegato alla coabitazione (Cass., 30 ottobre 2008, n. 26123; Trib. Taranto, 22 febbraio 2010). Sulla rilevanza del contributo offerto dal genitore economicamente più debole, v., altresì, Cass., 27 dicembre 2011, n. 28892, in *Foro it.*, 2012, I, c. 432. In linea generale, quanto all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, variamente previsto e disciplinato dalla normativa di riferimento, si specifica che il lavoro domestico rappresenta una «forma di contribuzione a tutti gli effetti» e deve essere «per definizione considerato uguale rispetto ad altri possibili strumenti di attuazione dell'obbligo» (così, L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1301).

¹¹ App. Trento, 6 luglio 2006, revoca per questo motivo l'assegno di mantenimento. Da altro angolo di visuale, non è motivo di esenzione dell'adempimento dell'obbligo l'eventuale decadenza dalla «potestà» genitoriale (Cass. pen., 24 maggio 2007, n. 16559; A. PALAZZO, *op. cit.*, p. 597 («il mantenimento è... indipendente dalla potestà, che non è la condizione necessaria né sufficiente affinché ci sia il dovere al mantenimento. Questo obbligo, infatti, non viene meno nel caso di decadenza della potestà»), nonché G. PAGLIANI, *op. cit.*, p. 142).

¹² Trib. min. Catania, 29 dicembre 2009; Cass., 24 febbraio 2006, n. 4203; Cass., 3 agosto 2007, n. 17043. A detta di Trib. Genova, sentenza n. 1957/2014, ne *IlSole24ore*, 9 ottobre 2014, non è nemmeno necessario indi-

Non soltanto: il mantenimento deve essere monetizzato considerando, di là dalle normali esigenze in relazione all'età ed alle altre necessità di inserimento sociale e lavorativo, il tenore di vita goduto in costanza di convivenza con entrambi i genitori, tenore di vita determinato dalla confluenza dei redditi e delle risorse genitoriali¹³. Per raggiungere simile obiettivo, che è, d'altro canto, puramente tendenziale¹⁴, ovviamente poiché le condizioni reddituali e patrimoniali dei genitori possono peggiorare in seguito alla dissoluzione del nucleo familiare (nonché all'eventuale costituzione di ulteriori comunità familiari), è necessario innanzitutto accertare le complessive risorse dei genitori e contemporaneamente tener presente che, in un ambito di a.c., ognuno di essi sostiene delle spese per il mantenimento dei figli nei periodi di rispettiva permanenza (vitto, alloggio, vestiario, attività sportive o ludiche, vacanze, ecc.). In sostanza, quindi, fungendo l'assegno da mezzo per riproporzionare le spese connesse alla diversa distribuzione dei tempi trascorsi con i figli, occorre allo scopo far riferimento al livello della vita familiare e correlarlo alle esigenze della prole. Ciò in quanto le condizioni economiche dei genitori rilevano non soltanto per indicare proporzionalmente il contributo per i figli, a carico di ciascuno di essi, ma altresì in funzione diretta del soddisfacimento delle esigenze dei figli medesimi, atteso che, per l'appunto, bisogni, a-

care, nella domanda per la corresponsione dell'assegno di mantenimento dei figli, le loro specifiche esigenze, quando si discute di cifre «normali». Aggiunge Cass., 4 giugno 2012, n. 8927, che l'assegno va adeguato automaticamente, senza necessità di puntuale dimostrazione, giacché le esigenze dei figli mutano in ragione del semplice trascorrere del tempo. Sul concetto di esigenze dei figli quale elemento fondamentale per determinare un importo minimo essenziale dell'assegno, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 210 s.; A. PALAZZO, o. cit., p. 678 ss.; nonché B. DE FILIPPIS, o. cit., p. 152 s.

¹³ App. Roma, 13 gennaio 2012; Trib. Novara, 27 settembre 2010; Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, ove la puntualizzazione che la misura dell'assegno deve scaturire da una valutazione non soltanto dei redditi dell'obbligato, ma anche di altre circostanze non indicate specificatamente dalla legge, né determinabili *a priori*, ma da individuarsi in tutti quegli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito dell'onere, suscettibili di incidere sulle condizioni economiche delle parti. A titolo esemplificativo, si rinvia a Cass., 29 gennaio 2015, n. 1730, che ha ritenuto «elemento fattuale economicamente apprezzabile in grado di incidere significativamente sulle condizioni dell'obbligato» la disponibilità di una carta di credito altrui ed il fatto di aver ricevuto «in modo costante nel tempo accrediti significativi provenienti dai conti correnti intestati a congiunti», giustificando così il «convincimento del carattere assolutamente non episodico delle contribuzioni e, anzi, della sostanziale autonomia... nell'utilizzazione delle risorse». Sull'identificazione e sulla valenza delle cd. risorse economiche dei genitori, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 211 s. («valutazione più ampia possibile»); R. ROSSI, o. cit., p. 276, nota 78; A. PALAZZO, o. cit., p. 725, nota 76; L. BARCHIESI, o. cit., p. 1302 (occorre «considerare i beni personali e i beni comuni ad entrambi, siano essi produttivi di reddito monetizzabile o siano essi privi di una tale attitudine, e stimare eventuali altri cespiti detenuti o posseduti a titolo di mero godimento»). *Adde*, in giurisprudenza, Cass., 20 gennaio 2006, n. 1202; Cass., 27 aprile 2007, n. 9915, in *Guida dir.*, 2007, 20, p. 40; Cass., 12 settembre 2011, n. 18618; Cass., 8 settembre 2014, n. 18869.

¹⁴ App. Bari, 10 novembre 2006; Cass., 28 aprile 2006, n. 9878.

spirazioni ed in genere prospettive di vita risentono inevitabilmente dell'ambiente economico-sociale in cui si collocano le figure dei genitori¹⁵.

Dunque, al fine della quantificazione dell'assegno periodico, il giudice, benché non sia costretto ad esaminare e richiamare tutti i parametri normativamente indicati e possa applicare gli stessi anche parzialmente (secondo le circostanze e la concreta fattispecie), è tenuto, tuttavia, ad agganciarsi, nei limiti delle (attuali e/o plausibilmente potenziali) risorse economiche del genitore obbligato, al tenore di vita goduto dai figli durante la convivenza, canale attraverso cui è dato ricostruire le esigenze e le aspettative dei figli medesimi.

A questo proposito, preliminarmente, si osserva che non bisogna confondere il tenore con lo stile di vita, dal momento che, pur in presenza di rilevanti potenzialità economiche, un regime familiare può essere improntato ad uno stile di *understatement* o di rigore, ma questo rappresenta una scelta che non annulla le predette potenzialità, le quali originano delle aspettative esistenziali che non vengono vanificate dal (semplice) fatto dell'interruzione della convivenza, con il dissolvimento del nucleo familiare¹⁶.

¹⁵ Cass., 12 settembre 2011, n. 18168, che aggiunge: «Vi sono quindi bisogni essenziali sicuramente comuni a tutti i figli minori, altri collegati all'ambiente a cui essi appartengono, altri ancora specifici ed individualizzati (ad es., un minore disabile o malato che necessiti di cure, un altro che abbia particolari capacità ed aspirazioni: sport, musica, ecc.): solo in tal caso il giudice del merito dovrebbe analizzare e distinguere le singole posizioni». Occorre, cioè, tener conto del «contesto sociale di riferimento» (G. PAGLIANI, o. cit., p. 211; T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, in *Famiglia e persone*, cit., p. 142; A. PALAZZO, o. cit., p. 681).

¹⁶ In linea generale, massimamente allorché l'altro genitore non disponga di mezzi adeguati a conservare lo stesso tenore di vita, cfr. Cass., 21 maggio 2009, n. 11828; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28892; Cass., 17 dicembre 2012, n. 23206; Cass., 8 settembre 2014, n. 18869; Trib. Milano, 27 dicembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1878 (che richiama, in particolare, le attività di sviluppo della vita personale e di relazione). V. pure, per una chiara distinzione tra tenore e stile di vita, Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442. Più in dettaglio, secondo Cass., 23 maggio 2014, n. 11517, due sono i fatti costitutivi dell'*an* e del *quantum* dell'assegno di mantenimento: la mancanza di adeguati redditi propri e l'entità dei redditi dell'obbligato; sicché, è necessario dare rilevanza al complessivo andamento della vita familiare, anche con riguardo all'arredo abitativo, ai viaggi, ai collaboratori familiari, all'acquisto di abiti e gioielli di lusso, case per le vacanze, soggiorni turistici in località prestigiose ed altro, ed in esito a tale valutazione, alla quale è sufficiente «un'attendibile ricostruzione», quantificare l'assegno periodico, con precipua considerazione dell'interesse dei figli a mantenere «una situazione inalterata, pari a quella vissuta nel contesto della vita di unità familiare». In questa scia, per qualche caso paradigmatico, v. Trib. Napoli, 9 giugno 2006, oppure App. Brescia, 4 febbraio 2011, ove la complessiva capacità patrimoniale dell'obbligato, di gran lunga migliore rispetto all'altro genitore, era manifestata dall'elevato tenore di vita sia durante la convivenza sia in epoca successiva (nella specie, si mette in speciale evidenza che lo stesso viveva «da solo in una villa con piscina sulle colline del lago di Garda, con domestica e giardiniere»), od ancora Cass., 18 settembre 2014, n. 19693 (qui le figlie minorenni avevano conosciuto un ottimo tenore di vita: utilizzo di più residenze, ognuna delle quali ampia, confortevole e lussuosa; apporto di più domestici; vasta possibilità di fruire di vacanze; accesso a corsi privati di studio, di svago, sportivi, ecc.). Parafrasando l'affermazione di L. BARCHIESI, o. cit., p. 1307, attagliata alla situazione, per così dire, fisiologica, del nucleo familiare, è dato individuare in una «prassi concorde» o «sistema di vita praticato» la serie degli indici di rilevanza del concreto tenore di vita della famiglia.

Orbene, in vista di una corretta determinazione del concorso di entrambi i genitori negli oneri finanziari corrispondenti alla preservazione, a vantaggio dei figli, di un tenore di vita analogo a quello precedente la rottura dell'unità della famiglia, il canone a cui far riferimento è quello delle «risorse economiche» di ambedue i genitori. Siffatte risorse, però, non si limitano alle rispettive sostanze patrimoniali, ma coinvolgono le loro capacità di lavoro professionale o casalingo, con espressa valorizzazione delle accertate potenzialità reddituali¹⁷.

Innanzitutto, viene in considerazione il reddito disponibile, che, oltre al denaro liquido, comprende anche altre utilità o cespiti patrimoniali in grado di aumentare le capacità economiche, come il godimento dell'abitazione familiare, il possesso di beni immobili, sia per il loro valore implicito sia per i proventi ricavabili dalla locazione o vendita degli stessi, nonché crediti esigibili, risparmi investiti o produttivi, titoli di credito, partecipazioni in società o titolarità di aziende¹⁸.

Ma non basta: è dato valutare anche elementi fattuali che, se non propriamente reddituali, hanno comunque la capacità di influire sul reddito, quale l'attitudine a svolgere un'attività lavorativa remunerata. Di conseguenza, il genitore in possesso di tale qualità, ancorché sprovvisto di mezzi di sostentamento o disoccupato, si deve attivare per mettere a frutto le proprie capacità di lavoro¹⁹.

¹⁷ Trib. Messina, 18 luglio 2006. Evidenzia che quella di «risorse economiche» è una nozione più ampia del solo reddito, Trib. Messina, 13 dicembre 2006. Discorre di «elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici», Cass., 11 luglio 2013, n. 17199. Per ulteriori ragguagli, v. R. ROSSI, o. cit., p. 282.

ss.

¹⁸ Dettagliatamente, Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481. In realtà, «il criterio normativo delle “risorse” intende appunto fare riferimento al dato complessivo costituito da reddito e patrimonio insieme» (G. PAGLIANI, o. cit., p. 212).

¹⁹ Trib. Lodi, 2 ottobre 2006, in *Fam. min.*, 2006, 2, p. 79; Trib. min. Catania, 29 dicembre 2009 (senza mezzi termini, si chiarisce che «un genitore, ancorché sia disoccupato e non percepisca alcun reddito, non può sottrarsi all'obbligo di mantenimento dei figli, dovendosi attivare e fare tutto il possibile per garantire al figlio un idoneo e dignitoso tenore di vita» – nella specie, nonostante l'avvenuto licenziamento, il giudice ha preso atto che esso è derivato da una riduzione di personale, non da inattitudine al lavoro, per cui il genitore è stato ritenuto «capace di svolgere sin da subito attività lavorativa» nel settore di specifica competenza professionale –); Cass., 19 maggio 2009, n. 11538, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 84; v., inoltre, Trib. Modena, 1° ottobre 2008, in *www.giuraemilia.it*; Trib. Mantova, 2 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2010, 7, p. 684, che ha contestato al genitore disoccupato il fatto che la sua condizione dipendeva da mancanza di volontà di attivarsi per trovare un'occupazione, piuttosto che da un'oggettiva impossibilità di reperirla. Significativo, peraltro, il caso sottoposto a Cass., 13 febbraio 2013, n. 3502, che sottolinea l'insufficienza della valutazione della possibilità di inserirsi nel mondo del lavoro da parte della madre domiciliataria, valutazione rapportata alla sua giovane età, il suo stato di buona salute, il possesso di una laurea e di una pregressa esperienza professionale, quando non

Tuttavia, la capacità di guadagno dei genitori dovrà essere indagata alla luce di fattori concreti soggettivi ed oggettivi e non in termini meramente astratti ed ipotetici²⁰. In altre parole, l'attitudine al lavoro assume rilievo solamente allorquando venga ricostruita in chiave di «effettiva possibilità» di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, valutando ogni concreto fattore individuale ed ambientale, di là da considerazioni non suffragate da specifici ed inequivoci riscontri fattuali²¹.

Nella determinazione del contributo per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione della prole, a differenza di quanto avviene con riguardo all'assegno spettante al coniuge separato o divorziato, non ci si può fondare su una rigida comparazione della situazione reddituale e patrimoniale di ciascun genitore. Piuttosto, se il genitore domiciliatario usufruisce di maggiori potenzialità economiche, tale evenienza concorre ad assicurare al figlio un mi-

collegata altresì alle condizioni reddituali e patrimoniali al momento dell'accertamento della sussistenza del diritto all'erogazione dell'assegno di mantenimento. Sul tema, cfr. pure Cass., 14 luglio 2010, n. 16551, che, nell'ipotesi di mutamento di attività lavorativa del genitore onerato, dal momento che tale mutamento non aveva inciso sulla sua originaria capacità reddituale, non assolve il genitore medesimo dall'obbligo a suo carico; e, per altri richiami, G. PAGLIANI, o. cit., p. 212. Degno di menzione il severo monito a mente del quale il genitore in età lavorativa, non affetto da patologie invalidanti o da altri impedimenti oggettivi (ad es., la cura della prole), non può scegliere liberamente di non lavorare e pretendere, per tale ragione, di sottrarsi ai propri inderogabili obblighi di mantenimento nei confronti dei figli (C. PADALINO, *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, Torino, 2011, p. 249).

²⁰ Ad es., verificando se il genitore abbia mai lavorato, se si sia attivato nella ricerca di un lavoro ossia abbia rifiutato delle occasioni lavorative (Cass., 4 aprile 2013, n. 8286). Si richiede, perciò, la dimostrazione di un'obiettivo impossibilità di lavoro ovvero di tentativi idonei a ricercarlo, in pratica rimasti infruttuosi per cause non imputabili all'obbligato (Trib. Foggia, 14 aprile 2015). D'altro canto, Trib. Teramo, 3 marzo 2015, con riguardo ad una richiesta di riduzione dell'assegno di mantenimento per (asserito) mutamento delle condizioni economiche rispetto a quanto concordato alla data della separazione consensuale, sottolinea che il richiedente, benché disoccupato a quella data, concordando la misura dell'assegno, aveva comunque dimostrato di possedere una potenzialità patrimoniale, malgrado l'apparente situazione di indigenza. Anche Trib. Catanzaro, 9 luglio 2015, nei confronti di un soggetto in stato di disoccupazione, ha valorizzato, nondimeno, la «persistente capacità lavorativa dimostrata per effetto dello svolgimento di un rapporto di lavoro» fino a poco tempo prima della pronuncia giudiziale sulla corresponsione dell'assegno di mantenimento, pronuncia sollecitata dall'altro genitore.

²¹ Cass., 15 maggio 2009, n. 11291; Cass., 13 febbraio 2013, n. 3502; Cass., 3 giugno 2014, n. 12346; Trib. Perugia, 3 novembre 2012, che invita a tener conto del fatto che un genitore ha sempre lavorato, poiché tale evenienza prova che egli si era proficuamente introdotto nel mondo del lavoro già da tempo; Trib. Ancona, 13 febbraio 2013, n. 185, che ha posto a carico del padre, disoccupato ed agli arresti domiciliari per il reato di maltrattamenti nei riguardi del coniuge, un contributo al mantenimento, asserito in entità «minima», sul rilievo che non erano ravvisabili elementi oggettivi da apprezzare per dubitare della sussistenza, in capo a tale genitore, quantomeno della capacità lavorativa generica, non esclusa dalla misura cautelare in atto; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481. V., infine, Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034, che non reputa motivo valido di diminuzione dell'assegno di mantenimento la circostanza che il genitore onerato abbia ridotto il proprio orario di lavoro.

gior soddisfacimento delle sue esigenze di vita e non comporta affatto una proporzionale diminuzione del contributo posto a carico dell'altro genitore²².

Nel quadro tracciato, la giurisprudenza è compatta nell'affermare che, di là dagli eventuali accordi economici intervenuti tra i genitori, in qualsivoglia arco temporale²³, i provvedimenti in tema di mantenimento dei figli non sono vincolati né dal principio di disponibilità né da quello della domanda, rispondendo a finalità prettamente pubblicistiche, legate strettamente alla tutela del superiore interesse del minore²⁴. E proprio per garantire al minore medesimo, nel suo precipuo interesse, un tenore di vita il più possibile confacente alle sue esigenze di vita, è sempre consentita la commisurazione del contributo al mantenimento ad una situazione economica genitoriale migliorata dopo la disgregazione della famiglia: così, di fronte ad incrementi reddituali (anche semplicemente presumibili) e ad accresciute possibilità finanziarie, magari in parallelo al crescere delle esigenze attuali del figlio in rapporto all'età, è dato stabilire un proporzionale aumento della contribuzione²⁵.

²² Cass., 24 gennaio 2007, n. 1607; Cass., 2 agosto 2013, n. 18538 (nella specie, era stato contestato che la proporzione redditi/quota per il mantenimento dei figli era più onerosa per il genitore sul reddito del quale la quota risultava in percentuale maggiormente elevata rispetto a quella gravante sul reddito più alto del genitore collocatario).

²³ Gli accordi in questione sono suscettibili di recepimento, sempreché non siano contrari alla realizzazione dell'interesse dei figli, interesse che ha un ruolo preponderante nel vaglio operato dal giudice (v., ad es., Cass., 28 gennaio 2009, n. 2182 e Cass., 27 aprile 2011, n. 9376, che, pur stimando gli accordi di specie non contrastanti con l'interesse del figlio, richiamano, comunque, l'obbligo dei genitori di concertare tra di loro l'onere delle spese straordinarie). D'altronde, è possibile che essi, una volta recepiti, vengano impugnati per errore o dolo di una delle parti (un caso di «dolo revocatorio», che legittima l'impugnazione per revocazione, ex art. 395 c.p.c., della sentenza che si era conformata agli accordi genitoriali, in Cass., 21 aprile 2015, n. 8096).

²⁴ Cass., 24 febbraio 2006, n. 4205; Cass., 28 agosto 2006, n. 18627; Cass., 20 giugno 2012, n. 10174; Cass., 10 maggio 2013, n. 11218; Cass., 31 marzo 2014, n. 7477. In dottrina, si rimarca che eventuali accordi tra i genitori circa il mantenimento della prole possono incidere solamente sulle modalità di contribuzione, non sull'obbligo (cioè, sul *quando* e non sull'*an* della contribuzione), e non sfuggono comunque al potere di sindacato giudiziale, che ha per criterio predominante quello della non contrarietà agli interessi dei figli, ivi compreso il principio di proporzionalità, perché è più tutelante per essi il fatto che entrambi i genitori contribuiscano al loro sostentamento in maniera equilibrata e continua: cfr. G. PAGLIANI, o. cit., pp. 202 e 239 ss.; A. ARCERI, *Affidamento dei figli ed autonomia delle parti*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 105 ss., spec. p. 108 s.; G. BALLARANI, o. cit., p. 113 s. (il giudice è chiamato ad effettuare un'attenta analisi di ciò che si cela nelle pieghe dell'accordo e di comparazione del prodotto di esso con il preminente e indefettibile interesse "oggettivo" dei figli, che, peraltro, parte dell'accordo non sono, ma sui quali esso riverbera gli effetti in primo luogo) – qui, p. 114 –; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 29 s. (il principio di proporzionalità costituisce attuazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 148 c.c.); nonché, ID., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, cit., p. 384; C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, cit., p. 65; A. ARCERI, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, p. 160; L. BARCHIESI, o. cit., p. 1301.

²⁵ Cass., 20 aprile 2006, n. 1202; Cass., 10 gennaio 2011, n. 367, in *Fam. min.*, 2011, 2, p. 26; Cass., 20 gennaio 2012, n. 785; Cass., 17 gennaio 2014, n. 920. Puntualizza Trib. Roma, sentenza n. 581/2015, ne *ILSole24ore*, 25

Ad ogni buon conto, il peso attribuito alle esigenze attuali del figlio deve essere opportunamente temperato con il limite all'entità della contribuzione rappresentato dalle disponibilità economiche dei genitori. Perciò, occorre vagliare con rigore le (documentate e/o accertate) circostanze sopravvenute che determinano variazioni nella situazione economica genitoriale, in modo da legittimare la revisione dell'importo precedentemente fissato²⁶. Così, è ritenuta accoglibile una richiesta in tal senso se viene provato che l'altro genitore ha iniziato a svolgere una propria attività lavorativa percependo un reddito oppure allorché, all'opposto, viene attestato un peggioramento della condizione economica da parte del genitore obbligato, effetto dell'erogazione di spese crescenti, ad es., per cure destinate a contrastare l'avanzare di gravi patologie²⁷.

In particolare, poi, dal momento che frequentemente, in seguito alla scissione della coppia, si instaurano nuovi nuclei familiari, sovente corredati dalla nascita di ulteriori figli, e che anche per questi operano gli obblighi di solidarietà e di assistenza materiale, quando dalle nuove relazioni derivi in concreto un depauperamento del genitore onerato, è ravvisabile la possibilità di riduzione dell'assegno di mantenimento. Nell'ipotesi descritta, il giudice, se verifica che i sopravvenuti oneri familiari (a maggior ragione se derivanti dalla nascita

febbraio 2015, che gli incrementi patrimoniali, benché rilevanti, intervenuti successivamente alla separazione nella disponibilità dell'ex coniuge tenuto a versare l'assegno di mantenimento, non sono elementi che concorrono alla quantificazione dell'assegno personale a favore dell'altro; tuttavia, diverso ragionamento s'impone in relazione all'entità del contributo per i figli, che, dovendo essere ancorato al principio di proporzionalità afferente al reddito percepito da ciascun genitore, va rideterminato in virtù della nuova situazione economica del genitore obbligato (nella specie, si trattava di incrementi patrimoniali acquisiti per effetto di vicende successive). Del resto, secondo un orientamento consolidato, l'aumento delle esigenze dei figli, che giustifica la revisione *in melius* dell'assegno di mantenimento, è «notoriamente legato alla crescita e allo sviluppo» della loro personalità e non necessita di prova, legittimando di per sé quella revisione, nei limiti delle «disponibilità patrimoniali dell'onerato» (cfr. Cass., 3 agosto 2007, n. 17055; Cass., 28 gennaio 2009, n. 2191; Cass., 13 gennaio 2010, n. 400; Cass., 18 settembre 2014, n. 19693).

²⁶ Anche nell'ipotesi di accordo promanante da genitori che convivevano *more uxorio*. Qui, occorre pur sempre la prova dei fatti nuovi che hanno causato il mutamento della situazione esistente al momento dell'accordo (v., ad es., Trib. Perugia, 17 febbraio 2014, ne *ILSole24ore*, 29 settembre 2014).

²⁷ Cfr. Cass., 12 dicembre 2003, n. 19042, dove si precisa che il lavoro dell'ex-partner costituisce un elemento della capacità lavorativa e, quindi, di guadagno, sebbene (nella specie) il lavoro risulti prestato in nero; Cass., 17 gennaio 2014, n. 927, che prende atto di «uno stato di disagio, dovuto ad esigenze di cure mediche e di assistenza», con un «giudizio prognostico correlato alla presumibile ingravescenza dello stato con l'avanzare dell'età». La richiesta di revisione è, altresì, ritenuta ammissibile allorché, a cagione del trasferimento del genitore domiciliatario e del figlio convivente in altra regione o comunque in località sita ad una certa distanza dal luogo di residenza (e di lavoro) dell'altro genitore, costui si veda costretto a sostenere, per frequentare il figlio, costi di trasferta incidenti in misura non lieve sulle sue disponibilità economiche (Trib. Perugia, 31 gennaio 2014). Tuttavia ed in linea più generale, non va sottaciuto che l'eventuale esiguità del reddito disponibile non giustifica affatto un'(eventuale) inadempienza a carattere totale e prolungato (così, ad es., Cass., 17 dicembre 2009, m. 26587, in *Foro it.*, 2010, I, c. 428).

di altri figli) hanno causato una decrescita effettiva delle sostanze dell'obbligato, può, sulla base di una rinnovata valutazione comparativa della situazione economica delle parti (che tenga conto altresì delle potenzialità finanziarie della nuova famiglia formata dallo stesso obbligato²⁸, rimodulare l'entità della contribuzione, sempreché essa non trovi comunque capienza nelle capacità economiche dell'onerato (che nel tempo potrebbero essere migliorate)²⁹.

All'inverso, è inammissibile la richiesta di riduzione dell'assegno periodico facendo perno sulle spese sostenute per il mantenimento dei figli nei periodi di frequentazione e/o di soggiorno presso il genitore non collocatario, ovvero sulla partecipazione discrezionale e/o saltuaria ad altre spese (vestiario, acquisto di libri scolastici, ecc.)³⁰.

In ogni caso, la revisione dell'assegno, il quale, peraltro, si giova dell'adeguamento automatico agli indici ISTAT³¹, richiede un provvedimento giudiziale³², in cui venga accertata

²⁸ V., di recente, Trib. Roma, 11 agosto 2014, in *www.studiocataldi.it*, ove si chiarisce che, al fine della determinazione del contributo al mantenimento della prole, bisogna valutare anche i redditi ed il patrimonio della convivente *more uxorio* del genitore obbligato e si rimarca il potere del giudice di disporre finanche indagini di polizia tributaria sui cespiti intestati a soggetti diversi dai genitori, allo scopo di rispettare il canone di proporzionalità nella monetizzazione dell'onere contributivo da porre in capo ai genitori (nella specie, emergevano chiari indizi di condotte dirette ad intestare fittiziamente beni alla convivente, a fronte delle lamentate ristrettezze economiche).

²⁹ Cass., 23 agosto 2006, n. 18367; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195 (a proposito dell'instaurazione di una famiglia cd. di fatto, fondata su di un'unione stabile, continua a regolare); Cass., 22 maggio 2014, n. 11438, che, quale ulteriore oggetto di valutazione del peso economico della nuova famiglia, segnala l'incidenza, sul reddito a disposizione da parte dell'obbligato, della locazione di un'abitazione per sé e la predetta nuova comunità familiare.

³⁰ Cass., 25 maggio 2007, n. 12308; Cass., 2 aprile 2013, n. 7972, la quale, precisato che il contributo per il mantenimento è ragguagliato alle esigenze del minore rapportate all'anno e, quindi, prescinde dalle modalità di frequentazione e di soggiorno dello stesso presso ciascun genitore, non conferisce alcun rilievo alla circostanza che, per due mesi consecutivi nel periodo estivo, il genitore non domiciliatario aveva provveduto in via esclusiva al mantenimento della figlia; Cass., 8 settembre 2014, n. 18869; App. Perugia, 18 agosto 2010, che bolla come «evidentemente priva di senso» la richiesta del genitore non collocatario di essere assolto dal proprio obbligo contributivo «a motivo delle tre cene settimanali e dei fine settimana in cui ospita i figli», poiché le esigenze dei minori sono molto più ampie, estendendosi a quanto necessita al loro mantenimento, alla loro istruzione ed alla loro educazione. Tuttavia, non si esclude che un tacito assenso del genitore collocatario al momentaneo trasferimento di domicilio del figlio presso l'altro genitore (o presso terzi), di modo che questi provveda interamente al mantenimento ordinario in via diretta, con conseguente sospensione dell'assegno in denaro, integri un accordo (ricostruibile come *datio in solutum*) che può essere ritenuto non affetto da nullità se non contrastante con gli interessi del minore: così, Trib. Catania, 14 dicembre 2010 (nella specie, il trasferimento era dovuto ad una degenza ospedaliera della madre collocataria).

³¹ V., ora, art. 337 *ter* c.c. In giurisprudenza, cfr. Cass., 28 settembre 2001, n. 12136, in *Fam. dir.*, 2002, p. 271. In letteratura, si fa notare che l'automaticità prevista dalla norma comporta che il meccanismo di adeguamento operi a prescindere dalla domanda di parte e da un'espressa statuizione giudiziale, evitando così l'instaurazione di un apposito giudizio di revisione (G. PAGLIANI, o. cit., pp. 208 s. e 212 s.; G. BALLARANI, o. cit., p. 137 ss., spec. p. 138).

l'effettiva sopravvenienza economicamente valutabile. Qualora, poi, la pronuncia con la quale sia accolta la domanda di diminuzione dell'assegno passi in giudicato, restano irripetibili le somme precedentemente versate in eccedenza³³.

L'obbligazione di mantenimento, così calibrata, sia in sede di determinazione dell'assegno sia in tempi successivi, può, altresì, essere adempiuta, in sostituzione od in concorso con essa, con l'attribuzione in proprietà di beni mobili o immobili. Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto il trasferimento, sebbene senza corrispettivo, di beni immobili ai figli come rivolto a garantire l'interesse preordinato al conseguimento di un risultato solutorio dell'obbligo di mantenimento³⁴.

³² A questo proposito, Cass., 18 settembre 2013, n. 21336, chiarisce che, se è stato adottato dal giudice un provvedimento sull'affidamento dei figli, altresì in ordine ai conseguenti oneri economici a carico del genitore non collocatario, è tale provvedimento che disciplina in concreto l'obbligazione di mantenimento dei genitori, la quale non può essere modificata se non domandando la modifica del provvedimento medesimo.

³³ Cass., 16 luglio 2005, n. 15098, in *Giur. it.*, 2006, c. 1846; Cass., 5 ottobre 2009, n. 11029; Cass., 16 ottobre 2013, n. 23441. In linea generale, si precisa che un'eventuale rimborso della quota delle spese di mantenimento può essere disposto soltanto previa richiesta di modifica del provvedimento del giudice e con decorrenza dalla proposizione della domanda introduttiva (Cass., 18 settembre 2013, n. 21336). Diverso è, ovviamente, l'approccio allorquando un genitore abbia versato, in forza del provvedimento presidenziale poi revocato dal g.i. (a causa del comportamento doloso dell'altro genitore), delle somme per il mantenimento di un figlio non della coppia: in quest'evenienza è ammessa la (piena) ripetibilità (Cass., 4 dicembre 2012, n. 21675, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193).

³⁴ Cass., 2 marzo 2005, n. 11458; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, la quale, ribadito che mediante un accordo dei genitori è possibile adempiere l'obbligo di mantenimento, anziché attraverso una prestazione patrimoniale periodica, attribuendo od impegnandosi ad attribuire ai figli la proprietà di beni, conclude che tale accordo non realizza una donazione ma assolve ad una funzione solutoria-compensativa di quell'obbligazione; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, secondo cui è valido il patto, recepito nella sentenza di divorzio, con cui il padre s'impegna a trasferire al figlio la proprietà della casa familiare, anche a scopo di sostentamento (purché, si aggiunge, non sussista violazione di diritti indisponibili o contrasto con gli interessi del minore – ad es., una clausola che impedisca l'esercizio della responsabilità genitoriale –. Tale patto, si sottolinea, è opponibile ai terzi). È reputata, inoltre, possibile la liquidazione in unica soluzione, magari con la costituzione di un *trust* o di un patrimonio di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. (su siffatti aspetti, cfr. Cass., 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Vita not.*, 2007, 190; Trib. Cagliari, 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1247; Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, in *Tem.*, 2006, 247; Trib. Milano, 7 giugno 2006, *ibidem*; Trib. Reggio nell'Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. min.*, 2007, 5, 72). In tema, opportunamente, Trib. Milano, 21 maggio 2014, richiama l'attenzione sul fatto che, pur dovendosi riconoscere come *jus receptum* nel nostro ordinamento la possibilità per i genitori di pattuire trasferimenti di diritti reali, altresì immobiliari, «lo strumento della dichiarazione a verbale differisce profondamente dall'atto pubblico redatto da notaio ai sensi della legge notarile»; conseguentemente, le parti «possono sì integrare le clausole consuete di separazione e divorzio (figli, assegni, casa coniugale) con clausole che si prefiggono di trasferire tra i coniugi o in favore dei figli diritti reali immobiliari o di costituire *iura in re aliena* su immobili: tuttavia, devono ricorrere alla tecnica obbligatoria e non a quella reale... [la quale], peraltro, consente pacificamente l'applicazione dell'art. 2932 c.c. e, quindi, di porre rimedio ad eventuali inadempimenti successivi alla pattuizione». In dottrina, si ammette la possibilità di trasferimento e di costituzione di diritti in capo alla prole a titolo di contributo gravante sul genitore, anche mediante prestazione in unica soluzione invece di una prestazione pecuniaria periodica, purché eventuali sopravvenienze riguardanti i figli non rendano l'effettuata prestazione non (più) rispondente ai canoni normativi: cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2014, p. 278; G. PAGLIANI, o. cit., p. 209 (che, peraltro, pone

3. L'accertamento delle condizioni patrimoniali dei genitori

In vista della quantificazione del contributo di mantenimento della prole, il giudice si avvale di ampi poteri officiosi in ordine all'accertamento delle condizioni patrimoniali dei genitori e può ricorrere a presunzioni, considerazioni, ecc., a cui non è sicuramente estraneo il principio di equità³⁵. In effetto, la giurisprudenza accoglie rigorosamente il dettato normativo sull'obbligo (non una pura facoltà) di disporre, ogni qualvolta le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino verosimili e/o sufficientemente documentate, un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni dichiarati, allargando l'indagine ai beni intestati fittiziamente a soggetti terzi³⁶. D'altro canto, l'esercizio del potere di disporre indagini per il tramite della polizia tributaria³⁷, ai fini del riconoscimento e

l'accento sulla necessità, nel trasferimento immobiliare sostitutivo dell'assegno periodico, della garanzia della destinazione dei frutti a favore della prole e della stabilità del rendimento del cespite); G. FANTICINI, *Modalità negoziali per l'assolvimento degli obblighi di mantenimento nei confronti della prole: trasferimento immobiliare e trust*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 382 ss. (che discorre di contratti traslativi condizionati alla clausola *rebus sic stantibus*, quindi con possibilità di revisione). Si chiarisce, inoltre, che non si tratta di atti di natura liberale, ma bensì di atti la cui giustificazione causale va rinvenuta nella sussistenza dell'obbligo stabilito dall'art. 30 cost.: sono quindi atti, a favore di terzi, aventi causa solutoria (G. FANTICINI, o. cit., pp. 399 e 406 ss. Per converso, precisa A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 681 s., che le donazioni e gli atti di liberalità non donativi non hanno di per sé stessi una funzione solutoria del mantenimento). Infine, si ritiene che corrisponda ad un'ottimale, incondizionata ed integrale tutela della prole il trasferimento con atto formale da un genitore all'altro di beni immobili con il vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, in vista del soddisfacimento delle esigenze economiche della prole medesima: G. PAGLIANI, o. cit., p. 209; G. FANTICINI, o. cit., p. 431 ss. (che analizza, altresì, l'istituzione di un *trust* ai fini del mantenimento dei figli – p. 436 ss. –. Per applicazioni giurisprudenziali, v., rispettivamente, Trib. Reggio nell'Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 10, 779 e Trib. Bologna, 1° dicembre 2009, nonché Trib. Torino, 31 marzo 2009); G. BALLARANI, o. cit., p. 128. Specificamente sul vincolo di destinazione in presenza di famiglie non fondate sul matrimonio, cfr. G. OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in AA.VV., *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, Milano, 2015, p. 45 ss.

³⁵ *Expressis verbis*, Cass., 6 novembre 2009, n. 23630; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3905, in *Fam. min.*, 2011, 5, p. 26.

³⁶ Su tale aspetto, v. Trib. Catania, 18 maggio 2006; G. PAGLIANI, o. cit., pp. 213 e 215 s. (il quale chiarisce che la previsione normativa, apparentemente, sul piano lessicale, riferita solamente a beni intestati a soggetti terzi, va logicamente estesa anche ai redditi di terzi). In conformità al dettato normativo, è possibile operare accertamenti nel caso di *trust* e di atti di disposizione *ex art. 2645 ter c.c.* (G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi familiare*, ne *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, dir. da G. Autorino Stanzione, V, Torino, 2007, p. 181).

³⁷ Da segnalare, in tema, una recente innovazione legislativa, in base alla quale, attraverso l'ufficiale giudiziario e con le modalità previste per la ricerca telematica dei beni da pignorare, l'autorità giudiziaria può accedere a ciascuna delle banche dati comprese nell'anagrafe tributaria, ivi incluso l'archivio dei rapporti finanziari, nonché a quelle degli enti previdenziali, allo scopo di ricostruire la situazione patrimoniale dei soggetti interessati, nello specifico, da procedimenti in materia di famiglia: art. 19 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, come modificato dall'art. 14 l. 6 agosto 2015, n. 132, di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, norma che introduce, dopo l'art. 155 disp. att. c.c., l'art. 155 *sexies*, recante ulteriori casi di appli-

della determinazione del contributo dovuto per il mantenimento dei figli, può essere suffragato dalla prova raggiunta *aliunde* delle disponibilità patrimoniali e delle potenzialità reddituali dell'obbligato o addirittura del tutto surrogato in presenza di quest'ultima³⁸. Al di fuori, però, di simile evenienza, il giudice deve disporre accertamenti d'ufficio³⁹ e non è affatto vincolato al riscontro della «carezza di concreti elementi di prova» di una maggiore capacità reddituale del soggetto onerato⁴⁰.

Nemmeno alle dichiarazioni dei redditi è consentito riconoscere valenza decisiva: esse, invero, essendo contrassegnate da una funzione «tipicamente fiscale», hanno un significato meramente «indiziario» per il giudice, trattandosi di documenti contrastabili da una ricostruzione fattuale dello stile di vita dell'obbligato in chiave di incompatibilità con le entrate dichiarate.

Per converso, va vagliato il complessivo andamento della vita familiare, il tipo di attività dell'onerato, le potenzialità ad esso connesse, la qualificazione professionale, la collocazione sociale e familiare, i beni di cui è titolare o le partecipazioni societarie⁴¹. Determinato

cazione delle disposizioni per la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare. Allo scopo di determinare il reddito realmente percepito e tutelare al meglio il diritto dei figli ad ottenere il mantenimento, la polizia tributaria può esperire indagini anche sul cittadino di altro paese dell'UE e sulla sua nuova moglie, benché il provvedimento giurisdizionale, contemplante il regime di mantenimento in seguito allo scioglimento della coppia, sia stato emesso dal giudice di quella nazione (Trib. Roma, 17 febbraio 2015, ne *IlSole24ore*, 30 luglio 2015 – nella specie, avvalendosi della competenza fissata in capo allo Stato di residenza abituale del minore, il tribunale ha accertato che il soggetto obbligato, stabilitosi nella città di Roma, svolgeva un'attività artigianale, nel settore edile con la «presumibile intestazione» dell'attività alla sua nuova consorte –).

³⁸ Il mancato esercizio di simile potere non è, pertanto, censurabile, se stimato superfluo di fronte ad altri dati acquisiti dal giudice: cfr. Cass., 28 aprile 2006, n. 9861; Cass., 18 giugno 2008, n. 16575; Cass., 4 ottobre 2012, n. 16923; Cass., 6 giugno 2013, n. 14336; Cass., 16 aprile 2014, n. 8875.

³⁹ Cfr., per tutte, Cass., 13 gennaio 2006, n. 569. In letteratura, si rinvia a T. AULETTA, o. cit., p. 279; G. PAGLIANI, o. cit., p. 213 ss. (che sottolinea l'ampio potere di accertamenti sui redditi e sull'effettivo tenore di vita dell'obbligato, potere spettante non soltanto al collegio, ma anche al giudice istruttore ed al presidente, nelle fasi di competenza); R. ROSSI, o. cit., p. 282 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 139 ss. (che discorre di accertamento in deroga alle regole generali dell'onere della prova, giacché i provvedimenti nell'interesse della prole sono svincolati dal principio dispositivo).

⁴⁰ Così, invece, Trib. Catania, 31 maggio 2006. In dottrina, comunque, si rileva l'opportunità che l'uso di siffatto potere discrezionale (su cui cfr. Cass., 3 marzo 2008, n. 15085) venga proiettato all'accertamento delle risorse economiche di entrambi i genitori: L. NAPOLITANO, *L'accertamento del giudice relativamente agli aspetti economici: prassi applicative*, in S. PATTI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 131.

⁴¹ Rilevano, ancora, la titolarità di conti correnti, depositi bancari, titoli, obbligazioni, nonché, quale comportamento processuale da cui desumere elementi di prova, l'eventuale mancata produzione degli estratti di conto corrente richiesti d'ufficio: cfr. Cass., 28 aprile 2006, n. 9876; Cass., 22 agosto 2006, n. 18241; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3905, in *Fam. min.*, 2011, 5, p. 26; Trib. Roma, 25 novembre 2013; Trib. Caltanissetta, 25 luglio 2014, ne *IlSole24ore*, 6 ottobre 2014. Di recente, Cass., 16 settembre 2015, n. 18196, ha ribadito che l'assegno di mantenimento va quantificato in base al reale tenore di vita dell'obbligato, senza tener conto dei redditi dichiarati (nella specie, incompatibili con l'effettivo «alto tenore di vita»).

sulla scorta delle rilevazioni enunciate, l'assegno di mantenimento, per poter contribuire ad una gestione ordinata della crescita del figlio, deve corrispondere, come s'è detto, alle sue esigenze, correlate all'ordinario e quotidiano regime esistenziale⁴², regime, d'altronde, da valutare con puntuale rigore allorché si tratti di prole priva in tutto od in parte di autonomia⁴³. Nella materia specifica, riveste indubbia centralità la disamina effettuata dal giudice, il quale, di fronte a casi di figli maggiorenni incapaci o affetti da grave *handicap* (come pure se minori, portatori o no di *handicap*, nonché maggiorenni non economicamente autosufficienti), è investito a tutto campo del potere di vagliare financo l'accordo raggiunto dai genitori a seguito di negoziazione assistita per la soluzione consensuale della loro separazione personale, indicando o sollecitando opportune integrazioni o modificazioni delle condizioni dell'accordo con riguardo ai figli, quando, a norma dell'art. 6, comma 2, d.l. 12 settembre

⁴² Esulano, perciò, da siffatto ambito le spese cd. straordinarie, caratterizzate da imprevedibilità ed imponderabilità: v., ad es., Cass., 8 giugno 2012, n. 9372; G. PAGLIANI, o. cit., p. 207 s.; R. ROSSI, o. cit., p. 290 ss.; M. SANTINI, *Doveri costituzionali dei genitori di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli*, in www.iusetnorma.it, p. 2 ss.; ID., *Spese ordinarie e spese straordinarie nell'interesse dei figli* in www.diritto.it. Proprio in funzione delle esigenze della prole, si può richiamare, a titolo esemplificativo, il caso del genitore domiciliatario che svolga un'attività lavorativa che non gli consente una continuità di presenza nell'accudimento quotidiano del bambino: qui, all'assegno ordinario vanno aggiunte le spese per il servizio di *baby sitter*, come anche per una parziale collaborazione domestica (App. Napoli, 13 luglio 2007; App. Catania, 16 ottobre 2013; Cass., 1° agosto 2007, n. 16983, in www.famigliaeggiustizia.it). Ad ogni modo, non è assolutamente inibito includere forfettariamente, nell'assegno di mantenimento, le spese straordinarie, qualora, concretamente, si riscontri una scarsa presenza del genitore nella vita quotidiana del figlio, giacché l'indifferenza di questo genitore renderebbe eccessivamente difficoltoso il recupero di quanto versato per cotali spese (ovviamente, *pro quota*: v., di recente, Trib. Milano, 16 luglio 2014, ne *ILSole24ore*, 29 dicembre 2014, che discorre, per rimediare alle notevoli difficoltà fattuali di rimborso, di «assegno eccezionalmente onnicomprensivo»).

⁴³ Al riguardo, l'art. 337 *septies* c.c. sancisce l'applicazione integrale delle norme a favore dei minori per il figlio maggiorenne portatore di *handicap* grave. È evidente, però, che, con il raggiungimento della maggiore età, viene meno la presunzione legale di incapacità e, se il soggetto è privo della capacità di intendere e di volere, si potrà far ricorso, nei suoi confronti, ad altri istituti giuridici (ad es., amministrazione di sostegno), ma non si potrà discorrere di affidamento, tanto meno condiviso (Trib. Reggio nell'Emilia, 6 novembre 2007; Trib. Mantova, 11 novembre 2010; Trib. Varese, 21 aprile 2011). In realtà, «applicare ai figli maggiorenni portatori di *handicap* grave la disciplina dell'affidamento dettata per i figli minori significherebbe limitare la capacità di agire di detti soggetti, al di fuori dei casi legislativamente previsti (interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno)» (App. Catania, 29 gennaio 2015). Restano, comunque, impregiudicati gli obblighi di cura e di mantenimento (cfr. Cass., 24 luglio 2012, n. 12977, la quale, escludendo che il figlio portatore di *handicap* grave, ancorché maggiorenne, sia da considerarsi automaticamente privo della capacità di agire, conferma che possono trovare applicazione per questo soggetto le norme sulla presenza, le visite, la cura ed il mantenimento da parte del genitore non convivente, oltre a quelle sull'assegnazione della casa familiare). In dottrina, sulla problematica, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 219 ss.; A. ARCERI, *La tutela dei figli portatori di handicap*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 465 ss. (nel dettagliare le disposizioni applicabili, gli aa. citt. ritengono estensibile a tale categoria di figli l'apparato rimediabile di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., sia nella parte che prevede la risoluzione dei conflitti insorti tra i genitori, sia nella parte sanzionatoria – rispettivamente, p. 221 e pp. 475 e 476 ss. –).

2014, n. 132, conv. nella l. 10 novembre 2014, n. 162, sia stato trasmesso dal p.m. l'accordo medesimo, perché ritenuto non conforme all'interesse dei figli⁴⁴.

4. Le garanzie e le sanzioni in materia di obbligo di mantenimento

In caso di (rischio di) inadempimento dell'obbligo di mantenimento, il magistrato può attivare specifiche garanzie a vantaggio del destinatario, garanzie che possono essere concesse anche cumulativamente, come l'autorizzazione al sequestro dei (oppure ad iscrivere ipoteca sui) beni dell'obbligato. Più in particolare, qualora (eventuali) terzi risultino tenuti a versare (anche periodicamente) somme di denaro all'onere dell'assegno (ad es., datore di lavoro, ente erogatore di pensione, conduttore di un immobile di proprietà dell'onereato medesimo)⁴⁵, può ordinare ad essi di versarne una parte direttamente all'avente diritto all'assegno di mantenimento⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. Trib. Termini Imerese, 24 marzo 2015, secondo cui il parere del P.M. sull'accordo è obbligatorio ma non vincolante, sicché il presidente del tribunale, rivalutate le condizioni, le ragioni a sostegno dell'accordo e la documentazione allegata, può esprimersi in difformità a quel parere, autorizzando l'accordo in questione (nella specie, non era stato adeguatamente considerato che l'accordo prevedeva, oltre l'assegno di mantenimento – giudicato inadeguato dal P.M. – altri obblighi economici a beneficio dei figli).

⁴⁵ Per qualche fattispecie concreta, v. Trib. min. L'Aquila, 4 aprile 2008, in www.famigliaegustizia.it; Trib. min. Catania, 23 maggio 2008; Trib. min. Bari, 1° luglio 2009; Trib. Catania, 16 aprile 2012; Trib. Modena, 4 maggio 2012. Sull'applicabilità del sequestro, cfr. Cass., 15 settembre 2006, n. 19946. Sui rimedi contro l'inadempimento degli obblighi genitoriali di mantenimento, v., in dottrina, T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, cit., pp. 147 e 149 s.; R. ROSSI, o. cit., p. 303 ss.; E. AL MUREDEN, *Gli strumenti di tutela degli obblighi di mantenimento*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 319 ss.; nonché F. CESARI, *Le disposizioni penali e l'affidamento. La violazione degli obblighi economici previsti dalla legge sull'affido condiviso*, *ivi*, p. 1017 ss.

⁴⁶ Cfr. Cass., 22 aprile 2013, n. 9671, la quale rimarca, inoltre, che il provvedimento sulla corresponsione diretta di assegno, a carico del terzo debitore, non risolvendo una controversia attinente all'esistenza del diritto all'assegno, poiché il diritto ne costituisce un presupposto, ma afferente piuttosto alle modalità di attuazione del diritto medesimo, non ha carattere di decisorietà e non è nemmeno definitivo, potendo essere modificato, seppur a seguito di mutamento di circostanze, in tempi successivi; conseguentemente, avverso di esso non è ammissibile il ricorso per cassazione (così, anche, E. AL MUREDEN, *Gli strumenti di tutela degli obblighi di mantenimento*, cit., p. 336 ss., spec. p. 338; v. pure T. MONTECCHIARI, o. cit., p. 147, la quale sottolinea che il provvedimento in parola assume la veste di titolo esecutivo, valido, quindi, per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale). V., altresì, Cass., 6 novembre 2006, n. 23668, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3332; Cass., 19 maggio 2011, n. 11062, ove si precisa che l'adozione della misura del pagamento diretto postula, da parte del giudice, un apprezzamento sull'idoneità del comportamento dell'obbligato a suscitare dubbi circa l'esattezza e la regolarità del futuro adempimento. In tema, va evidenziato inoltre che, secondo un indirizzo condivisibile, il genitore collocatario ha diritto di percepire gli assegni familiari corrisposti per il figlio all'altro genitore in virtù di un rapporto di lavoro subordinato di cui quest'ultimo sia parte, indipendentemente dall'ammontare del contributo per il mantenimento del figlio fissato in sede di separazione consensuale omologata in capo al genitore non convivente, salvo che sia stabilito diversamente, in modo espresso, negli accordi di separazione (Cass., 23 maggio 2013, n. 12770). Per un'applicazione nel merito dell'enunciato principio, cfr. Trib. Catania, 4 maggio 2015, ove l'affermazione che «nella specie, ... trattandosi di assegno per il nucleo familiare, non può ritenersi che esso debba essere scorporato dall'assegno di mantenimento stabilito in sede di separazione consensuale»:

Da diverso versante, è possibile sanzionare il genitore inadempiente *ex art. 709 ter c.p.c.*, altresì d'ufficio⁴⁷. Se, però, normalmente, l'inadempimento degli obblighi discendenti dall'assunzione di responsabilità genitoriale da procreazione dà adito all'irrogazione di sanzioni civili contemplate da quella norma, non è infrequente che la condotta di tal fatta integri il resto previsto dall'art. 570 c.p., sfociando in una condanna penale, a meno che non venga acclarata l'impossibilità assoluta ad adempiere. Ciò significa che non è sufficiente addurre, a discolpa, difficoltà economiche od una semplice diminuzione degli introiti, ma, al contrario, bisogna provare che i disagi sofferti si siano tradotti in uno stato di vera e propria indigenza. Sicché, non è punibile il genitore che non partecipa alle spese per il figlio in quanto disoccupato e/o percipiente un'indennità di disoccupazione tale da non garantirgli il minimo sostentamento ovvero perché svolge attività lavorative occasionali e sporadiche o scarsamente remunerate⁴⁸.

quindi, esso «spetta al coniuge affidatario dei figli, in aggiunta all'assegno di mantenimento stabilito in favore dei figli, in assenza di diversa pattuizione».

⁴⁷ In argomento, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 248 ss., spec. p. 253 s.; R. ROSSI, o. cit., p. 305 ss.; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l'inadempimento e le sanzioni: l'art. 709 ter c.p.c.*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 875 ss., spec. p. 889 ss. (a p. 919 si legge che il procedimento in questione si qualifica per la forma libera dell'accertamento e per i «marcati caratteri di officiosità, che connota la materia relativa all'affidamento dei figli ed ai provvedimenti ad esso accessori»); Trib. Modena, 21 luglio 2006; Trib. Modena, 29 gennaio 2007; Trib. Roma, 10 giugno 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 298; Trib. Firenze, 7 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1941; Trib. min. Milano, 14 marzo 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1294, che allarga le sanzioni, richiamando la responsabilità aggravata dall'eventuale abuso dello strumento processuale (nella veste di condotta processuale palesemente pretestuosa e meramente dilatoria) *ex art. 96 c.p.c.* (v. pure, da ultimo, Trib. Roma, 23 gennaio 2015, ne *IlSole24ore*, 25 giugno 2015, in un caso molto delicato, contemplante un padre condannato d'ufficio al risarcimento, nei confronti della figlia minore, dei danni derivatile dalle reiterate mancate attenzioni genitoriali, ed in aggiunta sanzionato *ex art. 96 c.p.c.* a cagione del suo contegno processuale, in quanto egli, tentando di occultare i propri redditi, aveva violato il «dovere di lealtà processuale immanente in ogni giudizio ma particolarmente vincolante nei giudizi in materia di famiglia»). La sanzione scaturente dall'art. 709 *ter c.p.c.* non è, tuttavia, applicabile allorquando il genitore obbligato si sia astenuto solamente dall'erogare le somme rapportate alla rivalutazione annuale, in base agli indici ISTAT, dell'assegno originario (Trib. min. Ancona, 3 ottobre 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 265).

⁴⁸ In questi casi viene meno l'elemento soggettivo del reato: Cass., 29 gennaio 2013, n. 7372. Ma v. Cass. pen., 18 settembre 2014, n. 38363, recante la limpida affermazione che «il soggetto gravato da un obbligo di mantenimento verso minori ha il dovere di attivarsi con ogni possibilità e lecito mezzo per assolverlo, tanto che la mancanza di risorse economiche, pur accertata, può assumere rilievo scriminante solo quando persistente, oggettiva ed incolpevole»; Cass. pen., 14 maggio 2015, n. 20133, la quale riconferma che anche un versamento saltuario e sporadico dell'assegno di mantenimento fa scattare il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, ribadendo comunque la necessità che sia accertata una condotta di volontaria inottemperanza con cui il soggetto agente intende sottrarsi all'adempimento della sua obbligazione (conf. Trib. Padova, 13 marzo 2015; d'altra parte, se l'inadempimento è parziale, bisogna verificare che alla prole non manchino i mezzi per vivere, ivi comprese le complementari esigenze della vita quotidiana, come abbigliamento, libri di istruzione, mezzi di trasporto o di comunicazione, sebbene in forma di un «contenuto soddisfacimento» – Trib. Trento, 26 marzo 2015; App. Napoli, 23 febbraio 2015; App. Roma, 24 febbraio 2015 –); ancora, Cass. pen., 28 set-

Sfugge, ancora, alla sanzione penale il genitore che si è comunque attivato per contribuire al mantenimento della prole (ad es., pagando i canoni di locazione ossia gli importi delle bollette per le utenze domestiche, del trasporto o dell'istruzione) od anche allorquando si sia preso cura in prima persona dei figli⁴⁹.

A chiusura del sistema di garanzie a supporto dell'adempimento dell'obbligo di mantenimento, il legislatore ha sancito, in via subordinata e sussidiaria rispetto a quella primaria in capo ai genitori, l'obbligazione degli ascendenti di fornire a costoro i mezzi necessari perché possano soddisfare i loro obblighi di mantenimento nei confronti dei figli⁵⁰.

tembre 2015, n. 39165, in www.studiocataldi.it, ove si rammenta che il reato di cui all'art. 570, comma 2, c.p. «si realizza, nell'ipotesi di omessa contribuzione in favore del minore, pur in assenza di una specifica dimostrazione dello stato di bisogno, poiché tale condizione deriva dall'impossibilità del creditore di procurarsi autonomamente i mezzi di sussistenza» (nella specie, sono stati giudicati inidonei ad escludere l'elemento costitutivo del reato sporadici e parziali versamenti effettuati in un ampio arco temporale); Cass. pen., 2 ottobre 2015, n. 39851, *ivi*, che riconferma l'inutilità della prova dello stato di bisogno dell'avente diritto, e la necessità che la prova liberatoria, agli effetti penali, verta sulla situazione di «assoluta ed incolpevole indigenza», cioè di «persistente, oggettiva ed incolpevole indisponibilità di introiti». È, dunque, principio acquisito che l'obbligato all'assegno di mantenimento non può sottrarsi all'obbligo invocando a sua discolta lo stato di disoccupazione, ma dovrà almeno dimostrare, per andare esente da responsabilità penale, di essere alla ricerca di un'adeguata occupazione (App. Napoli, 19 gennaio 2015, ne *IlSole24ore*, 11 giugno 2015): mentre, se sopraggiungono difficoltà economiche o una flessione degli introiti lavorativi, è pur sempre dovuto ai figli un *minimum* vitale per restare indenni dalla sanzione penale (significativo il caso sottoposto a Trib. Firenze, sentenza n. 3820/2014, *ivi*, 19 gennaio 2015: qui, un artigiano che, benché in situazione di crisi economica ed affetto da problemi di salute che ne avevano ridotto la capacità lavorativa, si era, tuttavia, adoperato per onorare il più possibile i propri obblighi genitoriali).

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., 22 maggio 2015, n. 21482, in cui si prende atto della circostanza che le figlie, in seguito ad un accordo dei genitori modificativo delle condizioni di separazione, erano rimaste a vivere con il padre, quindi non erano mai venute a trovarsi in stato di bisogno per mancanza dei mezzi di sussistenza, provvedendosi il padre convivente. Sulla nozione di «mezzi di sussistenza» e sui rapporti con altre norme incriminatrici dell'inadempimento degli obblighi genitoriali, cfr. F. CESARI, o. cit., spec. p. 1024 ss., nonché G. PAGLIANI, o. cit., p. 266 s.

⁵⁰ Cfr., sull'obbligo sussidiario degli ascendenti di ambedue i rami genitoriali, con legittimazione ad agire dei soli genitori, esclusivamente nell'ipotesi di inadeguatezza delle risorse economiche di entrambi i genitori, R. ROSSI, o. cit., p. 265 ss.; S. MEZZANOTTE, *Il mantenimento dei figli da parte degli ascendenti*, in *Giur. merito*, 2011, 3, p. 676 ss. (con la precisazione dell'inesistenza di responsabilità patrimoniale di carattere generale per i debiti dei propri discendenti); Cass., 30 settembre 2010, n. 20509, in *Fam. dir.*, 2011, 467; Trib. Vicenza, 4 settembre 2009, *ivi*, 2010, 589; Trib. Trani, 13 aprile 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 173; ed ancora, Trib. Rieti, 20 novembre 2012, in www.judicium.it, con nota di G. LUDOVICI, *La procreazione come unica ed esclusiva fonte dell'obbligo di mantenimento dei figli da parte dei genitori determina l'eccezionalità e la sussidiarietà dell'intervento degli ascendenti di grado superiore*, e Trib. Catanzaro, 9 luglio 2015, decisioni nelle quali opportunamente si precisa che agli ascendenti non ci si può rivolgere per un aiuto economico soltanto perché uno dei due genitori non dà il proprio contributo al mantenimento dei figli, qualora l'altro genitore sia in grado di mantenerli. Quasi di scuola il caso contemplato in Cass., 3 agosto 2015, n. 16296, ne *IlSole24ore*, 4 agosto 2015, la quale, nei riguardi di un padre che, trincerandosi dietro il suo *status* di studente universitario anche se «stagionato» (35 anni), assumeva di non poter assolvere all'obbligo di mantenimento della figlia nata da una relazione conclusa, afferma che, fermo restando l'obbligo primario a carico del genitore, allorché questi possa fruire di «sensibili aiuti» provenienti da familiari «dotati di buona posizione economica», gli ascendenti medesimi sono tenuti a fornire provvista per il mantenimento dei nipoti.

Infine, è opportuno segnalare che, in materia di assegno di mantenimento, da tempo la giurisprudenza ha chiarito che il credito relativo ai ratei mensili dell'assegno (come anche alla rivalutazione monetaria dello stesso) si prescrive in cinque anni⁵¹.

5. *La ripartizione delle spese cd. straordinarie*

All'interno della somma da corrispondere per il mantenimento dei figli non debbono essere ricomprese in modo forfettario le spese cd. straordinarie, alle quali sono chiamati a partecipare entrambi i genitori, in proporzione alle risorse economiche di ognuno di essi, secondo la misura e le modalità stabilite dal giudice, magari recependo un accordo tra gli stessi, sempreché reputato conforme ai criteri normativi e rispettoso del prioritario interesse della prole.

Innanzitutto, viene largamente specificato (almeno in via teorica) che per spese straordinarie vanno intese quelle che, per la loro rilevanza, imprevedibilità ed imponderabilità, esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, dovendo fronteggiare esigenze non rientranti nelle normali consuetudini di vita degli stessi fino a quel momento, o comunque configurano spese non quantificabili e determinabili in anticipo, ovvero di non lieve entità con riguardo alla situazione economica dei genitori⁵².

In relazione a siffatti esborsi, l'inclusione in maniera forfettaria nell'ammontare dell'assegno di mantenimento gravante su uno dei genitori può rivelarsi in rotta di collisione con il principio di proporzionalità normativamente dettato e con quello dell'adeguatezza

⁵¹ Cass., 1° giugno 2010, n. 13414. In proposito, va comunque segnalata un'interpretazione a mente della quale la regola della sospensione del decorso della prescrizione tra i coniugi (art. 2941, comma 1, n. 1, c.c.) deve ritenersi operativa sia nel caso che essi abbiano comunanza di vita sia che si trovino in stato di separazione personale, implicante soltanto un'attenuazione del vincolo. Sicché, dal momento che questo stato rivela un'incrinatura dell'unità familiare, ma non la definitiva frattura, non è irrazionale che, per salvaguardare, nei limiti del possibile, l'eventualità della ricomposizione della famiglia, il legislatore comprenda nella disciplina della sospensione della prescrizione l'ipotesi che i coniugi siano separati, esonerandoli così dal compiere atti – come quelli necessari ad interrompere la prescrizione dei rispettivi diritti – che potrebbero, invece, inasprire le ragioni del conflitto (in questo senso, v. Trib. Catania, 4 maggio 2015, che cita, come precedente non conforme, Cass., 4 aprile 2014, n. 7533).

⁵² Cfr., *ex plurimis*, Cass., 13 marzo 2009, n. 6201; Cass., 4 novembre 2009, n. 23411, in *Foro it.*, 2010, I, c. 900; Cass., 8 giugno 2012, n. 9372; Cass., 18 settembre 2013, n. 21273; Cass., 20 agosto 2014, n. 18077; Cass., 9 giugno 2015, n. 11894; Trib. Taranto, 22 febbraio 2010; Trib. Catania, 11 ottobre 2010, che discorre di spese non ricorrenti né prevedibili *ex ante*, sempreché di apprezzabile importo (come un apparecchio ortodontico), con esclusione di quelle di natura voluttuaria (nella specie, valutabili le spese per corsi di danza e per esigenze scolastiche e di salute); Trib. Palermo, 9 ottobre 2012; Trib. Roma, 5 maggio 2014. Sul punto, v., inoltre, i ragguagli dottrinali e giurisprudenziali contenuti in nota 42.

del mantenimento, nonché arrecare grave nocumento ai figli, privandoli di apporti indispensabili alla loro crescita e formazione, poiché il mantenimento medesimo è rivolto non soltanto alle loro (minime) esigenze alimentari ed abitative, ma anche (e soprattutto) a quelle di istruzione, di carattere sanitario, sociale e sportivo⁵³. Inoltre, la soluzione di stabilire in modo forfettario ed aprioristico ciò che è imponderabile ed imprevedibile appare certamente in contrasto con il principio logico secondo cui unicamente quel che è determinabile può essere quantificato in via preventiva, ma, in sovrappiù e scorrettamente, introduce, nell'individuazione dell'importo del contributo di mantenimento, una sorta di alea incompatibile con la peculiare funzione di esso⁵⁴.

Nell'ambito di simili spese cd. straordinarie, di regola sottoposte alla previa concertazione tra i genitori (principio, del resto, non inderogabile)⁵⁵, non tutte le spese riferite a motivi di istruzione, salute, svago, ecc. possono essere qualificate straordinarie, rientrando nella *routine* quelle (come l'acquisto dei libri scolastici o dei farmaci cd. da banco) legate ad eventi ordinari della vita, ripetitivi, prevedibili anche nella consistenza in genere esigua (esiguità, ovviamente, correlata al tenore di vita della famiglia). Senonché, nell'applicazione concreta, non è sempre agevole discernere, se si pone mente al fatto che sovente, in special modo per alcune tipologie di spesa (segnatamente, per necessità scolastiche o di salute) sussiste una linea, talvolta sottile, di demarcazione tra ordinarietà o no della spesa, che può dare adito ad interpretazioni divergenti, per ovviare alle quali, per lo meno a livello di singoli tribunali, sono stati elaborati (di concerto con gli ordini professionali ed associazioni operanti sul territorio circondariale) dei cd. protocolli, destinati ad elencare, tra l'altro, le spese da ascrivere al novero delle straordinarie.

⁵³ Al riguardo, la giurisprudenza sottolinea che è sempre consentito al giudice di ripartire tra i genitori le spese straordinarie in maniera consona all'eventuale divario reddituale scaturente dall'analisi delle rispettive condizioni economiche e tenendo conto del livello sociale del nucleo familiare: v., a titolo esemplificativo, Cass., 2 luglio 2007, n. 14965, in *Fam. dir.*, 2007, p. 1090; Trib. Catania, 4 novembre 2008; Trib. Catania, 11 ottobre 2010; App. Catania, 25 marzo 2010; App. Catania, 16 ottobre 2013.

⁵⁴ Efficacemente, Cass., 8 giugno 2012, n. 9372; Cass., 20 agosto 2014, n. 18077; Cass., 20 agosto 2014, n. 18077; Cass., 9 giugno 2015, n. 11894.

⁵⁵ Cfr. Cass., 28 gennaio 2009, n. 2182; Cass., 27 aprile 2011, n. 9376; Cass., 26 settembre 2011, n. 19607; Cass., 20 agosto 2014, n. 18077 (qui, è risultato immune da censura il mancato accordo preventivo con il genitore obbligato in ordine alla scelta della figlia di frequentare un'università straniera); App. Roma, 19 marzo 2015, n. 1831, in *www.studiocataldi.it* (in tema di iscrizione ad una scuola privata, oggetto di disaccordo tra i genitori: nella motivazione, è degna di rilievo l'affermazione che il genitore non è titolare di un potere indiscriminato di veto, avuto riguardo alla facoltà di ricorrere in via giudiziale per la modifica e/o l'integrazione dei provvedimenti concernenti la prole).

Il quadro risulta ulteriormente complicato dalla circostanza che occorre distinguere tra «scelte straordinarie» (ossia, «di maggior interesse», che vanno assunte di comune accordo tra i genitori) e «spese straordinarie» (per le quali, al contrario, se non rappresentano conseguenza di una «decisione di maggior interesse», non è imprescindibile la preventiva concertazione genitoriale)⁵⁶.

Nella realtà, frequentemente una «scelta straordinaria» riguardante qualunque profilo della vita del minore genera una «spesa straordinaria»⁵⁷ e questa deve essere previamente concordata, a meno che non rivesta i connotati dell'obbligatorietà e/o dell'urgenza.

Allo scopo di eliminare, per quanto possibile, le incertezze riscontrate nella prassi applicativa dei principi in questione, la giurisprudenza non di rado presenta decisioni che individuano in maniera dettagliata le voci di spesa da vagliare nell'uno o nell'altro senso⁵⁸, dichiaratamente basandosi su apposite linee-guida elaborate per il tramite della definizione di quei cd. protocolli a cui si è sopra accennato. Così, nella scia segnata da questi, tesi anche a limitare od almeno ad attenuare la conflittualità, i magistrati hanno, col tempo, redatto una specie di codice esplicativo in tema, che, combinando i vari pronunciamenti, può essere ricostruito nella maniera (sufficientemente dettagliata) che segue.

Nelle spese ordinarie, da comprendersi nell'importo versato mensilmente con l'assegno perequativo, parametrato nell'arco di un anno e che copre le normali esigenze della vita quotidiana, sono da annoverare quelle per:

- vitto;
- abbigliamento;
- contributo agli oneri abitativi;
- tasse scolastiche (in merito a quelle universitarie, va segnalato qui un indirizzo minoritario che giudica le spese per la formazione universitaria non saltuarie ed eccezionali,

⁵⁶ È, comunque, sempre possibile che il giudice determini sia la misura sia i modi con cui il genitore non domiciliatario contribuisce al mantenimento dei figli, difformemente da quanto previsto in linea principale dalla legge: v. i richiami nella nota precedente ed in nota 24, a cui *adde* Trib. Roma, 7 dicembre 2012.

⁵⁷ Cfr., ad es., Cass., 17 dicembre 2007, n. 26570; Cass., 20 gennaio 2009, n. 2189; Cass., 20 giugno 2012, n. 10174; Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Roma, 11 ottobre 2012; Trib. Roma, 5 maggio 2014.

⁵⁸ Propendono per una statuizione analitica delle spese straordinarie, Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Bologna, 19 giugno 2007; Trib. min. Catania, 5 novembre 2008; Trib. Roma, 5 maggio 2014; Trib. Roma, 11 agosto 2014; Trib. Roma, 21 gennaio 2015; App. Napoli, 6 giugno 2008. In dottrina, v., specialmente, M. SANTINI, *Spese ordinarie e straordinarie per i figli: i protocolli di intesa*, in *www.altalex.com* (18 marzo 2013).

ma normali e durevoli nel tempo e che, tutt'al più, se l'assegno periodico si appalesa incapiante in rapporto ad esse, giustificano la richiesta di revisione in aumento di esso)⁵⁹;

- frequenza scolastica (in considerazione del fatto che essa non è qualcosa di eccezionale ed imprevedibile, ma, all'opposto, di obbligatorio e fondamentale)⁶⁰;

- l'abbonamento ai mezzi di trasporto pubblico, quando sia reso necessario per raggiungere la scuola frequentata;

- i libri scolastici eventualmente occorrenti nel corso dell'anno;

- materiale scolastico di cancelleria;

- mensa scolastica;

- abbigliamento per lo svolgimento di attività fisica a scuola;

- uscite didattiche organizzate dalla scuola in ambito giornaliero;

- prescuola, doposcuola (nonché *baby sitter*), se già presenti nell'organizzazione familiare prima dello scioglimento della coppia;

- esigenze sanitarie per cure ordinarie (visite pediatriche, acquisto di medicinali da banco o di uso frequente e comunque indicati per curare patologie comuni e/o stagionali, visite di controllo ed accertamenti diagnostici di natura routinaria, coperti dal SSN)⁶¹;

- cura ed assistenza al figlio disabile⁶²;

- ricarica del cellulare;

- trasporto urbano (tessera autobus e metro) e carburante per autovetture e motocicli in uso ai figli.

Rientrano, invece, nel catalogo delle spese cd. straordinarie quelle per:

- iscrizioni e rette di scuole private⁶³;

- iscrizioni, rette ed eventuali spese alloggiate, ove fuori sede, di università pubbliche o private;

- i libri di testo di inizio anno scolastico;

⁵⁹ Sul punto, si rinvia alle citazioni delle opere di M. SANTINI in nota 42.

⁶⁰ Interessante il caso prospettato a Trib. min. Bari, 6 ottobre 2010, che aggiunge la spesa per un semi-convitto annesso alla frequenza.

⁶¹ Cfr., sul punto, Trib. Catania, 4 novembre 2008; App. Catania, 29 maggio 2008; App. Catania, 5 dicembre 2011.

⁶² Si tratta di bisogni quotidiani correlati alla specificità della sua situazione: Cass., 12 settembre 2011, n. 18618.

⁶³ App. Roma, 19 marzo 2015, n. 1831, in *www.studiocataldi.it*.

- ripetizioni scolastiche;
- viaggi di istruzione organizzati dalla scuola eccedenti il limite giornaliero;
- attività parascolastica pre- e dopo-scuola;
- corsi di istruzione extrascolastica o parascolastica (quali corsi di lingua, teatro, musica, disegno, pittura, informatica);
- viaggi di studio all'estero⁶⁴;
- attività sportiva, comprensiva di abbigliamento ed attrezzatura e di quanto necessario per l'esercizio dell'eventuale attività agonistica;
- interventi chirurgici (comprese le rette di degenza) presso strutture pubbliche o private convenzionate;
- interventi e presidi odontoiatrici ed oculistici non coperti dal (o non effettuati e/o richiesti per il tramite del) SSN;
- cure estetiche;
- farmaci prescritti, diversi da quelli previsti nel prontuario del SSN;
- esami diagnostici, analisi cliniche, visite specialistiche, cicli di psicoterapia e logopedia;
- cicli di fisioterapia necessari in seguito ad incidente stradale od altro;
- centri estivi e vacanze trascorse autonomamente senza i genitori;
- acquisto e manutenzione straordinaria di mezzi propri di trasporto (*minicar*, auto, motorino, moto), nonché tassa di possesso ed assicurazione obbligatoria RCA;
- conseguimento della patente di guida;
- eventuali contravvenzioni per violazione di norme del codice della strada;
- acquisto di computer e telefonia mobile;
- mantenimento e cura di animali domestici già facenti parte del nucleo familiare e che restano presso il genitore collocatario dei figli in virtù della preesistente relazione affettiva con essi.

Ma v'è di più: per prevenire il contenzioso, sono state, in aggiunta, elencate e distinte analiticamente, vuoi nei citati protocolli vuoi nelle decisioni di merito⁶⁵, le spese mediche,

⁶⁴ Cfr. Cass., 26 settembre 2011, n. 19607; Trib. Pisa, 20 febbraio 2010, in www.laleggepertutti.it.

scolastiche ed extrascolastiche straordinarie (ovviamente, da documentare) che non vanno preventivamente concordate tra i genitori perché «obbligatorie» (ad es., per i libri di testo scolastici, per gli interventi sanitari urgenti ed indifferibili, per la tassa di possesso e l'assicurazione RCA riferite ai mezzi di trasporto in uso ai figli), e quelle che, all'inverso, richiedono la previa concertazione (ad es., per trattamenti sanitari erogati anche dal SSN; per tasse scolastiche ed universitarie imposte da istituti privati; per attività sportive, ricreative e ludiche con le pertinenti attrezzature). Si è giunti perfino a stabilire, nel (lodevole) sforzo di evitare inutili e pregiudizievoli conflitti tra i genitori, la possibilità di quantificare forfettariamente l'entità delle spese che, seppure straordinarie, sono in effetto di carattere ricorrente e quindi agevolmente prevedibili⁶⁶.

Così delineate le cd. spese straordinarie, al fine di conseguire quanto dovuto dal genitore obbligato a dividerle, se sulla rispettiva contribuzione ha statuito la sentenza sulla separazione o sul divorzio della coppia, si è precisato che tale provvedimento costituisce titolo esecutivo e non necessita dell'intervento di un altro giudice di cognizione qualora il genitore creditore dimostri e documenti gli esborsi indicati nel titolo e la loro entità. Rimane, tuttavia, impregiudicato il diritto dell'altro genitore di contestare l'esistenza del credito per la non riconducibilità delle somme erogate a spese necessarie o per violazione delle modalità d'individuazione dei bisogni del figlio⁶⁷.

6. Il mantenimento del figlio maggiorenne

L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa *ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi. Esso non ha una durata prestabilita, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo medesimo non dia prova che il figlio ha conseguito l'indipendenza economica, oppure che il mancato svolgimento di un'attività redditizia dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato

⁶⁵ V., rispettivamente, i Protocolli dei tribunali di Bergamo, Firenze e Varese; Trib. Roma, 5 maggio e 11 agosto 2014, ma pure 21 gennaio 2015. Per un resoconto sui protocolli, v. M. SANTINI, *Spese ordinarie e straordinarie per i figli: i protocolli di intesa*, cit.

⁶⁶ M. SANTINI, *Spese ordinarie e straordinarie per i figli*, cit., p. 2.

⁶⁷ Cass., 23 maggio 2011, n. 11316; Giud. pace Milano, 7 maggio 2014, n. 6237. In direzione contraria, in precedenza, v. Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758.

di opportunità lavorative. L'accertamento di simili circostanze non può, d'altro canto, che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto è necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e *post*-universitario del figlio ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale questi abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione⁶⁸.

L'obbligo, pertanto, permane fino a quando il figlio, sebbene maggiorenne, non sia in grado di inserirsi effettivamente nel mondo del lavoro e provvedere, in tal modo, alle proprie necessità di vita autonoma, effettuando, libero dal bisogno, le scelte esistenziali ritenute preferibili⁶⁹.

Occorre, d'altronde, tenere nel dovuto conto le condizioni economiche dei genitori, a cui va comunque parametrato il rispetto delle aspirazioni del figlio collegate alla sua preparazione professionale e concretamente "spendibili" nel mercato del lavoro. In effetto, nonostante il richiamo legislativo alle capacità, inclinazioni ed aspirazioni del figlio, non può ricevere giustificazione, ancorché in presenza di speciali competenze acquisite, un (eventuale) sistematico rifiuto di ogni occasione lavorativa non in linea con siffatte competenze, proprio perché di quei fattori bisogna solamente «tener conto»: di conseguenza, una condotta rinunciataria che causi una patologica dilatazione temporale dello stato di «dipendenza economica», configurerebbe una sorta di «abuso di diritto», come tale idoneo a far cessare l'obbligo di mantenimento, così artificiosamente prolungato⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. Cass., 7 aprile 2006, n. 8221; Cass., 20 maggio 2006, n. 11891, in *Dir. giust.*, 2006, 25, 18; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4102, in *Fam. dir.*, 2007, p. 550; Cass., 22 novembre 2010, n. 23590; Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1384; Cass., 9 maggio 2013, n. 11020; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1798. In letteratura, v. T. MONTECCHIARI, o. cit., p. 144 s.; M. ROMANO, *Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 333 ss., spec. p. 342 ss.; R. ROSSI, o. cit., p. 256 ss.; A. PALAZZO, o. cit., p. 621 ss.; S. MEZZANOTTE, *Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni*, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2291 ss.

⁶⁹ Cfr. Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 112; Cass., 11 gennaio 2007, n. 407; Cass., 24 settembre 2008, n. 24018 in *Guida dir.*, 2008, 41, p. 37; Cass., 16 giugno 2011, n. 13184. V., pure gli aa. citt. in nota 68, a cui adde A. ARCERI, *Il mantenimento dei figli maggiorenni*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 457 ss. (che discorre di piena idoneità all'autosufficienza o, in alternativa, di un'attitudine ad essa già manifestatasi attraverso una o più esperienze di lavoro consone alla preparazione del figlio ed al livello economico familiare).

⁷⁰ Chiaramente, Cass., 20 agosto 2014, n. 18076. Sulla pigrizia o scarsa volontà di applicarsi da parte del figlio maggiorenne, v., ad es., App. Napoli, 18 marzo 2011, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1117; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1773; Cass., 15 febbraio 2012, n. 2171; Cass., 30 marzo 2012, n. 5174; Cass., 2 aprile 2013, n. 7970; Cass., 9 maggio 2013, n. 11020. Valorizza il «semplice decorrere del tempo», senza che il figlio abbia trovato una collocazione adeguata alle sue attitudini professionali, Trib. Trani, 4 aprile 2008. Conf. R. ROSSI, o. cit., p. 260, la quale esclude il permanere dell'obbligo di mantenimento ogni qualvolta risulti evidente o venga accertato

Orbene, il genitore che chiede di essere esonerato dall'obbligo in parola ha l'onere di fornire la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, percependo un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali condizioni di mercato, oppure che sia stato messo nelle concrete condizioni per potere essere economicamente autosufficiente, senza averne tratto utile profitto per sua colpa o per sua discutibile scelta⁷¹.

Tuttavia, dal momento che la tracciabilità di una (netta) linea di demarcazione tra la sussistenza ed il venir meno dell'obbligo è suscettibile di sensibile variazione in rapporto agli specifici indici delle (effettive) aspettative del figlio, quali il contesto sociale, le capacità economiche dei genitori, il titolo di studio conseguito e le speciali qualificazioni professionali, allorché la prole pervenga ad un'età sufficientemente adulta, ed ancor più se alla non occupazione si accompagna il mancato completamento degli studi a suo tempo intrapresi, si verifica, in sede processuale, una sostanziale inversione dell'onere probatorio. Incombe, cioè, in simili evenienze, sul destinatario dell'assegno l'onere di dimostrare che il figlio abbia profuso ogni ragionevole impegno e fatto quanto nelle sue (concrete) possibilità per una collocazione nel mondo del lavoro (sia pure) commisurata alle sue obiettive capacità ed aspettative⁷².

Dunque, considerato che il raggiungimento dell'autonomia economica rappresenta il fatto estintivo di un'obbligazione *ex lege*, spetta al genitore che deduca la cessazione del diritto del figlio ad essere mantenuto dare la prova che costui è diventato autosufficiente o che non lo sia colpevolmente, mentre l'altro genitore (o il figlio) non è onerato della prova del persistere della situazione di non autosufficienza economica. Per converso, allorché la non occupazione e/o il mancato conseguimento di un titolo di studio si protragga ol-

che il figlio ha temporeggiato nel portare a termine il percorso di studi e nel fare ingresso nel mondo del lavoro per semplice indolenza e senza una seria causa giustificatrice.

⁷¹ In termini, Cass., 7 aprile 2006, n. 8221; Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, I, c. 86; Cass., 26 gennaio 2011, n. 1830; Cass., 22 marzo 2012, n. 4555.

⁷² Efficacemente, Trib. Roma, 13 febbraio 2014, che continua: «D'altra parte, diversamente opinando, l'onere probatorio a carico dell'obbligato si tradurrebbe in un'imposizione assoluta, che, indipendentemente dall'età, anche matura, del giovane, porrebbe il genitore a carico del quale sia stato posto il relativo assegno di mantenimento nella inverosimile condizione di doversi attivare in prima persona, anche a fronte di una perdurante inerzia del figlio o nel conseguimento dello specifico titolo relativo all'eventuale ciclo di studi intrapreso o nella ricerca di un'attività lavorativa a studi definitivamente interrotti o ultimati, per l'individuazione di un impiego consono alle sue aspettative come se quest'ultimo versasse in una condizione di assoluta incapacità di agire» (nella specie, la figlia trentanovenne non aveva completato il ciclo di studi in un arco temporale di circa venti anni e si era nel frattempo dedicata a vari lavori, peraltro non giustificati da necessità economiche, perché già coperte dall'assegno del padre – questa circostanza è stata stimata ulteriore prova di inerzia -).

tre un ragionevole lasso di tempo, può prendere campo una presunzione di colpevole inerzia, che richiede la contraria dimostrazione, da parte del beneficiario dell'assegno, di giustificate ragioni di ordine personale ed economico-sociale⁷³. In più, qualora l'età del figlio sia notevolmente eccedente rispetto a quella normale di immissione nel mondo del lavoro, l'onere della prova predetto è destinato ad aggravarsi in quanto crescente in misura proporzionale al crescere dell'età stessa⁷⁴.

Orbene, la richiesta prova dell'acquisita indipendenza economica del figlio può dirsi raggiunta allorché si siano create le condizioni per ottenere un reddito stabile e sicuro, atto a coprire almeno i bisogni fondamentali di vita. Il raggiungimento dell'autonomia economica è, perciò, legato all'esercizio, presente o passato, di un'attività lavorativa remunerata o, quanto meno, all'avvio verso di essa con prospettive concrete, tali da assicurare un tenore di vita dignitoso, od anche al godimento di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in rapporto alle normali condizioni di mercato⁷⁵.

Il reddito percepito può, in base allo scrutinio del giudice, essere stimato esiguo oppure incongruo in confronto alle ragionevoli aspettative del figlio, ma con l'avvertenza che non esiste il principio per cui egli debba essere aiutato ad ottenere risultati perfettamente confacenti alle sue aspirazioni se queste sono superiori alle aspettative che la famiglia pote-

⁷³ Cass., 13 dicembre 2012, n. 22951; Cass., 20 agosto 2014, n. 18076; M. ROMANO, o. cit., p. 344 (il giudice deve poter distinguere gli atteggiamenti aventi il solo scopo di dilatare ingiustificatamente nel tempo il mantenimento da parte dei genitori, da una concreta volontà di voler continuare invece la formazione professionale intrapresa, benché questo poi comporti l'allungamento del periodo di mantenimento, anche contro la volontà dei genitori); R. ROSSI, o. cit., p. 259 s., la quale, opportunamente, avverte che ciascun caso dovrà essere scrupolosamente vagliato dal giudice, in aderenza a tutti i particolari della fattispecie concreta.

⁷⁴ Cfr. Cass., 24 settembre 2008, n. 24018, in *Guida dir.*, 2008, 41, 37; Cass., 12 gennaio 2010, n. 261; Cass., 20 agosto 2014, n. 18076 (qui, figli ultraquarantenni). Paradigmatici i casi decisi da Cass., 28 gennaio 2014, n. 1585 (un figlio ventottenne aveva iniziato ad espletare attività lavorativa, ancorché saltuaria, e non frequentava con profitto il corso di laurea a cui risultava formalmente iscritto da più di otto anni); Cass., 6 dicembre 2013, n. 27377 (qui, una figlia ultratrentenne inoccupata e studentessa universitaria fuori corso); App. Napoli, 18 marzo 2011 (mancata laurea all'età di 34 anni, tuttavia giustificata dai turbamenti psichici causati dalla crisi familiare); Trib. Roma, 13 febbraio 2014 (qui, una figlia trentanovenne che non aveva completato il ciclo di studi in un arco temporale di circa venti anni); Trib. Roma, 21 gennaio 2015, n. 1390 (recante l'affermazione che, stante l'età di trentatré anni, «è ragionevole che l'obbligo di mantenimento sia venuto meno in considerazione dell'età ormai decisamente adulta» del figlio). Analogo ragionamento viene sviluppato nell'ipotesi in cui si riscontri che, nonostante l'avanzare dell'età, il figlio rifiuti, per lennesima volta, un proficuo impiego (Cass., 2 aprile 2013, n. 7970 – qui, il caso di una figlia trentasettenne renitente, per così dire, al lavoro –). È necessario, dunque, riportare il giudizio sulla colpevole inerzia del figlio alla considerazione dei limiti temporali entro cui le aspirazioni del figlio abbiano una ragionevole possibilità di realizzazione (R. ROSSI, o. cit., p. 257).

⁷⁵ V., per riscontri, Cass., 17 novembre 2006, n. 24498; Cass., 11 gennaio 2007, n. 407; Cass., 27 giugno 2007, n. 18844; Cass., 28 gennaio 2008, n. 1761; Cass., 9 maggio 2013, n. 11020; Cass., 8 agosto 2013, n. 18974.

va avere creato sul suo futuro professionale⁷⁶. Il reddito valutato sufficiente al fine della (dimostrazione della) conseguita autosufficienza economica non è, poi, necessariamente ravvisabile unicamente a fronte di un rapporto di lavoro giuridicamente stabile, dovendosi ritenere rilevante altresì la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo determinato⁷⁷, mentre non riscuote identico credito, allo scopo di asserire la totale indipendenza economica del figlio, la prestazione lavorativa in qualità di apprendista, giacché si sostiene che l'incertezza in ordine allo sbocco lavorativo successivo al termine del periodo di apprendistato può al massimo consentire una riduzione dell'assegno di mantenimento, non certo la sua eliminazione⁷⁸. Sicuramente, non soddisfa il requisito dell'autonomia economica la fruizione di una borsa di studio di durata prefissata⁷⁹, come pure lo svolgimento di un lavoro

⁷⁶ Cfr. Cass., 7 aprile 2006, n. 8221, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 86; Cass., 24 settembre 2008, n. 24018, in *Guida dir.*, 2008, 41, p. 37, secondo cui l'obbligo di mantenimento sussiste «finché le caratteristiche d'età del figlio – benché maggiorenne – si rendano compatibili con ansie di cambiamento e di accrescimento professionale e culturale», in ragionevoli limiti di tempo e sempreché ciò non sia incompatibile con le condizioni economiche della famiglia; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1798 (qui, il caso di una ventisettenne che svolgeva attività lavorativa sporadica con esigui profitti, ma che aveva al suo attivo un consistente numero di esami universitari. La sentenza, in particolare, presenta l'affermazione che è dato di comune esperienza che le retribuzioni corrisposte ai giovani alla ricerca di una prima occupazione, in specie a fronte di attività saltuarie, non sono sicuramente di importo tale da garantire loro l'indipendenza economica). Nell'ipotesi, poi, che il figlio decida di studiare solamente in età più avanzata, rispetto alla normalità, o di riprendere gli studi, dopo aver svolto attività lavorativa, i genitori hanno l'obbligo di assecondare le sue inclinazioni e aspirazioni, tranne che venga appurato che il cambio di scelte maschere, in realtà, la volontà di non lavorare né di studiare (App. Catania, 28 ottobre 2009).

⁷⁷ L'instaurazione di siffatto rapporto di lavoro è ritenuta sintomo di adeguata capacità lavorativa (Cass., 22 novembre 2010, n. 23590, in *Giust. civ.*, 2011, 4, p. 916). Viceversa, non è, a tal fine, equiparabile un contratto di lavoro munito di patto di prova (Cass., 28 agosto 2008, n. 21773). Singolare e meritevole di segnalazione la decisione che richiede, per la piena autosufficienza economica, la prestazione di attività lavorativa a tempo indeterminato, con un reddito non inferiore ad euro mille (Trib. Pordenone, 3 luglio 2008).

⁷⁸ Così, Trib. Genova, sentenza 2322/2014, ne *IlSole24ore*, 11 dicembre 2014. V. pure Cass., 11 gennaio 2007, n. 407, che invita a conseguire la prova dell'adeguatezza del trattamento economico, nel senso dell'idoneità di esso ad assicurare in concreto al figlio «per la sua stessa entità e con riferimento anche alla durata passata e futura del rapporto» l'autosufficienza economica.

⁷⁹ Cass., 14 aprile 2010, n. 8954. Sulle borse per dottorati di ricerca, temporanee ed in genere di modesto importo, cfr. Cass., 13 dicembre 2012, n. 22951; Cass., 15 febbraio 2012, n. 2171. Tuttavia, è diversamente valutato l'inizio di un'attività lavorativa conseguente alla stipula di un contratto di specializzazione medica, con garanzia di un compenso adeguato in rapporto alle prestazioni richieste, analoghe a quelle del personale dipendente (Cass., 22 maggio 2014, n. 11414, ove si rimarca la circostanza che il numero chiuso della specializzazione assicura concrete prospettive di impiego. V., altresì, Cass., 8 agosto 2013, n. 18974, in cui si sottolinea che la remunerazione in discorso non è assimilabile ad una semplice borsa di studio).

precario od occasionale⁸⁰, nonché, da altra angolazione, il godimento di una pensione di invalidità⁸¹.

Infine, la prova dell'autosufficienza economica può basarsi su circostanze univocamente ascrivibili al raggiungimento di una piena capacità di lavoro autonomo⁸² ovvero sul fatto che il figlio maggiorenne sia titolare di un patrimonio personale atto a garantirgli l'indipendenza finanziaria⁸³, ma anche sull'evenienza per cui quest'ultimo, sebbene allo stato non autosufficiente economicamente, abbia in passato iniziato ad espletare un'attività lavorativa, così palesando il possesso di un'adeguata capacità. A tale riguardo, viene, ulteriormente, sottolineato che la sopravvenienza di eventi determinanti l'effetto di rendere il figlio momentaneamente privo di sostentamento economico, come il successivo abbandono dell'attività lavorativa (purché non dovuto a motivi di salute), non fa risorgere l'obbligo di mantenimento in suo favore, poiché ne sono già venuti meno i presupposti⁸⁴.

Diversamente, non provoca l'estinzione dell'obbligo di mantenimento il fatto che il figlio, perseguendo nella coltivazione delle sue aspirazioni, voglia intraprendere un percorso

⁸⁰ Cass., 3 gennaio 2011, n. 18. V., pure Cass., 6 aprile 2009, n. 8227, in *Fam. min.*, 2009, 6, p. 38.

⁸¹ Cfr. App. Catania, 29 gennaio 2015, sul caso di una figlia maggiorenne affetta da sindrome di *Down*, che percepiva, in ragione di questa grave patologia, la pensione di invalidità e l'indennità di accompagnamento. Simile evenienza, a giudizio della Corte, non determina il venir meno del diritto al mantenimento da parte del genitore onerato, dal momento che le suddette provvidenze hanno finalità puramente assistenziali e non escludono, quindi, l'obbligo di mantenimento, discendente direttamente dall'art. 337 *septies* c.c., che equipara a quelli minorenni i figli maggiorenni portatori di *handicap* grave.

⁸² V., ad es., Trib. Catania, 29 settembre 2006, sul caso di una figlia ventottenne che aveva completato gli studi conseguendo il diploma magistrale da vari anni ed era attualmente iscritta alla Camera di commercio in qualità di piccolo imprenditore.

⁸³ Cass., 6 dicembre 2013, n. 27377. Del resto, in un'ottica centrata altresì sul dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia da parte del figlio medesimo, si puntualizza che «quando il figlio è titolare di redditi propri sarà tenuto ad automantenersi, cosicché, in tale misura e correlativamente, l'obbligo dei genitori anche nei riguardi della prole minorenni dovrà considerarsi estinto essendo i redditi derivanti dai beni del figlio a tal uopo sufficienti» (L. BARCHIESI, o. cit., p. 1315).

⁸⁴ Tutt'al più, ricorrendone le condizioni, può sussistere, in capo ai genitori, un obbligo alimentare (Cass., 2 dicembre 2005, n. 26529; Cass., 28 gennaio 2008, n. 1761 – qui, il caso di un soggetto in stato di bisogno ed impossibilitato a provvedere al proprio mantenimento per gravi difficoltà caratteriali e seri problemi psicologici, con ricadute sulla capacità di reperire e di mantenere stabili occupazioni, dovuti all'essere stato dedito, nel passato, all'uso di sostanze stupefacenti –; Cass., 22 novembre 2010, n. 23590; Cass., 15 febbraio 2012, n. 2171; Cass., 30 marzo 2012, n. 5174; Cass., 27 gennaio 2014, n. 1585), obbligo avente un contenuto meno ampio rispetto a quello di mantenimento, essendo quest'ultimo «commisurato in proporzione alle sostanze dei soggetti tenuti oltre che scollegato dallo stato di bisogno dei soggetti aventi diritto» (L. BARCHIESI, o. cit., p. 1316).

di studi per il raggiungimento di una migliore posizione e/o carriera, beninteso in ragionevoli limiti di tempo e di risorse finanziarie sopportabili dai genitori⁸⁵.

In conclusione, la cessazione dell'obbligo di mantenimento dipende dall'acquisita autonomia economica, ancorché nel prosieguo del tempo il reddito conseguito possa venir meno⁸⁶; inoltre, essa scaturisce dalla prova che il figlio sia stato posto nella concreta situazione di poter diventare autosufficiente ma non se ne sia giovato per propria colpa⁸⁷. Ciò, massimamente, se egli abbia rifiutato, senza giustificato motivo, un posto di lavoro fisso, consono ai propri desideri e rispondente, qualitativamente, alle sue naturali inclinazioni – magari, procuratogli dal genitore – ovvero abbia manifestato colpevole inerzia prolungando troppo il percorso di studi senza un soddisfacente rendimento⁸⁸. Dall'altro versante, come già visto, perché possa perdurare l'obbligazione a carico del genitore gravato dall'assegno, incombe sul percipiente l'onere della prova di essersi attivato per ottenere un'adeguata sistemazione lavorativa, commisurata alle sue obiettive aspirazioni e qualità professionali.

Quanto alla dinamica processuale in materia di assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne non autosufficiente economicamente, va detto che, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, una costante interpretazione giurisprudenziale ammetteva la legittimazione *jure proprio* e non *ex capite filiorum* a pretendere l'assegno (oltre al rimborso di

⁸⁵ Cfr. Cass., 24 settembre 2008, n. 24018; Cass., 25 gennaio 2013, n. 1779. Alla prole, quindi, deve essere garantita «una formazione pienamente corrispondente alle proprie inclinazioni e aspirazioni, in grado di consentirne una piena realizzazione della personalità, dunque dovrà essere garantito un periodo formativo nel quale il figlio possa svolgere un'attività improduttiva qual è, quanto all'attitudine a produrre reddito immediato, lo studio» (L. BARCHIESI, o. cit., p. 1317). In definitiva, finché è possibile, occorre pur sempre prefigurare l'obiettivo di agevolare la ricerca e l'ottenimento di un impiego atto a permettere al figlio di conseguire un reddito confacente alla sua professionalità ed un'appropriata collocazione nel contesto economico-sociale di raffronto (Cass., 28 agosto 2008, n. 21773; Cass., 27 giugno 2011, n. 14123; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1773; Cass., 3 settembre 2013, n. 20137).

⁸⁶ Cass., 21 febbraio 2007, n. 4101; Cass., 28 gennaio 2008, n. 1761.

⁸⁷ Cass., 16 giugno 2011, n. 13184. V., pure Cass., 11 gennaio 2007, n. 407; Cass., 23 ottobre 2007, n. 22255; Cass., 24 settembre 2008, n. 24018; Cass., 21 maggio 2009, n. 11828; Cass., 26 gennaio 2011, n. 1830; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1773; Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1384; Cass., 2 aprile 2013, n. 7970, in *www.ilsussidiario.net*; Cass., 9 maggio 2013, n. 11020; Cass., 8 agosto 2013, n. 18974; Cass., 20 agosto 2014, n. 18076. In dottrina, v., per tutti, A. ARCERI, *Il mantenimento dei figli*, cit., p. 462 ss., la quale sottolinea (richiamando Cass., 4 aprile 2005, n. 6975, in *Guida dir.*, 2005, 20, 48) che l'obbligato non può *motu proprio* interrompere l'erogazione dell'assegno, a prescindere da un accertamento giudiziale dell'esistenza dei presupposti ex art. 710 c.p.c.

⁸⁸ V., ad es., Cass., 27 gennaio 2014, n. 1585. Non è, invece, causa di cessazione dell'obbligo il mero conseguimento di un titolo di studio universitario né la costituzione di un nucleo familiare proprio, purché questa nuova entità familiare non sia autonoma e finanziariamente indipendente (Cass., 26 gennaio 2011, n. 1830).

quanto erogato)⁸⁹ da parte del genitore che provvedesse direttamente ed integralmente al mantenimento del figlio convivente divenuto maggiorenne e non ancora autonomo economicamente, nei confronti dell'altro genitore, in ragione della circostanza che il regime di convivenza comporta delle spese che devono gravare anche sul genitore non convivente. Tale consolidato indirizzo interpretativo non sembra intaccato dalla nuova formulazione dell'art. 155 *quinquies*, comma 1, c.c. (ora trasfuso nell'art. 337 *septies*, comma 1, c.c. ex art. 55 d.lgs. n. 54 del 2013), restando intatto il potere del giudice di determinare, ricorrendone i presupposti, il contributo al mantenimento del figlio maggiorenne, salvo, poi, stabilire, «valutate le circostanze», vale a dire tenuto conto delle esigenze e delle istanze specifiche, le modalità del rispettivo versamento.

Invero, con il raggiungimento della maggiore età, allorché il figlio tuttora economicamente dipendente continui a vivere con il genitore che ne era domiciliatario, permane invariata la situazione di fatto oggetto di regolamentazione, e, più specificamente, restano identiche le modalità di adempimento dell'obbligazione di mantenimento in capo al genitore convivente; inoltre, la pretesa di quest'ultimo di ricevere dall'altro il contributo a suo carico trova (sempre) ragione non soltanto nell'interesse patrimoniale a non anticipare la quota della prestazione a carico dell'altro, ma soprattutto nel *munus* a lui spettante di provvedere direttamente ed in modo completo al mantenimento, alla formazione ed all'istruzione del figlio⁹⁰.

Sicché, si deve ribadire, non essendo intervenuta una sostanziale modifica degli assetti normativi che disciplinano gli obblighi di ambedue i genitori nei riguardi dei figli, ancorché maggiorenni, la legittimazione del genitore convivente (definita normalmente «concorrente» ed altresì «straordinaria»)⁹¹ ad agire *jure proprio* verso l'altro genitore, in assenza di

⁸⁹ Ma non, al contrario, il rimborso, in sede di procedimento di revisione dell'assegno di mantenimento, di quanto, eventualmente, corrisposto indebitamente (beninteso, di là dalle reali necessità economiche del figlio: Cass., 10 dicembre 2008, n. 28987).

⁹⁰ Esemplarmente, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1146, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1116; Cass., 10 gennaio 2014, n. 359; Cass., 17 gennaio 2014, n. 921. In argomento, v. pure, nella giurisprudenza di merito, Trib. Genova, 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 946; Trib. Marsala, 2 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 399; Trib. Trani, 6 marzo 2007; Trib. Modena, 6 settembre 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 947; Trib. Macerata, 22 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2011, c. 81; Trib. Alessandria, 1° ottobre 2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1029.

⁹¹ In proposito, secondo Trib. Catania, 29 settembre 2006, la «vera novità normativa» contenuta nell'(ex) art. 155 *quinquies* c.c. risiede nella previsione del potere del giudice di «emanare una sentenza che, sul piano formale, è resa a favore di un soggetto che non è parte processuale del procedimento di separazione ma che è, comunque, il destinatario finale di parte degli effetti di quel procedimento». «Si tratta» – continua la motivazione

un'autonoma richiesta da parte del figlio⁹², per rivendicare tanto il rimborso, *pro quota*, delle spese già sostenute per il mantenimento del figlio, quanto il versamento di un assegno periodico a titolo di contributo per l'anzidetto mantenimento⁹³.

La legittimazione concorrente del genitore convivente cessa, comunque, con il venir meno, in particolare, della convivenza medesima⁹⁴ e, in generale, termina sincronicamente al sopraggiungere di una causa di estinzione di quella posizione sostanziale che il suo esercizio mira ad assicurare⁹⁵.

Con riguardo, poi, alle modalità di attuazione della corresponsione del contributo, la modulazione deve tendere, da un lato, a garantire l'autonomia del figlio maggiorenne nella selezione e nella cura dei propri interessi⁹⁶, dall'altro, a non comprimere l'interesse del geni-

– «di una tecnica normativa originale sul piano processuale, che si fonda sulla scissione logica tra parte processuale e parte sostanziale, che trova la sua giustificazione nella peculiarità dei rapporti familiari nel momento della crisi della famiglia, e che sembra venire incontro adeguatamente all'esigenza di evitare il rischio di quell'istituzionalizzazione del conflitto tra genitori e figli, che avverrebbe certamente con l'attribuzione della qualità di parti ai figli proprio nei giudizi relativi alla separazione o al divorzio tra i loro genitori» (nondimeno, sull'ammissibilità dell'intervento del figlio maggiorenne nei giudizi medesimi, v. *infra* – testo e nota 100 –). La tesi della non innovatività della normativa incontra la critica di T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 277 s., giacché «dal dettato normativo non si evince alcun fondato elemento per ritenere che il genitore possa pretendere per il futuro il pagamento dell'assegno, provvedendo alla sua gestione, a meno che non sussista una disposizione del giudice in tal senso».

⁹² In altre parole, il genitore convivente può chiedere all'altro il pagamento dell'assegno di mantenimento che spetta al figlio maggiorenne solamente nell'ipotesi di inerzia di quest'ultimo e/o di mancata richiesta di corresponsione diretta (in simile evenienza, tuttavia, il giudice può stabilire diversamente: cfr., ad es., Cass., 8 febbraio 2012, n. 1773; Trib. Caltanissetta, 4 febbraio 2015, ne *IlSole24ore*, 26 febbraio 2015). Sulla legittimazione concorrente in discorso, si rinvia, in dottrina, a G. PAGLIANI, o. cit., p. 216 ss.; R. ROSSI, o. cit., p. 299 ss., nonché M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, cit., p. 386; G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi familiare*, cit., p. 117 ss.; M. ROMANO, *Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*, cit., p. 339 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La titolarità del diritto all'assegno in capo al figlio maggiorenne: aspetti processuali*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 349 ss., spec. p. 352 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *I soggetti del processo*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 661 ss.

⁹³ Cfr., *ex multis*, Cass., 24 febbraio 2006, n. 4188; Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437, in www.famigliaegiustizia.it; Cass., 21 maggio 2009, n. 11828; Cass., 23 luglio 2010, n. 17275; Cass., 10 dicembre 2010, n. 24989; Cass., 16 giugno 2011, n. 13184; Cass., 26 settembre 2011, n. 19607, in *Fam. dir.*, 2012, 903; Cass., 13 dicembre 2012, n. 22951; Cass., 28 gennaio 2014, n. 1805; Cass., 24 luglio 2014, n. 16956 (qui, una richiesta esplicita di attribuzione dell'assegno al genitore convivente era stata avanzata dai figli maggiorenni in sede di audizione da parte del giudice di merito).

⁹⁴ V., ad es., Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437; Cass., 16 giugno 2011, n. 13184. A detta di Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, se il figlio maggiorenne ha preso in locazione un appartamento in un'altra città, la coabitazione viene meno (salvo il caso che, per motivi di studio o di lavoro, il figlio si allontani periodicamente da casa ma vi faccia ritorno ogni qualvolta i suoi impegni glielo consentano), cosicché il genitore non è legittimato a chiedere, per conto del figlio, l'aumento del contributo di mantenimento.

⁹⁵ Testualmente, Cass., 13 dicembre 2012, n. 22951.

⁹⁶ Purché meritevoli di tutela («un assegno versato direttamente ad un figlio in preda al demone del gioco o tossicodipendente sarebbe contrario, sia pure in una visione in un certo senso paternalistica, allo spirito della norma» – icasticamente, Cass., 10 gennaio 2014, n. 359 –).

tore convivente ad ottenere l'anticipazione di quelle spese che per forza di cose gravano su di lui in virtù di un *munus* specifico (ad es., le spese di coabitazione), ma che, ciò non ostante, costituiscono l'adempimento di un obbligo solidale facente capo ad entrambi i genitori. Di tal che è dato modulare in concreto il provvedimento, sancendo un «versamento»⁹⁷ nelle mani del genitore istante, o direttamente nelle mani del figlio maggiorenne, oppure in parte all'uno ed in parte all'altro⁹⁸.

Da diversa prospettiva, va evidenziato che, pur essendo ciascuna legittimazione concorrente con l'altra, non si può ravvisare in materia un'ipotesi di solidarietà attiva (che, peraltro, contrariamente a quella passiva, non si presume), trattandosi di diritti tra loro autonomi e fondati su presupposti parzialmente dissimili (nel caso del genitore, uno dei presupposti è la coabitazione), e non dello stesso diritto attribuito a più persone⁹⁹.

Nell'ottica delineata, si tende ad ammettere l'intervento del figlio maggiorenne nel giudizio di separazione o di divorzio pendente tra i propri genitori, al fine di far valere il diritto al mantenimento, per realizzare un *simultaneus processus*. L'intervento, eventualmente in via adesiva, assolve, *lato sensu*, una funzione di ampliamento del contraddittorio, facoltizzando il giudice a provvedere sull'entità e sul versamento, altresì in forma ripartita, del con-

⁹⁷ «Termine di per sé maggiormente aderente alla regolamentazione di un mero aspetto attuativo del diritto» (Cass., 10 gennaio 2014, n. 359; v. pure Cass., 17 gennaio 2014, n. 921). Sul punto, è necessario precisare che non è configurabile un'autonomia del genitore onerato nella scelta di versare l'assegno per il figlio maggiorenne all'altro genitore od al figlio medesimo. In realtà, in assenza di una richiesta, benché informale, da parte di quest'ultimo, di corresponsione diretta dell'assegno, l'obbligato non può scegliere a chi erogarlo, sicché il pagamento nei confronti dell'uno non estingue l'obbligazione nei riguardi dell'altro, non potendosi escludere che il contributo al mantenimento versato direttamente al figlio sia giustificato da finalità diverse da quelle preventivamente concordate. D'altro canto, il genitore creditore può agire a tutela di un proprio diritto autonomo, per ottenere il concorso e/o il rimborso delle spese per il mantenimento del figlio, prescindendo dal contributo che l'altro genitore versa direttamente al figlio (Trib. Catania, 4 maggio 2015; v. anche Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437; Cass., 28 ottobre 2013, n. 24316; Cass., 11 novembre 2013, n. 25300).

⁹⁸ Secondo Cass., 10 dicembre 2010, n. 24989, la possibilità di disporre il versamento diretto al figlio maggiorenne, quale avente diritto, del contributo periodico di mantenimento costituisce una modalità alternativa rispetto al pagamento nelle mani del genitore convivente; inoltre, siffatta modalità di pagamento non esclude che il giudice possa assegnare la casa familiare al genitore ancora convivente con tale figlio. Sulla possibilità in questione, v., ad es., Trib. Bologna, 22 maggio 2006 (il quale opta per la corresponsione direttamente all'avente diritto a norma dell'*(ex)* art. 155 *quinquies* c.c., giacché, nella specie, il padre accreditava periodicamente somme di denaro su di un conto intestato alle figlie e ci si doveva misurare con una situazione di fatto contemplante continui spostamenti del nucleo familiare composto dalle figlie maggiorenni e dalla madre) e Trib. Catania, 29 settembre 2006.

⁹⁹ Cfr. Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437; Cass., 16 giugno 2011, n. 13184; Trib. Catania, 29 settembre 2006; Trib. Catania, 4 maggio 2015.

tributo al mantenimento, sulla base di un'approfondita disamina delle istanze dei soggetti interessati¹⁰⁰.

Analogo ragionamento potrebbe attagliarsi alla recente fattispecie dell'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita ex l. n. 162 del 2014, con riferimento peculiare alla posizione del figlio maggiorenne ma non economicamente autonomo. Si è fatto notare che, ancorché la giurisprudenza abbia da tempo affermato la possibilità di intervento, autonomo od adesivo, del figlio maggiorenne non autosufficiente, nei confronti delle domande di uno dei genitori, in caso di giudizio contenzioso, inopinatamente nessuna prerogativa è riconosciuta a questo tipo di prole nel percorso di negoziazione assistita. L'auspicio di consentire la partecipazione diretta alla procedura da parte del figlio maggiorenne è stato, tuttavia, ritenuto troppo distante dal tenore letterale della normativa¹⁰¹.

7. L'assegnazione della casa familiare

L'assegnazione della casa familiare si colloca tradizionalmente nel solco della tutela degli interessi dei figli coinvolti nella crisi della coppia genitoriale, mirando ad assicurare ad

¹⁰⁰ Cfr. Cass., 27 giugno 2007, n. 18844; Cass., 22 novembre 2010, n. 23590; Cass., 19 marzo 2012, n. 4296 (in queste decisioni si mette in luce il fatto che, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento di un terzo in un giudizio pendente tra altre parti, è sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento implicante l'opportunità di un *simultaneus processus*); Trib. Messina, 5 maggio 2006; Trib. Pordenone, 3 luglio 2008 (nella specie, un intervento della figlia maggiorenne ricostruito giuridicamente come intervento non autonomo o litisconsortile, ma *ad adiuvandum*, ex art. 105, comma 2, c.p.c.); Trib. Napoli, 23 luglio 2009, in *Fam. dir.*, 2009, 1136 (qui, si ammette l'intervento adesivo del figlio maggiorenne nel giudizio intentato dal genitore convivente). In tema, sui delicati problemi collegati all'ammissibilità ed alla forma processuale dell'intervento, esprime perplessità sull'interpretazione che vede i figli maggiorenni come litisconsorti necessari del processo di separazione o di divorzio, E. D'ALESSANDRO, o. cit., p. 353 ss. ed *ivi* ampi ragguagli bibliografici (nettamente contrario è Trib. Ravenna, 18 dicembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 468; ritiene, viceversa, una soluzione più conforme ai principi quella di considerare il figlio maggiorenne parte necessaria del giudizio, ogni qualvolta si discuta del suo diritto al mantenimento a carico dei genitori, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, o. cit., spec. p. 664 s.).

¹⁰¹ Trib. Torino, 15 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 692, con nota di A. NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, il quale non ritiene precluso dalla normativa un intervento volontario del figlio maggiorenne nella procedura «mediante il deposito di una memoria presso la Procura della Repubblica al fine di evitare la concessione dell'autorizzazione e per salvaguardare il proprio diritto al mantenimento tramite il versamento diretto del contributo» e stima ammissibile l'impugnazione dell'accordo negoziale da parte del figlio medesimo, oltre alla possibilità di azione autonoma nei confronti dei genitori per ottenere il mantenimento (p. 697); ed in *Fam. dir.*, 2015, 10, p. 893, con nota di F. TOMMASEO, *Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne ancora non autonomo*. In altro scritto ID., *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, *ivi*, 2015, 2, p. 157 ss., afferma che non può essere esclusa *a priori* la possibilità per i figli maggiorenni di partecipare alla procedura (non essendovi ostacoli a che la negoziazione coinvolga più parti) o in seguito a sua specifica richiesta oppure su invito dei genitori (p. 163).

essi la continuità con l'ambiente domestico pregresso, in armonia con la destinazione impressa durante il tempo della vita in comune della famiglia, in maniera tale che la conservazione di quell'ambiente contribuisca in misura fondamentale alla formazione ed allo sviluppo della personalità della prole¹⁰².

L'assegnazione in esame, essendo strettamente funzionale all'interesse preminente dei figli, si lega indissolubilmente all'obbligazione di mantenimento di cui all'art. 30 cost., che comprende in via primaria il soddisfacimento delle esigenze materiali, correlate inscindibilmente alla prestazione dei mezzi necessari al perseguimento del corretto sviluppo psicofisico dei figli, tra le quali esigenze assume profonda (e decisiva) importanza quella di predi-

¹⁰² Cfr., *ex pluribus*, Cass., 22 marzo 2007, n. 5979; Cass., 14 maggio 2007, n. 10994, in *Giur. it.*, 2008, I, c. 56; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3934; Cass., 22 novembre 2010, n. 23591, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 697, che pone in luce la circostanza che la tutela in esame risponde non ad un interesse meramente economico dei figli – tanto meno a quello del genitore convivente, sebbene economicamente debole (non fungendo da strumento perequativo delle rispettive condizioni economiche dei genitori: Cass., 21 gennaio 2011, n. 1491. Ma, sul dibattito in dottrina se l'interesse dei figli costituisce finalità esclusiva dell'attribuzione del godimento della casa familiare ovvero se con esso possano concorrere anche altre esigenze, essenzialmente individuate nella tutela del genitore più debole economicamente, cfr. U. ROMA, *L'assegnazione della casa familiare*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 152 ss., ed *ivi* ampi riferimenti, spec. pp. 157 ss., nonché 173 ss. sulla rilevanza dell'assegnazione nei rapporti economici tra i genitori, e, specificamente, ad es., E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, I, p. 428) –, ma bensì ad un profilo esistenziale e perciò di primaria importanza. La finalità dell'assegnazione non è nemmeno, a maggior ragione, quella di soddisfare le esigenze abitative del genitore assegnatario (v. Trib. Roma, 25 novembre 2013, che si riferisce esclusivamente all'interesse della prole di continuare a vivere serenamente nell'ambiente domestico in cui è cresciuta, avuto riguardo alla pregressa destinazione dell'immobile alle necessità abitative della famiglia – v. pure, sull'ultimo punto, Cass., 22 luglio 2014, n. 8580 –), ancorché assegnatario sia il medesimo, non il figlio (v., per tutti, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 218), ed inoltre non assume alcun rilievo il fatto che egli non abbia alternativa abitativa (incisamente, Trib. Roma, 20 gennaio 2015, recante l'opportuna asserzione che «l'istituto dell'assegnazione della casa familiare ha lo scopo di preservare la continuità delle abitudini domestiche dei figli nell'immobile costituente l'*habitat familiare*, al fine di non far gravare sui figli stessi il trauma dello sradicamento dal luogo in cui si svolgeva la loro esistenza»). Si tratta, dunque, di una misura a tutela della prole, specialmente minorenni: Cass., 6 novembre 2006, n. 23674, in *Fam. dir.*, 2007, p. 78; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 214 ss. (la misura in discorso si collega direttamente ai diritti costituzionalmente riconosciuti ai figli dall'art. 30 cost.); A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 721 e 726 (unico criterio discrezionale è l'interesse dei figli a crescere nel loro originario ambiente di vita); R. RUSSO e M. STURIALE, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Milano, 2013, p. 165 ss., spec. p. 171 (tutela dell'interesse della prole a permanere nell'ambiente domestico consueto, un *sound environment* ove crescere serenamente); C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in materia di residenza*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 270 ss. (che invita a valutare con cautela l'interesse della prole, poiché esso «muta in relazione alle caratteristiche proprie dei soggetti che ne sono portatori e della diversità di situazioni che questi stessi soggetti si trovano a vivere», cosicché è opportuno evitare di rincorrere l'individuazione di «canoni di valutazione costante di detti interessi», rischiando, all'atto pratico, di comprometterne la reale tutela – qui, p. 280 –). Da ultimo, Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, in *www.studiocataldi.it*, conferma che «l'assegnazione della casa familiare, pur non costituendo un provvedimento di natura economica in senso stretto (in quanto avente finalità diverse dal contributo al mantenimento dei figli), ha un'incidenza diretta sulla posizione reddituale del genitore collocatario dei figli».

sporre e mantenere l'*habitat* domestico, riguardato come centro di affetti, interessi e consuetudini esistenziali, idoneo al predetto sviluppo.

L'interesse della prole, quindi, non rappresenta (più) un «criterio preferenziale», ma bensì la regione medesima dell'assegnazione¹⁰³, con esclusione di qualsiasi possibilità di configurare la stessa, oltre che come criterio di comparazione dei rapporti economici tra i genitori (il giudice ne deve «tener conto» nella regolazione di quei rapporti, considerando l'eventuale titolo di proprietà – art. 337 *sexies* c.c. –), quale parametro per la monetizzazione dell'assegno di mantenimento¹⁰⁴.

Nell'ottica descritta, la focalizzazione va orientata alla ricostruzione del concetto di «casa familiare», che, diversamente da quello di casa coniugale, non connota materialmente il bene immobile in cui si è svolta, per un dato periodo storicamente concluso, la vita della famiglia, ma indica il centro di aggregazione di questa durante la fase fisiologica della convivenza, nel senso esattamente (soggettivo o psicologico) del luogo degli affetti e delle relazioni interpersonali tra i membri dell'originario nucleo familiare. Essa, perciò, s'identifica con la casa in cui il figlio normalmente abita (non necessariamente con residenza anagrafica né coincidente con quella in cui egli desidererebbe andare a vivere), cioè concomitante con il suo *habitat* abituale, effettivo luogo degli affetti¹⁰⁵ e dei rapporti quotidiani nei quali si arti-

¹⁰³ Cfr., soprattutto, Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Foro it.*, 2008, 11, I, c. 3031, a giudizio della quale non soltanto l'assegnazione della casa familiare, ma anche la cessazione di essa è subordinata, pur nel silenzio della legge – ora, art. 337 *sexies* c.c. –, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza al prioritario interesse dei figli. Di conseguenza, se il genitore assegnatario instauri un rapporto di convivenza *more uxorio* o contragga un nuovo matrimonio, la decadenza dall'assegnazione è pronunciabile unicamente se è conforme all'interesse della prole (per un'applicazione, cfr. Cass., 24 giugno 2013, n. 15753). In tema, v. le ordinanze di rimessione di Trib. Ragusa, 15 maggio 2007; Trib. Firenze, 11 gennaio 2007 e 9 giugno 2007; App. Bologna, 22 febbraio 2007 (ma cfr., altresì, Trib. Busto Arsizio, 25 ottobre 2007, nonché Trib. Firenze, 16 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 8/9, 834, che, forse *melius re perpensa*, ha optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in vista del diritto del figlio «a mantenere la persistente organizzazione che trova nella casa familiare il suo momento di aggregazione ed unificazione» – così, pure Trib. Napoli, 12 ottobre 2006 –). In argomento, v., U. ROMA, o. cit., p. 177 ss.

¹⁰⁴ V., ad es., Cass., 17 dicembre 2007, n. 26574, in *Fam. min.*, 2008, 2, p. 62; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4520; Cass., 12 settembre 2011, n. 18618; G. PAGLIANI, o. cit., pp. 222 s. e 233 s. (qui, sull'incidenza economica dell'assegnazione della casa familiare sul mantenimento della prole, come parametro non previsto ma da valutare); C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 280 ss., U. ROMA, o. cit., p. 173 ss.

¹⁰⁵ In simile prospettiva, il godimento della casa familiare può essere attribuito all'altro genitore, allo scopo di incontrarvi i figli nei periodi che trascorrono con lui: Trib. Bari, 10 novembre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 561 (nella specie, il genitore, con cui il figlio viveva prevalentemente, aveva trasferito altrove la propria residenza). Sul concetto di casa familiare, v., in letteratura, G. PAGLIANI, o. cit., p. 225 s.; C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 262 ss.; G. FREZZA, *La casa (già) familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, p. 718 ss.; M. PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, 3, p. 329 ss. Precisa opportuna-

cola e si esprime la sua esistenza. È, in altre parole, il centro dei comuni interessi materiali e spirituali dei componenti il nucleo familiare, in cui si dipana la continuità delle relazioni domestiche e si aggrega ed unifica la comunità familiare.

Pertanto, l'assegnazione della casa familiare è consentita unicamente con riguardo all'immobile che abbia costituito il complesso dei beni funzionalmente organizzati per l'esistenza della comunità medesima durante il tempo dell'unità familiare, con esclusione di qualsivoglia altro immobile di cui i genitori abbiano la disponibilità (ovviamente, prima della cessazione della convivenza), quale, ad es., la casa utilizzata nei periodi di vacanza¹⁰⁶.

Siffatto immobile, per essere stimato idoneo a preservare le abitudini di vita quotidiana e l'ambiente domestico usuale (al fine, come s'è detto, di evitare modifiche coattive e radicali delle relazioni interpersonali e mantenere indenni i figli, massimamente se minori, da ferite della sfera emotiva ed affettiva), deve comprendere l'insieme degli arredi, delle suppellettili, degli elettrodomestici, nonché le pertinenze¹⁰⁷, insomma tutto quanto abbisogna per il normale godimento dell'immobile medesimo¹⁰⁸.

Proprio perché il provvedimento di assegnazione della casa familiare è destinato, con la permanenza nell'*habitat* domestico, a salvaguardare la continuità delle consuetudini di vita legate all'abituale dimora (ed ivi la frequentazione degli amici oppure di centri ginnici e/o sportivi, oltre alla frequenza scolastica), l'assegnazione può essere disposta sulla base dell'imprescindibile presupposto della presenza di figli conviventi con il genitore domiciliario di minorenni o coabitante con maggiorenni economicamente non autosufficienti (senza loro colpa) e, in quest'ultima ipotesi, fino a che la prole non pervenga all'autonomia eco-

mente T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 280 s., che la casa familiare non coincide necessariamente con la residenza anagrafica, ma la funzione di centro di aggregazione e di unificazione della famiglia deve sussistere al momento dello scioglimento della coppia.

¹⁰⁶ Cass., 4 luglio 2011, n. 14553; Cass., 18 settembre 2014, n. 19693; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 183.

¹⁰⁷ V., ad es., quanto disposto in Trib. Catania, 5 maggio 2006 e 11 luglio 2006. Sull'autorimessa costituente pertinenza dell'abitazione, v. Trib. Bologna, 10 aprile 2006, che, in assenza di contrarie indicazioni normative o di opportunità, la stima ricompresa nel provvedimento di assegnazione.

¹⁰⁸ Emblematico il caso deciso da Trib. Catanzaro, 14 luglio 2014: qui, l'ex marito ed il padre di lui, proprietario dell'appartamento, avevano tagliato i cavi elettrici, lasciando la casa priva di elettricità e di riscaldamento. Nella motivazione si legge che nel concetto di casa familiare l'alloggio, che riveste un ruolo indubbiamente preponderante, «non può essere considerato disgiuntamente da quei *comforts* (tipo arredi, suppellettili, elettrodomestici, ecc.), pertinenze (autorimessa, ecc.), nonché le utenze (fornitura del gas, telefono, luce elettrica) di cui esso è dotato e che concorrono a contrassegnarne in modo intrinseco ed inscindibile il valore economico», cosicché tutto ciò che compone la casa familiare «appare attratto da vincolo di destinazione oggettiva con l'unica eccezione di tutti quei beni strettamente personali che siano volti a soddisfare esigenze di vita peculiari del coniuge non assegnatario».

nomica¹⁰⁹. Sicché, il provvedimento di assegnazione fonda la sua (esclusiva) giustificazione sulla presenza di queste tipologie di figli conviventi¹¹⁰, sempreché costoro non siano estranei alla famiglia originaria, ma siano figli della coppia genitoriale successivamente disciolta¹¹¹.

L'esigenza di protezione dell'interesse dei figli a permanere nell'ambiente in cui sono cresciuti è, evidentemente, riflessa nella circostanza che sussista la stabilità dell'abitazione: appunto per questo, qualora cessi la convivenza, cade il presupposto dell'assegnazione della casa familiare. Si procede, quindi, alla revoca di detta assegnazione se la prole acquista l'indipendenza economica e sia, in virtù di questa, in grado di indirizzare altrove la propria esistenza, oppure sia presumibile che, in ragione del raggiungimento di un'età avanzata, il mancato conseguimento dell'autonomia sia dipeso da una colpevole inerzia del figlio¹¹².

Al di fuori, comunque, di tali evenienze, se il figlio trasferisce stabilmente la propria residenza od insieme con il genitore convivente cambi definitivamente domicilio, non può che ritenersi priva di *ratio* la permanenza dell'uso della casa familiare: uno stabile radicamento *aliunde* fa, così, decadere la necessità di protezione e di tutela del godimento dell'ambiente domestico primigenio¹¹³.

¹⁰⁹ V., sul punto, già Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Famiglia*, 2004, p. 867, nonché Cass., 6 giugno 2006, n. 13260, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2309; In dottrina, v., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 225 s.; C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 275 ss.

¹¹⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297, in *Fam. dir.*, 1996, p. 517; Cass., 16 maggio 2007, n. 11305; Cass., 24 luglio 2007, n. 16398, *ivi*, 2008, p. 698; Cass., 14 dicembre 2007, n. 26476; Cass., 17 dicembre 2007, n. 26574; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3934, *ivi*, 2008, 698; Cass., 21 gennaio 2011, n. 1491; Cass., 1° agosto 2013, n. 18840; Cass., 18 settembre 2013, n. 21334 (nella specie, una figlia convivente trentenne che aveva abbandonato gli studi da dodici anni, ma che, avendo svolto pratica professionale presso uno studio commerciale, aveva dimostrato potenzialità reddituali; di conseguenza, veniva meno la *ratio* del godimento della casa familiare); Cass., 3 giugno 2014, n. 12346; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1860; Trib. Torino, 1° dicembre 2008; Trib. Milano, 28 aprile 2009; Trib. Monza, 15 ottobre 2009; App. Roma, 15 aprile 2009 e 27 maggio 2009.

¹¹¹ Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 112 ed in *Fam. min.*, 2007, 1, p. 54; Cass., 2 ottobre 2007, n. 20688, in *Corr. giur.*, 2007, 11, p. 1499; Cass., 17 dicembre 2007, n. 26574.

¹¹² Dura e lapidaria la motivazione con cui Cass., 20 agosto 2014, n. 18076, a fronte di un caso in cui i figli conviventi, pur disoccupati, avevano superato da tempo la quarantina, sentenza che sussiste una soglia oltre la quale si rischiano forme di vero e proprio parassitismo di *ex* giovani ai danni dei genitori sempre più anziani. Ribadisce, di recente, che l'assegnazione della casa familiare può essere revocata qualora il figlio maggiorenne convivente raggiunga l'autosufficienza economica, Cass., 22 luglio 2015, n. 15367 (nella specie, su richiesta del terzo acquirente della casa medesima).

¹¹³ Cfr. Cass., 14 dicembre 2007, n. 26476 (nella specie, non soltanto il figlio convivente con la madre era maggiorenne e studente, ma soprattutto essi vivevano stabilmente in un'altra città, dove la madre aveva trovato un lavoro, formando «un nuovo centro dei suoi interessi familiari»); Cass., 28 aprile 2010, n. 10222; Cass., 22 marzo 2012, n. 4555; Cass., 24 luglio 2012, n. 12977, che, in un caso di convivenza con un figlio invalido al

L'assegnazione della casa familiare potrà, naturalmente, essere disposta allorché l'altro genitore sia titolare di un diritto personale di godimento in forza di un contratto di locazione in atto¹¹⁴ oppure a titolo di comodato o per ragioni di servizio¹¹⁵.

In linea generale, l'assegnazione in parola, dovendo, come più volte ribadito, rispondere al prioritario interesse della prole a conservare il proprio *habitat*, prescinde dal fatto che la proprietà dell'immobile sia esclusivamente del genitore non convivente e va stabilita in-

100%, con indennità di accompagnamento, ribadendo che ai figli minorenni vanno assimilati i soggetti maggiorenni portatori di *handicap* grave (nella specie, disturbo schizofrenico di tipo paranoico) quanto all'assegnazione della casa familiare, sottolinea che di questa non si può più parlare quando i genitori siano separati di fatto da molti anni ed uno di essi si sia trasferito a vivere con un figlio che da tempo si era allontanato dalla casa familiare, perché in contrasto con l'altro genitore; Cass., 25 luglio 2013, n. 18075; Cass., 1° agosto 2013, n. 18840. Non vale ad evitare la revoca dell'assegnazione il ritorno puramente saltuario, prevalentemente d'estate (Cass., 10 maggio 2013, n. 11218); all'inverso, la revoca è inammissibile allorché si provi che l'allontanamento dalla casa familiare sia stato motivato da esigenze professionali: cfr., Cass., 9 agosto 2012, n. 14348 (qui, la madre, lavorando come infermiera turnista in un reparto di terapia intensiva neonatale, era stata costretta ad appoggiarsi, per cinque giorni alla settimana, presso la casa dei propri genitori, che provvedevano alla figlia di sei anni in sua assenza; ciò nonostante, la casa familiare veniva regolarmente abitata tutti i fine settimana, i giorni festivi e la stagione estiva); Cass., 12 giugno 2014, n. 13295, ove l'asserzione che «la nozione di convivenza rilevante agli effetti dell'assegnazione della casa familiare comporta la stabile dimora del figlio presso l'abitazione di uno dei genitori, con eventuali, sporadici allontanamenti per brevi periodi, e con esclusione, quindi, dell'ipotesi di saltuario ritorno presso detta abitazione per i fine settimana, ipotesi nella quale si configura, invece, un rapporto di mera ospitalità. V., inoltre, Cass., 22 marzo 2010, n. 6861, in *Fam. dir.*, 2010, p. 776, che discorre di stabilità della convivenza sebbene il figlio debba allontanarsi anche per periodi non brevi per motivi di studio o di lavoro; Cass., 14 luglio 2015, n. 14727, che convalida la revoca dell'assegnazione della casa familiare in seguito al trasferimento della madre assegnataria, ma, nel contempo, riconosce alla figlia maggiorenne, priva di reddito, la legittimazione a richiedere il mantenimento, «che dovrebbe permetterle di procurarsi un nuovo alloggio, posto che, tra l'altro, il padre, tornando nella disponibilità dell'immobile, vedrà accresciuta la sua disponibilità economica». In dottrina, si rileva che la cessazione dell'utilizzo della casa familiare come stabile abitazione deve essere collegata ad una mancata utilizzazione dipendente da un'opzione volontaria e non indotta da circostanze derivanti e/o imputabili al genitore non assegnatario (cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 234 ss.) e si segnala la necessità, allo scopo di individuare con esattezza la fattispecie di mutamento di residenza o di domicilio, della specificazione, nel provvedimento di assegnazione, del luogo di residenza della prole, come indispensabile punto di riferimento (A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., p. 62).

¹¹⁴ Cass., 22 gennaio 2009, n. 1952. Trib. Bari, 16 gennaio 2014, precisa che il subentro nel rapporto locativo avviene senza necessità di comunicazione al locatore e che, fino a quel momento, il proprietario richiederà il pagamento del canone al genitore intestatario del contratto (secondo il giudicante, il fondamento non va ravvisato in un trasferimento a titolo particolare di un bene, ma piuttosto nel più semplice fenomeno della sostituzione di una parte ad un'altra in un contratto); sul punto, v. C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 297 s.; U. ROMA, *L'assegnazione della casa familiare*, cit., il quale, premesso che presupposto indefettibile del provvedimento di assegnazione è la disponibilità, di fatto e giuridica, dell'alloggio da parte dell'altro genitore, parla di cessione *ex lege* del contratto di locazione a favore dell'assegnatario (rispettivamente, pp. 224 e 226).

¹¹⁵ Cass., 19 giugno 2008, n. 16627.

dipendentemente dalla circostanza che per costui il dover cambiare alloggio possa comportare ulteriori oneri finanziari¹¹⁶.

All'assegnatario, peraltro, non viene trasferito il diritto reale di cui è titolare l'altro genitore, ma viene bensì attribuito un autonomo, atipico diritto personale di godimento a titolo gratuito¹¹⁷.

Dunque, qualunque sia il titolo del godimento, resta pur sempre parametro di valutazione l'interesse fondamentale dei figli a mantenere, insieme con il genitore domiciliatario e convivente¹¹⁸, l'ambiente del proprio vissuto nella sua consistenza dimensionale e qualitativa. Di tal che un'assegnazione parziale dell'immobile, ancorché ammissibile in linea di principio, non è praticabile allorché la casa familiare, così ridotta, non appaia adeguata e coerente con le necessità sia materiali sia relazionali della prole.

¹¹⁶ Testualmente, Trib. min. Trieste, 28 marzo 2012, in *Fam. dir.*, 2013, 1, p. 65, con nota di B. BLASCO, *L'assegnazione della casa familiare nei procedimenti ex art. 317 bis c.c.*; v., pure Cass., 22 novembre 2010, n. 23591; Cass., 15 settembre 2011, n. 18863; C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 293.

¹¹⁷ Cass., 3 marzo 2006, n. 4719; Cass., 20 ottobre 2008, n. 25486; Trib. Salerno, 8 maggio 2007 e Trib. Savona, 5 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 169; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 219; C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 291 s.; U. ROMA, *L'assegnazione della casa familiare*, cit., p. 223 ss. Il provvedimento di assegnazione in tanto è opponibile al terzo acquirente in quanto sia stato precedentemente trascritto (Cass., 18 settembre 2009, n. 20144, in *Fam. min.*, 2009, 10, p. 269). Sennonché, è stato notato, in proposito, che, se l'effetto dell'opponibilità non retroagisce al momento della domanda giudiziale, nelle more del procedimento il proprietario potrebbe trasferire la proprietà dell'immobile e l'acquirente trascrivere il proprio titolo, rischiando, così, la vanificazione del successivo provvedimento (Trib. Salerno, 8 maggio 2007; Trib. Pisa, 13 febbraio 2008, in *Guida dir.*, 2008, 8, p. 91; G. PAGLIANI, p. 229 ss., spec. p. 230 s.; C. IRTI, *Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione e prescrizioni in materia di residenza*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 305 ss., spec. p. 309

ss.; U. ROMA, o. cit., p. 209 ss. Di recente, tuttavia, Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, in *www.studiocataldi.it*, ritiene irrilevante l'antiorità del trasferimento immobiliare rispetto al provvedimento di assegnazione dell'immobile (già trasferito a terzi), dal momento che preesisteva in capo al genitore assegnatario la qualità di detentore qualificato del bene, indiscutibilmente destinato a casa familiare (nella specie, comunque, tale destinazione era a conoscenza del terzo acquirente, per esservi stato un accertamento giudiziale sotteso ad un'azione revocatoria – volto a riconoscere che la vendita aveva avuto lo scopo di sottrarre una parte del patrimonio del debitore all'adempimento degli obblighi genitoriali –, peraltro accolta, nonché un'azione disciplinare a carico di un legale coinvolto nella complessa vicenda – per essere intervenuto personalmente ad acquistare, ad un prezzo inferiore a quello previsto, l'immobile al fine di sottrarlo agli obblighi derivanti dal credito di mantenimento in favore delle figlie minori del venditore –: sicché, le convergenti evidenze di fatto e di diritto – azione revocatoria accolta e procedimento disciplinare coperto da giudicato – corroboravano la convinzione che il terzo acquirente avesse «piena conoscenza anche legale della destinazione a casa familiare impressa all'immobile»).

¹¹⁸ Cfr., ancora, nelle pronunce di merito, Trib. Messina, 18 luglio 2006, in *www.minoriefamiglia.it*; Trib. Napoli, 12 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006. Si specifica, in tema, che l'interesse del figlio ad abitare nella casa familiare viene meno qualora costituisca un proprio ed autonomo nucleo familiare (C. IRTI, *Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione*, cit., p. 325). In generale, per le critiche sollevate dai riferimenti normativi alle decisioni prese dal genitore assegnatario in ordine alla cessazione della convivenza, v. U. ROMA, o. cit., p. 177 ss. ed *ivi* raggugli bibliografici.

In realtà, la giurisprudenza si mostra alquanto diffidente nei riguardi di richieste di tal fatta, ed ancor più qualora sia prospettata una divisione dell'immobile in precedenza abitato dal nucleo familiare, anche quando essa sia tecnicamente fattibile. In effetto, sebbene non venga contestata in radice la divisibilità dell'immobile, pur tuttavia viene postulato un accertamento da parte del giudice che questa operazione non sia in contrasto con l'interesse dei figli (innanzitutto, se minori) alla preservazione dell'ambiente in cui si svolgeva l'esistenza della famiglia originaria, a maggior ragione allorché la divisione dell'immobile, mantenendo in concreto la vicinanza (a volte estremamente ridotta) dei genitori, possa incrementare oppure solamente rinfocolare una conflittualità preesistente (e/o tuttora in atto) tra di essi, con grave nocimento alla serena ed equilibrata crescita della prole¹¹⁹.

Prevale, in sostanza, largamente l'indirizzo che l'assegnazione parziale può aver luogo soltanto se l'unità immobiliare sia del tutto autonoma e distinta da quella destinata ad abitazione della famiglia ovvero quest'ultima ecceda per estensione le esigenze della famiglia e sia agevolmente divisibile; nondimeno, il giudice è chiamato ad effettuare altresì una valutazione di opportunità, in quanto non può procedere a simile assegnazione laddove si convinca che la prospettata divisione sarebbe fonte di disagio psicologico per i figli della coppia, scaturente dal mutamento della loro condizione abitativa. Nel solco così tracciato, si specifica che, se la casa familiare è di grandi dimensioni, il magistrato può valutare l'opportunità che essa sia frazionata, magari perché una persistente contiguità abitativa, in assenza di una netta divisione, favorirebbe un clima di continua e più aspra belligeranza tra genitori i cui rapporti sono già notevolmente deteriorati¹²⁰. Viceversa, quando la casa familiare risulta di dimensioni non sproporzionate rispetto alle esigenze del nucleo familiare superstiti, la divisione potrebbe innescare la conseguenza, negativa per i figli, di dover vivere in un'abitazione più piccola e diversa da quella che essi conoscevano ed in cui avevano vis-

¹¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. min.*, 2008, 8, p. 42 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 68; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586; Cass., 4 luglio 2011, n. 14553; Cass., 11 novembre 2011, n. 23631; Cass., 22 luglio 2014, n. 16649; Cass., 12 novembre 2014, n. 24156; Trib. Napoli, 21 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 237. In dottrina, sull'eccezionalità del provvedimento di assegnazione parziale, cfr. C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 265 s.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 181 s.

¹²⁰ Perspicuamente, Trib. min. Bari, 17 novembre 2010.

suto, perdendo l'abitazione la consistenza dimensionale e qualitativa che la stessa aveva in costanza di vita familiare pregressa¹²¹.

Nell'eventualità, poi, che parte della casa familiare sia adibita a studio professionale oppure che alcuni locali di essa siano utilizzati per attività lavorativa, non è ammessa, a meno di speciali circostanze, deroga al principio più volte enunciato del rispetto del preminente interesse della prole, dovendosi tenere conto del valore della casa come centro di relazioni affettive e di stabilità psicologica¹²².

In definitiva, deriva dall'analisi del formante giurisprudenziale che l'assegnazione della casa familiare, quand'anche la tipologia dell'immobile consenta una comoda (e non eccessivamente onerosa) divisione, può essere limitata ad una porzione di essa unicamente se sussistono due presupposti: a) l'assenza di un'elevata conflittualità tra i genitori (in questo modo, per così dire, confinanti); b) l'evenienza o la ragionevole previsione che una siffatta soluzione agevoli concretamente la condivisione della genitorialità e la conservazione dell'*habitat* domestico della prole¹²³.

L'accertata, sicura preminenza dell'interesse della prole a conservare la disponibilità di un immobile concepito e/o realizzato e/o adibito ad unitaria abitazione familiare e di non subire, nella propria vita quotidiana, il peso ed i rischi di ulteriori conflitti familiari che sarebbero, presumibilmente, incentivati dall'abitazione dei genitori nello stesso fabbricato,

¹²¹ V., ad es., Trib. Napoli, 9 giugno 2006; Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 138 ed in *Fam. dir.*, 2007, 6, p. 621, con nota di M. IANNACCONI, *Quale conflittualità tra genitori esclude il ricorso all'affidamento condiviso?*; App. Napoli, 11 aprile 2007; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, ove si pone l'accento sul fatto che la prospettata divisione dell'immobile sarebbe fonte di disagio psicologico al figlio della coppia per il mutamento della sua condizione abitativa, qualora questi si vedesse costretto a vivere in una casa grande la metà e, perciò, profondamente diversa da quella in cui aveva fino ad allora vissuto (nella specie, un'abitazione di mq. 150, finemente rifinita ed arredata).

¹²² Sull'uso di locali della casa familiare per attività lavorativa, v. Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 674, che ammette l'assegnazione parziale di essa a condizione che la rimanente parte dell'immobile sia in grado di soddisfare le esigenze abitative della famiglia. Altrimenti, non rappresenta valido motivo di deroga al criterio primario della tutela dell'interesse dei figli la circostanza che una porzione della casa familiare sia stata destinata a studio professionale, considerato anche che l'attività professionale può essere esercitata adeguatamente altrove (Cass., 28 ottobre 2003, n. 16152).

¹²³ Cass., 11 aprile 2014, n. 8580; Cass., 12 novembre 2014, n. 24156; Cass., 22 luglio 2014, n. 16649 (nella specie, si trattava di una casa familiare di ampie dimensioni, articolata su due livelli abitativi, ciascuno dotato di autonomi servizi, e comunque collegati da una scala interna; tuttavia, di là dalle concrete possibilità accertate di creazione di due distinte ed autonome unità abitative, è prevalsa la considerazione che, dal momento che il fabbricato era stato progettato e destinato ad unitaria abitazione della famiglia, con verosimile destinazione a zona giorno del primo livello ed a zona notte del secondo, non era consentito sacrificare l'interesse dei figli a mantenere quell'assetto domestico nelle dimensioni volute e realizzate dai genitori medesimi).

conduce, quindi, la giurisprudenza ad accogliere le richieste di assegnazione parziale molto di rado ed in via puramente eccezionale¹²⁴.

Comunque sia, il provvedimento di assegnazione non implica la totale gratuità del godimento dell'alloggio, giacché la gratuità attiene solamente all'uso dell'abitazione, ma non si estende alle spese connesse a detto uso, le quali, in mancanza di una statuizione espressa che ne accoli l'onere al genitore proprietario, devono gravare sull'assegnatario. Nella pratica, competono di regola a costui le spese delle utenze e di gestione della casa, comprese quelle condominiali ordinarie (afferenti alla manutenzione delle cose comuni poste a servizio dell'abitazione familiare); invece, rimangono a carico del genitore proprietario gli oneri fiscali sull'immobile, come la vecchia imposta comunale cd. ICI (ma, ora, le nuove IMU e TASI)¹²⁵.

A parte, però, gli oneri derivanti dalla qualità di titolare del diritto di proprietà, l'assegnatario della casa familiare subentra in tutti i diritti e doveri annessi al diritto di godimento che gli è stato riconosciuto dal giudice ed ha, specialmente, diritto ad effettuare la voltura a suo nome dei contratti di utenze domestiche e può eseguire e far eseguire direttamente, salvo rimborso, le riparazioni urgenti alla casa per preservarne la destinazione d'uso quale *habitat* funzionale alla crescita dei figli. L'immobile assegnato, quindi, non può

¹²⁴ Alle decisioni citate nelle note precedenti, *adde* Cass., 22 novembre 2010, n. 23591 e, nel merito, App. Catania, 27 novembre 2007, in *www.famigliaegustizia.it*. App. Firenze, 25 ottobre 2011; App. Napoli, 18 aprile 2012; App. Catania, 27 maggio 2013. In letteratura, oltre agli aa. citt. in nota 119, cfr. M. PALADINI, *L'abitazione della casa familiare*, cit., p. 329 ss.; A. SCALERA, *L'assegnazione della casa familiare nella legge sull'affidamento condiviso*, in *Studium juris*, 2007, 6, p. 642 ss.; B. BLASCO, *L'assegnazione della casa familiare*, cit., p. 67 ss., spec. p. 69 s.

¹²⁵ Su simili asserzioni, cfr. Cass., 19 settembre 2005, n. 18476, in *Giur. it.*, 2006, I, c. 2271; Cass., 22 febbraio 2006, n. 3836; Cass., 19 marzo 2007, n. 6192, in *Fam. dir.*, 2007, p. 775; Cass., 20 ottobre 2008, n. 25486 (solamente il titolare di un diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento sull'immobile è soggetto passivo dell'imposizione tributaria). Non è escluso, tuttavia, che il genitore non assegnatario possa essere obbligato a corrispondere la rata del mutuo ipotecario od un canone di locazione (Trib. Milano, 27 novembre 2013; Cass., 3 settembre 2013, n. 20139). Anzi, si specifica, al riguardo, che il mancato pagamento della rata (o della quota) di mutuo contratto per l'acquisto della casa familiare integra un comportamento pregiudizievole per i figli, attesa l'importanza che il bene "casa" riveste per la sana crescita della prole nel cui prioritario interesse va disposta l'assegnazione di detto bene; sicché, è dato emettere, altresì d'ufficio, i provvedimenti sanzionatori *ex art. 709 ter c.p.c.* (è chiaro che il mancato pagamento espone i figli al rischio che l'istituto di credito mutuante possa soddisfarsi esecutivamente sul bene immobile, con conseguente privazione della dimora domestica: Trib. Catania, 3 novembre 2010). Vieppiù, in tale frangente, è possibile ravvisare un'ipotesi di reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex art. 570 c.p.*, allorché emerga, in capo al soggetto inadempiente, la volontà cosciente e libera di sottrarsi, senza giusta causa, agli obblighi di assistenza scaturenti dalla responsabilità genitoriale (Cass., pen., 4 febbraio 2014, n. 15898; Cass. pen., 24 luglio 2014, n. 33023; App. Napoli, 28 marzo 2012; App. Palermo, 5 dicembre 2013; Trib. Firenze, 19 giugno 2013), nel solco dell'assunto che tra i «mezzi di sussistenza» contemplati nella norma penale rientra la casa di abitazione.

essere considerato disgiuntamente dai *comforts* in esso esistenti nonché dalle normali utenze domestiche¹²⁶, ed è inibita, inoltre e più nel dettaglio, qualunque ingerenza nel godimento proveniente dal proprietario, trattandosi, in capo all'assegnatario, di detenzione qualificata che giustifica il ricorso alla tutela possessoria nel caso della predetta (indebita) ingerenza od anche, addirittura, di estromissione violenta o clandestina¹²⁷.

Il principio della preservazione della disponibilità della casa familiare nell'interesse primario della prole fa aggio perfino nella (controversa ed invero spinosa) questione circa la continuità del godimento dell'immobile, quando questo scaturisce da un (semplice) contratto di comodato.

Non è infrequente, difatti, il caso che l'alloggio venga fornito alla coppia genitoriale da un terzo proprietario, normalmente legato da vincoli di parentela (più spesso stretta) con uno dei due *partners*, perché sia utilizzato come casa familiare. In seguito alla rottura del legame affettivo tra di essi, con il provvedimento successivo di assegnazione della casa medesima è valutato, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, prevalente l'interesse specifico dei figli a mantenere l'ambiente domestico nei confronti di quello del titolare del bene a rientrarne nella disponibilità (salva l'acclarata sopravvenienza di un urgente ed imprevedibile bisogno, a norma dell'art. 1809, comma 2, c.c.)¹²⁸.

¹²⁶ V. Trib. Catanzaro, 14 luglio 2014, cit. in nota 108.

¹²⁷ Quale, a titolo esemplificativo, il cambiamento della serratura dell'appartamento: Cass., 2 gennaio 2014, n. 7; v. pure Cass., 21 marzo 2013, n. 7214. Entrambe le decisioni, nell'alveo di una giurisprudenza consolidata, riaffermano la legittimazione ad esperire l'azione di spoglio, nei confronti del proprietario, anche in capo al convivente *more uxorio*, poiché ribadiscono che una convivenza siffatta determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto (derivante dalla stabilità della relazione familiare e protetto dal rilievo che l'ordinamento a questa conferisce) basato su di un interesse ben diverso da quello scaturente da ragioni di mera ospitalità.

¹²⁸ V. il caso sottoposto a Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917 (nella specie, è stata convalidata la restituzione di un appartamento concesso in comodato da parte dell'*ex* suocera, che aveva provato con idonea certificazione medica il proprio precario stato di salute, comportante la necessità di recuperare la disponibilità dell'immobile, malgrado l'esistenza di un provvedimento giudiziale di assegnazione dello stesso all'*ex* nuora). D'altra parte, dall'analisi delle fattispecie concrete, è possibile, in materia, enucleare una serie di elementi che debbono concorrere per ritenere che il provvedimento di assegnazione sia opponibile al comodante: a) destinazione dell'immobile a casa familiare, per concorde volontà, anche implicita, delle parti; b) presenza di figli minori o non economicamente autosufficienti; c) stretto rapporto di parentela tra comodante e figli del comodatario, riflettente l'interesse non patrimoniale del comodante correlato alle esigenze dei figli. All'inverso, il provvedimento di assegnazione dell'alloggio (che deve comunque sussistere e non risultare mancante: Cass., 14 febbraio 2012, n. 2103 – nel caso esaminato, era venuta meno anche la convivenza con il figlio –; Trib. Cassino, 23 marzo 2015, ne *ISole24ore*, 16 aprile 2015 – qui, la permanenza della figlia all'interno dell'abitazione era stata semplicemente tollerata dal padre proprietario per ragioni di pura ospitalità –) è inopponibile al comodante allorché la stipulazione del contratto sia stata finalizzata ad esigenze professionali o comunque ad un uso per-

Più dettagliatamente, si afferma che, essendo effetto precipuo del provvedimento di assegnazione quello di stabilizzare, a favore della prole, la preesistente organizzazione che rinviene nella casa familiare il suo momento di aggregazione e di unificazione (escludendo uno dei genitori da tale contesto e concentrando la detenzione a vantaggio, oltre alla prole, del soggetto che, pur potendo non essere stato parte formale del negozio attributivo del godimento, era comunque componente del nucleo a favore del quale detto godimento era stato concesso), la configurazione dell'assegnazione in chiave di esclusione/concentrazione del godimento dell'immobile implica che la posizione del beneficiario nei riguardi del terzo concedente resti conformata dalla natura del diritto pregresso, rimanendo soggetta agli stessi limiti che segnavano il godimento da parte della comunità familiare nella fase fisiologica della vita domestica. Tuttavia, l'applicabilità della disciplina regolatrice del titolo contrattuale di riferimento deve essere parametrata all'(effettiva) utilizzazione del bene quale abitazione familiare, con la conseguenza che il dato oggettivo della destinazione in tal senso riveste rilievo decisivo al fine della ravvisabilità di un termine (eventualmente) collegato a detta destinazione.

In effetto, il soggetto che formalmente assume la veste di comodatario riceve il bene non tanto a titolo personale, quanto piuttosto come esponente della comunità familiare, dal che deriva che l'uso a cui il bene doveva essere destinato rappresenta il termine implicito della durata del rapporto, la cui scadenza non è determinata, ma è strettamente correlata alla destinazione impressa ed alle finalità a cui essa tende. Siffatto vincolo di destinazione non può considerarsi automaticamente caducato a causa della sopravvenuta crisi della coppia genitoriale, dal momento che la destinazione in discorso prescinde, nella sua oggettività, dall'effettiva composizione, alla data della concessione in comodato, della comunità domestica ed appare, viceversa, protesa a perseguire le esigenze della famiglia, altresì nelle sue potenzialità di espansione. Sebbene, poi, le parti abbiano espressamente ed univocamente pattuito, all'atto della conclusione del contratto, un termine finale di godimento del bene, pure in total evenienza il soggetto assegnatario potrà validamente resistere al recesso del

sonale ed il diverso utilizzo quale casa familiare sia ascrivibile a mera tolleranza da parte del comodante medesimo (Cass., 11 agosto 2010, n. 18619, in *Fam. dir.*, 2011, 2, 121). Sull'intera e complessa problematica, cfr. C. IRTI, *Assegnazione della casa familiare*, cit., p. 298 ss.; U. ROMA, o. cit., p. 228 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 185 ss.

comodante (salva sempre l'urgenza), adducendo la persistenza della destinazione d'uso. Quest'ultima, ciò non ostante, abbisogna di un accertamento in fatto, che postula una puntuale verifica della comune intenzione delle parti, attraverso una valutazione globale dell'intero contesto nel quale il contratto si è perfezionato, della natura dei rapporti tra le stesse, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento utile a gettar luce sulla reale intenzione di dare e ricevere il bene allo scopo preciso della sua destinazione ad abitazione familiare¹²⁹.

D'altronde, occorre comunque tener conto della necessità di salvaguardare, nell'ipotesi di sopraggiunto ed impreveduto bisogno, il diritto del comodante alla restituzione del bene dedotto in contratto da comportamenti ostruzionistici dei comodatari, volti a prolungare indebitamente il godimento della casa familiare.

L'onere della prova in tale direzione incombe su chi invoca la cessazione del rapporto, in termini dell'avvenuto dissolversi delle esigenze collegate all'uso familiare, oppure, allorché queste permangono, in termini di sopravvenuto stato di bisogno, impreveduto alla data di stipulazione del contratto di comodato, nonché connotato dall'urgenza, senza che rilevino bisogni non attuali né concreti o soltanto astrattamente ipotizzabili. In simile ambito,

¹²⁹ È l'autorevole pronuncia di Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Foro it.*, 2005, I, c. 442. In questa linea di pensiero, v. Cass., 23 marzo 2005, n. 6278; Cass., 6 giugno 2006, n. 13260, *ivi*, 2006, I, c. 2309; Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, in *Fam. dir.*, 2007, p. 689 (ove si sottolinea che è consentito ricostruire la volontà delle parti di destinare l'immobile a casa familiare anche dopo la crisi della famiglia e la disgregazione del nucleo familiare, si da imprimere al rapporto un vincolo di durata con riguardo alle esigenze abitative del nucleo residuo); Cass., 18 luglio 2008, n. 19939, in *www.dirittoegustizia.it*; Cass., 11 agosto 2010, n. 18619; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2103, la quale ribadisce che la specificità della destinazione ad abitazione familiare, come punto di riferimento e centro di interessi del nucleo familiare, è incompatibile con un godimento contrassegnato dalla provvisorietà e dall'incertezza che caratterizzano il comodato cd. precario (cioè, senza un termine prefissato) e che legittimano la cessazione *ad nutum* del rapporto su iniziativa del comodante; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16769; Cass., 11 settembre 2015, n. 17971 (la quale riconferma che, in assenza di un'espressa indicazione della scadenza, il rapporto di comodato ha una durata determinabile *per relationem* all'uso a cui è destinato, indipendentemente dall'insorgere di una crisi coniugale, e persiste o viene meno con la sopravvivenza od il dissolversi delle esigenze familiari che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile). *Contra*, a favore del diritto del comodante alla restituzione *ad nutum* del bene concesso in comodato cd. precario, nonostante il provvedimento di assegnazione, Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Fam. dir.*, 2012, 12, p. 1085, con nota di E. AL MUREDEN, *Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione ad nutum*, il quale discorre di erosione del principio sancito dalle sezioni unite della cassazione (qui, p. 1086); la sentenza, rimasta, a quanto consta, isolata, afferma che la determinazione del termine di efficacia del *vinculum juris* tra le parti è rimessa in via potestativa alla sola volontà del comodante e che è errato agganciarsi, per la restituzione, al comma 2 dell'art. 1809 c.c. Ad ogni buon conto, pur potendo, sulla scia dell'interpretazione dominante, il godimento del bene protrarsi per un notevole lasso di tempo – se i figli, divenuti maggiorenni, non raggiungano l'autosufficienza economica –, è, ovviamente, esclusa la possibilità di usucapire il bene (Cass., 27 novembre 2008, n. 28326, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 509).

non solamente la necessità di un uso diretto ma anche il sopraggiungere d'un improvviso deterioramento della condizione economica del comodante – che giustifichi la restituzione del bene ai fini della sua vendita o di una (redditizia) locazione – consente di porre termine al comodato, ancorché la sua destinazione sia (ancora) quella di casa familiare¹³⁰.

Abstract

The study traces the jurisprudential elaboration of the principles dictated by the law on shared custody by highlighting the interpretation and practical application of the same, often supplementary and sometimes corrective of legal principles in the subject.

Camerino, maggio 2016.

¹³⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, la quale ritiene, nondimeno, necessario che, in simile evenienza, il giudice eserciti con la massima attenzione il controllo di proporzionalità ed adeguatezza nel comparare le particolari esigenze di tutela della prole ed il contrapposto bisogno del comodante. V. pure, in applicazione della (prevalente) giurisprudenza di legittimità, Trib. Foggia, 14 aprile 2015.

MARIA PAOLA MANTOVANI

Assicurazione obbligatoria medico-sanitaria e modelli contrattuali

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile come *species* del *genus* assicurazione contro i danni. – 3. Analisi funzionale ed effettività della tutela del contraente assicurato. – 4. L'incidenza della clausola *claims made* nei modelli contrattuali assicurativi del settore medico-sanitario. – 5. Verso un modello integrato di socializzazione dei rischi sanitari.

1. *Note introduttive*

La ricerca muove dall'analisi del rapporto tra assicurazione e responsabilità civile medico-sanitaria alla luce dell'inadeguatezza, sempre più avvertita, di un sistema improntato alla tutela risarcitoria pura. In tal senso, la tendenza attuale è di fare leva sugli effetti virtuosi di una compartecipazione dello strumento assicurativo, con funzione riallocativa e, sostanzialmente, integrativa della tutela risarcitoria.

Le ragioni di fondo del crescente interesse verso il sistema assicurativo si rinvencono nella funzione riparatoria e, insieme, di sicurezza che tale modello realizza, connesse alla situazione di crisi che, da anni, si registra, in particolare, nel settore della responsabilità medico-sanitaria che ha conosciuto un'evoluzione senza precedenti, sia in termini di condotte difensive adottate dai sanitari (c.d. medicina difensiva), sia in termini di elevata conflittualità¹.

In tale prospettiva, l'evolversi del sistema della responsabilità medica, connesso all'emersione di nuovi rischi sanitari e di nuovi danni alla persona, ha accresciuto il bisogno

¹ Per una ricognizione delle novità legislative e giurisprudenziali, anche alla luce della forte relazione esistente, allo stato attuale, tra il diritto della responsabilità medico-sanitaria e il diritto delle assicurazioni operante in tale ramo, cfr. M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2015, p. 1321 ss.

di sicurezza, sia a livello individuale che sociale. Ne deriva che il sistema assicurativo di responsabilità civile si sarebbe limitato a presidiare perimetri assai più contenuti se non vi fosse stato, quale presupposto, una responsabilità civile per la quale si chiede una copertura assicurativa².

Ai fini di una corretta impostazione della materia, è necessario identificare il concetto di interesse al risarcimento del danno, in materia di responsabilità civile, e la nozione di interesse quale presupposto di legittimità nelle assicurazioni contro i danni. Sul piano dell'inquadramento delle fattispecie esistono profonde differenze fra l'ipotesi di assunzione convenzionale del rischio, tipica del contratto di assicurazione, rispetto alla funzione assolta dalla responsabilità civile, in cui il risarcimento del danno costituisce l'oggetto della prestazione qualificante la causa del rapporto contrattuale.

Sotto il profilo strutturale, tuttavia, costituisce un elemento comune ad ambedue le fattispecie, la situazione di soggezione cui sono sottoposti l'assicuratore, al verificarsi dell'evento dedotto in contratto, e il danneggiante, in seguito all'accertamento della responsabilità, da cui deriva l'obbligazione risarcitoria³.

Alla luce dell'emersione di fattori di crisi del sistema della responsabilità medico-sanitaria, resi sempre più evidenti dall'aumento della conflittualità risarcitoria e del rischio di sostenibilità, in termini sociali ed economici, del sistema, è intervenuta la riforma Balduzzi (d.l. n. 158/2012, conv. in l. 189/2012) che, all'art. 3, comma 2, anche in attuazione dell'art. 3, comma 5, lett. e), d.l. n.138/2011, conv. in l. n. 148/2011 e successivo D.P.R. n. 137/2012⁴, ha introdotto l'obbligo assicurativo per gli esercenti le professioni sanitarie⁵. Da

² Per G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 572, «la responsabilità civile mira alla riparazione del danno, presentando, però, sempre un carattere fortemente pretorio, con una sostanziale marginalità degli interventi legislativi. [...] Il perimetro del danno non patrimoniale è, infatti, cresciuto a dismisura negli ultimi anni; e ciò ha reso sempre più difficile il compito di stimare *ex ante* i pregiudizi non patrimoniali risarcibili. Ma non v'è solo la questione dei danni risarcibili: esistono, infatti, problemi collegati all'accertamento dell'*an* della responsabilità, che possono avere forti riflessi sul corretto funzionamento del meccanismo assicurativo».

³ Così, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 182.

⁴ Art. 5 D.P.R. n. 137/2012, «Obbligo di assicurazione»: «1. Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti, idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva. 2. La violazione della disposizione di cui al comma 1 costituisce illecito disciplinare. 3.

ultimo, l'art. 27 d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, ha statuito che il predetto obbligo di garanzia sussiste anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nonché *ex art. 27*, comma 1-bis è esteso altresì alle strutture sanitarie⁶.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 486/2015⁷, ha affermato che l'obbligo di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie non possa ritenersi operante fino a quando non sarà avvenuta la pubblicazione del D.P.R. previsto dall'art. 3 d.l. n. 158/2012, cui è demandata la disciplina delle procedure e dei requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti assicurativi, nonché la determinazione dei casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nei limiti delle risorse del fondo stesso.

Le novità introdotte dalla legge Balduzzi in termini di obbligo assicurativo per i professionisti del settore medico-sanitario e le particolari modalità conformative di tale obbligo sembrano costituire un vero e proprio corpo normativo autonomo, rispetto alla disciplina generale valevole per tutti gli altri professionisti che operano in settori diversi. In tale pro-

Al fine di consentire la negoziazione delle convenzioni collettive di cui al comma 1, l'obbligo di assicurazione di cui al presente articolo acquista efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto».

⁵ M. HAZAN e D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013.

⁶ G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2010, p. 978; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema del doppio binario*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS e G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, pp. 559, spec. 564, ritiene che «segnali, nel senso di una divaricazione delle due responsabilità, provengono anche da altre esperienze dell'Europa continentale accomunate, pur nella diversità delle soluzioni maturare, dall'esigenza di conferire rilievo alla responsabilità della struttura per inefficiente organizzazione dei servizi in modo autonomo dalla responsabilità del singolo medico: in talune esperienze una tale istanza, agevolata dalla configurazione di un doppio ordine di giurisdizione, è stata espressa con la configurazione di una "faute de service", del tutto autonoma dall'accertamento di una condotta colposa del medico». Nel quadro del discorso si innesta il D.l. 90/2014, che ha introdotto l'obbligo di copertura assicurativa a carico delle strutture sanitarie (*ex art. 27*, comma 1-bis), completando il quadro normativo della riforma Balduzzi che, in sede di conversione, aveva stralciato la proposta tesa ad estendere l'assicurazione obbligatoria a carico delle strutture sanitarie. Evidenti sono le ragioni sottese alla scelta normativa, mossa dalla volontà di spostare l'attenzione dal singolo operatore sull'ente che eroga le prestazioni sanitarie. La scelta normativa appare coerente con l'esigenza di protezione del malato, e con la necessità di non lasciare senza risposta le istanze risarcitorie scaturenti dalla lesione del bene salute, affermare la generalità dell'obbligo, senza delimitazioni soggettive. In tal senso, M. HAZAN, *Osservatorio di diritto e pratica della assicurazione*, in *Danno resp.*, 2015, p. 963 ss.; P.G. PONTICELLI, *Responsabilità medica e servizio sanitario*, in *Giur. it.*, 1987, IV, p. 141 ss., che osserva come, fino ad un certo periodo di tempo, il legislatore aveva manifestato un atteggiamento ondivago in ordine alla scelta di rendere obbligatoria o meno l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria per la struttura sanitaria.

⁷ Consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

spettiva, il criterio di specialità della disciplina si fonda sulla particolare natura dell'attività svolta da tale categoria professionale e si prefigge l'obiettivo di garantire l'accesso al mercato assicurativo ai professionisti del settore medico-sanitario⁸.

La scelta normativa di introdurre l'obbligo assicurativo se, da una parte, reca benefici in termini di uniformità, a livello applicativo, della relativa disciplina, dall'altro, solleva alcune perplessità⁹. In particolare, alla luce della prassi invalsa, a livello assicurativo, di introdurre nelle relative polizze sulla responsabilità professionale le c.d. clausole *claims made*, elaborate per adattare il rigido schema negoziale contenuto nell'art. 1917 c.c. alla peculiarità dell'attività professionale del medico, con particolare riferimento alla valutazione dell'elemento del rischio e della durata della garanzia assicurativa, un primo profilo critico riguarda il rischio di un'eccessiva dilatazione, all'esito dell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria in materia sanitaria, di prassi conformative del regolamento negoziale, con significative ricadute in termini di causa del contratto.

Va precisato che, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa, il legislatore ha demandato ad un successivo regolamento, di cui si attende l'emanazione, il compito di individuare le procedure e i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei relativi contratti di assicurazione¹⁰.

⁸ Già discuteva della possibilità di introdurre un meccanismo di assicurazione obbligatoria nel settore della responsabilità medica, G. PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no fault o risk management?*, in *Danno resp.*, 2003, p. 428 ss.

⁹ M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma «Balduzzi»: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 772, segnala i limiti della riforma Balduzzi, mettendo in evidenza come «quello che più immediatamente colpisce l'osservatore è che le difficoltà maggiori nel reperire le coperture assicurative riguardano sì generalmente alcune categorie di professionisti sanitari, ma soprattutto le strutture sanitarie, nei cui confronti invece la legge non prende posizione alcuna. [...] In tale prospettiva, la scelta di fare in modo che ogni professionista abbia una copertura assicurativa per la propria responsabilità professionale, oltre a cambiare il quadro non di molto (i medici sono già assicurati per contratto collettivo dalle proprie aziende sanitarie), salvo che per i casi di colpa grave, ammesso che le modalità scelte dalla legge per garantire la reperibilità sul mercato riescano a dimostrarsi efficaci, risulta anche autoreferenziale nei limiti in cui non si raccorda con l'esistenza della responsabilità delle strutture sanitarie e della relativa assicurazione»; V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. CNN Perlingieri*, Napoli, 2011, p. 325, specifica come sia «auspicabile l'introduzione di un obbligo assicurativo generale con riferimento a tutti i soggetti esercenti l'attività sanitaria anche con riguardo a quanto questi dovrebbero corrispondere a terzi per danni derivanti dalla negligente esecuzione della prestazione medica e paramedica».

¹⁰ M. GAZZARRA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 57, osserva come «il decreto delegato avrebbe dovuto prevedere, tra l'altro, l'istituzione di un fondo di garanzia a beneficio delle categorie più a rischio, l'introduzione di un sistema di bonus-malus per i premi la possibilità di disdetta della polizza da parte della Compagnia solo in caso di reiterazione di una condotta colposa dell'assicurato, accertata con sentenza passata in giudicato. [...] È espressamente ammessa la stipula di una copertura con formula *claims*

Alla luce di tale dato, costituisce un secondo profilo critico l'aver previsto che il contratto di assicurazione di responsabilità professionale sia modellato sulla base di requisiti minimi ed uniformi, alla luce della totale mancanza di indicazioni legali minime circa il suo contenuto¹¹. A tale proposito, è stato osservato come l'obbligo di stipulare una copertura assicurativa della responsabilità professionale, non correlato da elementi prescrittivi circa il contenuto del contratto di assicurazione, può far diminuire il grado di effettività della previsione, in termini di ampliamento del sistema di presidi e di tutele che ne rappresentano la *ratio* sottostante¹².

In tale prospettiva, a fronte dell'introduzione di un regime obbligatorio di assicurazione di responsabilità professionale, è fondamentale che si preveda una disciplina, ancorché minima, del contratto, in grado di assicurare uniformità applicativa e, soprattutto, offrire un'effettiva tutela all'assicurato e ai terzi danneggiati, anche al fine di attenuare il fenomeno della delimitazione convenzionale del rischio assicurato, mediante l'inserimento di clausole *ad hoc*¹³.

Inoltre, alla luce della preferenza adottata dal legislatore di introdurre un obbligo assicurativo a carico degli esercenti una professione sanitaria, non pare scelta adeguatamente meditata quella di non introdurre un obbligo legale a contrarre da parte delle imprese assicurative¹⁴, sulla scorta di quanto già avviene nel settore della responsabilità

made, che deve però obbligatoriamente prevedere una garanzia c.d. pregressa sino alla data di entrata in vigore dell'obbligo assicurativo *ex lege*, nonché, in caso di cessazione dell'attività per qualunque causa, una ultrattività di almeno dieci anni».

¹¹ M. GAZZARRA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1219 ss.; F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della «clausola» claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 1162 ss.

¹² R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, 2^a ed., Milano, 2007, p. 288 s, ove rileva come «il vincolo di obbligatorietà non può che esprimersi in un duplice senso, non solo ordinando la necessaria costituzione di un rapporto assicurativo, ma anche imponendo che esso abbia un determinato contenuto sostanziale».

¹³ Per M. GAZZARRA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 54, «il legislatore, nel prevedere l'obbligatorietà dell'assicurazione, non ha ritenuto sino a questo momento di dettare una disciplina minima (ad esclusione di quanto si dirà appresso con riferimento all'assicurazione della responsabilità sanitaria), anche una disciplina minima del contratto, scelta quanto mai discutibile perché sottrarre alla libera esplicazione dell'autonomia privata almeno alcuni rilevanti profili dell'operazione negoziale avrebbe significato per un verso offrire piena tutela alle ragioni dei terzi danneggiati, dall'altro proteggere il contraente non predisponente dallo strapotere delle compagnie assicurative».

¹⁴ Particolare interesse riveste, in tale prospettiva, una decisione della Corte di Giustizia ove si affronta la questione dell'obbligo di contrarre imposto alle imprese italiane in materia di r.c.a. auto, *ex art. 132 cod. ass.* Tale obbligo trae la sua *ratio* dalla rilevanza sociale che ha assunto il fenomeno della circolazione di veicoli e si

civile automobilistica¹⁵, anche in una prospettiva di corretto funzionamento del meccanismo assicurativo, alla luce del pericolo di una fuga dal mercato assicurativo del ramo della responsabilità professionale¹⁶.

2. *Il contratto di assicurazione di responsabilità civile come species del genus assicurazione contro i danni*

La definizione legislativa contenuta nell'abrogato codice di commercio qualifica l'assicurazione come un contratto con cui l'assicurato si obbliga a risarcire le perdite o i danni che possono derivargli da caso fortuito o forza maggiore (art. 417 cod. comm.)¹⁷. Il codice civile del 1865 annovera tale contratto nella categoria dei contratti aleatori (art. 1102), alla luce del dato secondo cui ogni contratto, considerato isolatamente, reca con sé l'alea del guadagno o della perdita per l'assicuratore¹⁸.

Nel diritto vigente, il contratto di assicurazione è un contratto consensuale, pur se, i suoi effetti giuridici, ai sensi dell'art. 1901 c.c., decorrono dal momento in cui il contraente paga il premio assicurativo. Tale obbligo deve essere adempiuto anche nel caso in cui non vi sia coincidenza fra la persona dell'assicurato ed il contraente, come nell'ipotesi dell'assicurazione per conto altrui¹⁹. Il mancato pagamento del premio assicurativo non

traduce in una previsione volta ad imporre, a carico dell'impresa assicuratrice, due diverse condotte: da un lato, predisporre le condizioni generali di contratto e le tariffe, per ogni rischio derivante dalla circolazione; dall'altro accettare le proposte contrattuali formulate in modo conforme a tali condizioni e tariffe. Il primo di tali obblighi è coesistente al secondo. Esso infatti impone all'assicuratore di dichiarare preventivamente a quali condizioni ed a quali tariffe stipulerà il contratto che gli viene richiesto. Corte Giust. C.E., 28 aprile 2009, causa C-518/06, in *Corr. giur.*, 2010, p. 455 ss., con commento di M. ROSSETTI, *Tanto tuonò che non piove: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*. La medesima sentenza è commentata da M. GAGLIARDI, *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella RC auto: una «ventata» di solidarismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 97 ss.

¹⁵ M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, cit., p. 1324, osserva come, «il nostro ordinamento ha visto, storicamente, crescere l'attenzione per i rischi connessi allo svolgimento dell'attività sanitaria, così come è già successo per i rischi connessi allo svolgimento di attività lavorative (infortuni sul lavoro) e per quelli legati alla circolazione degli autoveicoli».

¹⁶ Non si condividono talune obiezioni mosse da una parte della dottrina, secondo cui l'imposizione di obblighi a contrarre determinerebbe una rarefazione degli elementi di consensualità, in quanto tale scelta si giustifica sulla base di ragioni di interesse pubblico: A. CAGNASSO, G. COTTINO e M. IRRERA, *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, Padova, 2001, p. 170; M. MAGGIOLO, *Appunti sull'obbligo a contrarre nella assicurazione obbligatoria di veicoli a motore e natanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 39 ss.

¹⁷ C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, vol. I, *Le assicurazioni terrestri*, Milano, 1885, p. 41 ss.

¹⁸ C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 43, il quale vede nella conclusione dei contratti da parte delle compagnie di assicurazione una «guida razionale di un calcolo di probabilità».

¹⁹ A. VENDITTI, *L'assicurazione di interesse altrui*, Napoli, 1961, p. 1: «nel sistema del cod. comm. del 1882, l'art. 421, posto fra le «disposizioni generali» sul contratto di assicurazione, costituisce il fondamento testuale della

giustifica, tuttavia, la validità della clausola che legittima l'assicuratore a sospendere la copertura assicurativa, laddove la controparte non rispetti gli obblighi discendenti dal patto di regolazione del premio²⁰. In effetti, il mancato pagamento del premio assicurativo si verifica esclusivamente nel caso in cui non sia stato pagato il premio iniziale (art. 1901, comma 1, c.c.) o successivo (art. 1901, comma 2, c.c.). Inoltre, l'art. 1932, comma 1, c.c. dispone l'impossibilità di derogare il contenuto dell'art. 1901 c.c., se non in senso più favorevole all'assicurato, operando un sostanziale riequilibrio del rapporto tra premio e rischio assicurativo²¹. Dall'obbligo dell'assicurato di corrispondere il premio pattuito, quale prestazione principale del contraente, legata da un vincolo di sinallagmaticità con la controprestazione dell'altra parte, sorgono tutta una serie di obblighi accessori o secondari, distinti rispetto all'obbligo di pagare il premio, in ragione della «loro intima natura giuridica, che impedirebbe di porli in stretto rapporto sinallagmatico con la prestazione dell'assicuratore e che richiamerebbe per essi, non già la qualifica di obbligazioni, ma quella diversa di semplici oneri»²².

Con l'assunzione, da parte dell'assicuratore, dell'obbligo di pagare una somma di denaro al verificarsi dell'evento incerto si realizza, sul piano economico, il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore²³. Ne deriva che l'obbligo di sopportare, in cambio di

distinzione fra assicurazione per conto proprio ed assicurazione per conto altrui: nell'una il titolare dell'interesse assicurato è il soggetto stesso che contrae l'assicurazione in proprio nome, non così nell'altra, identificata dalla alienità dell'interesse assicurato, e della conseguente scissione fra qualità di "contraente" e di "assicurato", le quali anziché confluire nello stesso soggetto, vengono ad appartenere a soggetti diversi.

²⁰ Rilevante, in proposito, Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Guida dir.*, 12, 2007, p. 42 ss.

²¹ Sul punto, cfr. R. CALVO, *Unità del contratto, variabilità del rischio e frazionamento del premio assicurativo*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 774 ss.; approfondisce la questione relativa alla rilevanza assunta dall'equilibrio contrattuale delle prestazioni assicurative, S. GRAZIADIO, *Equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa nelle assicurazioni private*, in *Dir. econ. ass.*, 2012, p. 435 ss., secondo cui, tale principio, è in grado di assumere la valenza e la portata di principio generale, estensibile anche ai contratti associativi, con specifico riferimento alle società e a quelle particolari forme societarie richieste, *ex lege*, per l'esercizio dell'attività assicurativa.

²² «Questi c.d. oneri sono numerosi; essi derivano sia direttamente dalla legge (o legali) che dal contratto (convenzionali) [...]. Il concetto di onere è il risultato [...] di una minuziosa analisi condotta sui concetti fondamentali di rapporto giuridico, diritto soggettivo, dovere ed obbligo giuridico. [...] Il primo (l'obbligo giuridico) quale dovere di condotta imposto a tutela di un interesse altrui, quale *correlatum* ed aspetto passivo di un altrui diritto soggettivo; il secondo (l'onere) quale necessità di osservare un determinato comportamento per conseguire un proprio vantaggio a tale condotta subordinato e pertanto quale dovere di condotta da osservare nell'interesse proprio, quale presupposto (*Voraussetzung*) per raggiungere un effetto utile a sé medesimo» (G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, p. 204).

²³ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 4.

un corrispettivo, definito premio assicurativo²⁴, il rischio assicurato²⁵, incombe sull'impresa assicurativa.

Al fine di individuare la struttura del contratto di assicurazione è necessario richiamare la disciplina codicistica, imperniata sul concetto di rischio e di premio assicurativo²⁶. In tal senso, l'art. 1882 c.c. individua, a carico dell'assicuratore, l'obbligo di rivalere il danno, mediante pagamento di una somma di denaro²⁷. L'assicuratore si trova, dunque, in una situazione di soggezione ad un effetto giuridico eventuale, costituito dal sorgere di un'obbligazione avente ad oggetto l'adempimento di una prestazione materiale, cui si connette un'aspettativa giuridica dell'assicurato²⁸.

Costituisce un requisito necessario del contratto di assicurazione, a pena di nullità, che al momento della conclusione, esista un elemento esterno ad esso, rappresentato dal rischio, a conferma della natura aleatoria di tale contratto. Ne deriva che, in siffatti contratti, l'adempimento della prestazione dell'assicuratore dipende dal verificarsi di un evento fu-

²⁴ «L'assicurazione assolve così una funzione di previdenza, in quanto colui che si assicura, in previsione del sorgere di bisogni futuri, vuole garantirsi la disponibilità dei mezzi, necessari a soddisfare i bisogni stessi. [...] L'assicurazione non ha quindi una funzione di prevenzione, in quanto con essa non si accolla all'assicuratore il compito di impedire che dati sinistri si verifichino o colpiscano il patrimonio dell'assicurato, ma ha invece una funzione di reintegrazione, in quanto l'assicuratore deve intervenire solo *a posteriori*, a sinistro avvenuto, quando cioè il danno non è più eventuale ma attuale, al fine di eliminare, in tutto o in parte, le conseguenze dannose del sinistro, ristabilendo [...] l'equilibrio che il sinistro ha rotto o turbato» (A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, Napoli, 1949, p. 1).

²⁵ Per A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 501 ss. spec. 517, è dubbio «se alla c.d. assunzione del rischio e alla conseguente sicurezza che essa procura all'assicurato debba essere attribuita solamente una valenza psicologica e/o economica oppure la stessa si traduca immediatamente – fin dal momento della conclusione del contratto – in una situazione soggettiva passiva giuridicamente rilevante nella sfera dell'assicuratore e in una situazione giuridica soggettiva attiva nella sfera dell'assicurato».

²⁶ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 7; A. DE GREGORIO e G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 89 s.

²⁷ Per A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 182, è analoga, sotto il profilo strutturale, la posizione di soggezione al verificarsi delle conseguenze dell'evento incerto, che caratterizza l'assicurazione contro i danni e il sistema della responsabilità civile. La situazione giuridica di soggezione, più che di obbligo, come termine passivo nei rapporti aleatori, costituisce il punto di riferimento di una situazione intersubiettiva, «che si pone accanto al tradizionale rapporto rappresentato dal diritto soggettivo e dall'obbligo giuridico» (p. 191).

²⁸ Secondo A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 196, «la soggezione contrattuale si caratterizza come impossibilità giuridica di sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli collegate, attraverso un regolamento negoziale, al verificarsi di un evento indipendente dalla libera volontà del soggetto, che a quelle conseguenze è sottoposto» (p. 187).

turo ed incerto, dedotto nel contratto, con conseguente indeterminatezza, *ex ante*, del risultato economico²⁹.

In particolare, nell'assicurazione contro i danni, la prestazione dell'assicuratore è condizionata dal verificarsi dell'evento incerto. Per effetto della stipulazione del relativo contratto, si determina, dunque, il sorgere di un rischio giuridico o alea contrattuale, che incide sull'*an* e sul *quantum* del rapporto obbligatorio³⁰.

Nel contratto di assicurazione la natura giuridica aleatoria è idonea a realizzare, sul piano economico, la funzione del trasferimento del rischio che si concreta, al verificarsi dell'evento, in quel risultato utile che rappresenta la ragione per la quale l'assicurato ha stipulato la polizza assicurativa³¹. Con la raccolta dei premi si creano delle riserve da parte dell'impresa assicurativa mediante le quali si accantona un patrimonio funzionale a realizzare, in favore dell'assicurato, il diritto alla prestazione indennitaria. Ne deriva che l'interesse sottostante all'operazione assicurativa è, dunque, la neutralizzazione del rischio dedotto in contratto³².

La prestazione assicurativa³³ nei suoi aspetti giuridici, economici e tecnici evoca una nozione di rapporto assicurativo che, pur riferendosi a diversi tipi contrattuali, non preclude *a priori* la possibilità di costruire una teoria giuridica unitaria del contratto di

²⁹ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 81, precisa che «se il riferimento, al fine di discriminare la categoria dei contratti aleatori, all'incertezza del risultato economico contrattuale non è in sé errato, indicando una caratteristica di ordine economico effettivamente in essi riscontrabile, l'utilizzazione, a tale scopo, del concetto di alea normale pone del tutto fuori strada l'interprete. [...] Con il concetto di alea normale del contratto si fa quindi riferimento alla possibilità, in un certo periodo di tempo, di normali variazioni di valore economico delle prestazioni contrattuali. Anche siffatta alea si manifesta, in definitiva, nell'incertezza, per effetto del differimento, del risultato economico complessivo, del reciproco vantaggio o danno economico, riscontrabile pure [...] nei contratti aleatori».

³⁰ G. COTTINO e M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, X, Padova, 2001, p. 72, rilevano come «colui che si assicura, mira soltanto a garantire a sé o ad altri una copertura per il caso che si verifichi un determinato evento, preso in considerazione nella polizza o, se si preferisce, una garanzia».

³¹ «La conclusione circa l'applicabilità al contratto di assicurazione delle norme sui contratti a prestazioni corrispettive – con esclusione peraltro, trattandosi di contratto aleatorio, dell'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448, co. 4°, c.c.) e del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1469 c.c.) – deve conseguire quindi non deduttivamente alla costruzione di una prestazione di assunzione del rischio corrispettiva al pagamento del premio, ma all'analisi della portata delle relative norme (art. 1453 c.c.) ed all'accertamento della compatibilità di esse con le caratteristiche proprie dell'assicurazione» (A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 8).

³² G. SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 175 ss.; più di recente, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

³³ O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009, p. 41 ss.

assicurazione³⁴, anche sulla scorta del dato codicistico (art. 1882 c.c.)³⁵. Tuttavia, il carattere unitario del contratto di assicurazione, non esclude l'esistenza di vari rami assicurativi che, quantunque basati su uno stesso concetto giuridico fondamentale, il trasferimento del rischio dall'assicurato all'impresa assicurativa, sono innegabilmente distinti, ciascuno connotato da proprie peculiarità e, pertanto, soggetti a regole diverse³⁶.

Carattere comune a tutti i contratti di assicurazione è che essi realizzino un bisogno, pur se diverso, nei diversi tipi assicurativi (interessi o indennità e vita)³⁷.

Una parte della dottrina³⁸, ha messo in rilievo il nesso esistente nel contratto di assicurazione tra prospettiva giuridica ed economica³⁹, attraverso la teoria del bisogno patri-

³⁴ G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, p. 62 ss., rileva come «coloro che hanno cercato di definire l'assicurazione con una formula unitaria capace, da un lato, di porne in rilievo le caratteristiche comuni a tutti i suoi vari rami e, dall'altro, di segnarne nettamente i confini con altri rapporti somiglianti e cioè, in breve, con una formula non sola unitaria, ma anche completa ed individuatrice, non hanno saputo sempre distinguere la generale nozione di assicurazione, intesa come una complessa operazione economica tecnica e giuridica, dalla nozione più ristretta e particolare di contratto di assicurazione». L'impostazione tesa ad inquadrare il contratto di assicurazione in un'ottica ricostruttiva unitaria è stata avversata dalla dottrina risalente: per tutti, J. HÉMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1925, p. 22.

³⁵ Contra, G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, Milano, 1973, pp. 70 ss., spec. 75, secondo cui «a considerare le cose più da vicino, ci si accorge che la disciplina unitaria e comune è una realtà assai più formale che sostanziale e che le discordanze fra le assicurazioni danni e le assicurazioni vita si rivelano nette e numerose proprio in seno a queste “disposizioni generali” [...]. Ci preme ora mettere in rilievo come, non soltanto in sede di definizione (art. 1882 cod. civ.), ma anche in sede di tutta la disciplina generale del contratto (artt. 1882-1903 cod. civ.) si rivela la enorme difficoltà di raccogliere e mettere insieme elementi giuridici sufficienti a costruire una nozione unitaria del contratto».

³⁶ Interessanti spunti in G. VALERI *La classificazione dei contratti di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 347 ss.

³⁷ L. MOSSA, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione. Estratto dall'Archivio di studi corporativi*, Pisa, 1931, p. 2.

³⁸ U. GOBBI, *L'assicurazione in generale*, Milano, 1898, p. 34 ss. La teoria del rischio fu sviluppata da Ulisse Gobbi già in uno studio precedente: *Theorie der Versicherung, begründet auf dem Begriff des eventuellen Bedürfnisses*, in *Baumgartnersche Zeitschrift für Versicherungsrecht und Wissenschaft*, vol. II e III, 1896-1897.

³⁹ Offre una lettura approfondita della teoria di Ulisse Gobbi, H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, in *Assicurazioni*, 1979, I, pp. 178 ss., spec. 185: «non col concetto di “danno”, ma col concetto di “bisogno” dominante l'intera teoria economica egli cerca di spiegare l'essenza ed il contenuto di quelle attività economiche che sono alla base dell'assicurazione». Non manca chi ha mosso vivaci critiche alla teoria del bisogno, come A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni. Parte generale*, Napoli, 1949, p. 3 ss., secondo il quale «una teoria che ha avuto ed ha un notevole numero di seguaci, anche autorevoli, è la c.d. teoria del bisogno, la quale, formulata da un economista, il Gobbi, come teoria economica dell'assicurazione, è stata adottata anche come teoria giuridica: ma questa trasposizione non può dirsi accettabile. La definizione dell'assicurazione come quell'operazione avente per scopo la “soddisfazione di un bisogno attuale di sicurezza” oppure di “un bisogno futuro (eventuale)” è definizione giuridicamente inutilizzabile, perché troppo vaga e generica. Invero, ogni negozi giuridico a contenuto patrimoniale è per sua natura rivolto alla soddisfazione di un bisogno (attuale o eventuale) di uno o di entrambi i soggetti, cioè sostanzialmente al “procacciamento di beni, come mezzi per la soddisfazione di un bisogno”: questa destinazione o funzione dell'assicurazione, costituendo elemento comune di tutti i contratti, non può ovviamente essere assunta come elemento specifico e caratteristico (quindi qualificante) di un solo tipo contrattuale».

moniale eventuale⁴⁰, che ruota attorno all'individuazione del rischio quale possibilità di un evento provocatore di un bisogno, che sorge al verificarsi di un evento futuro ed incerto⁴¹.

Il contratto di assicurazione è un contratto aleatorio⁴², in quanto il suo risultato dipende da un avvenimento *incertus an e quando* oppure, nell'assicurazione sulla vita, solo *incertus quando*⁴³.

In tal senso, «tutte le azioni economiche hanno necessariamente come causa ultima determinante la circostanza che sono chiamate a soddisfare un bisogno che esisteva prima di esse»⁴⁴. L'assicurazione, dunque, costituisce sempre un mezzo mediante il quale l'assicurato limita la misura e l'entità delle spese che dovrebbe sostenere per il soddisfacimento di un bisogno eventuale⁴⁵, aumentata dei costi inerenti il meccanismo assicurativo⁴⁶.

⁴⁰ Per la storia di questa dottrina, cfr. J. LINDENBAUM, *Ein Vierteljahrhundert der Bedarfstheorie der Versicherung*, in *Zeitschrift Nationalökonomie*, 1930.

⁴¹ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, II, p. 11; N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, p. 584.

⁴² E.M. PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 249 ss., precisa che «con l'espressione contratto aleatorio, contrapposto a contratto commutativo, si indica una fattispecie contrattuale nella quale una parte assume una obbligazione essendo consapevole, sin dal momento della stipulazione del contratto, della possibilità di non ricevere alcunché a titolo di controprestazione, ovvero di ricevere una prestazione di valore sensibilmente inferiore a quella eseguita». Pone in evidenza la connessione tra contratto di assicurazione e attività d'impresa, G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.; M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 417 ss., sottolinea che «da tesi dell'aleatorietà del contratto ha dalla sua parte la norma tuttora vigente del codice francese; chi l'ha messa in dubbio ha pensato prevalentemente alla traslazione sociale del rischio effettuata con il contratto e realizzata mediante l'attività d'impresa. Proprio per questo non sarebbe pensabile, se non sul piano logico, l'esistenza di un solo contratto, a prescindere dal ramo assicurativo di riferimento; così, non sarebbe pensabile ipotizzare il sinallagma del rapporto, se non nella logica di un attuario ossia con l'impiego di complessi calcoli matematici che consentono di stabilire il *quantum* del singolo premio, che presuppone la socializzazione del rischio resa possibile proprio dall'attività d'impresa».

⁴³ L. BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 469; N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, cit., p. 589; A. GAMBINO, *Assicurazione. Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 7. ID., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 44 ss. In generale sull'alea: R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1029 ss; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, 1960, p. 127 ss; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 24.

⁴⁴ H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 179.

⁴⁵ H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 183.

⁴⁶ H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 187, precisa che «per determinare la probabilità dell'evento che si vuole fronteggiare, si osserva un gran numero di casi nei quali l'evento potrebbe verificarsi e si accerta quanto spesso tale evento può in realtà verificarsi. Quanto più alto è il numero delle osservazioni, tanto più il rapporto fra il numero dei casi nei quali l'evento si è realmente verificato e il numero delle osservazioni si avvicinerà al rapporto corrispondente alla probabilità del verificarsi dell'evento considerato, per cui si può applicare il primo rapporto al posto del secondo. La probabilità così determinata a mezzo di operazioni statistiche può essere applicata soltanto ad un gran numero di casi, i quali sono eguali a quelli osservati».

In termini generali, l'assicurazione contro i danni appartiene alla categoria dei contratti aleatori e tale postulato, pur se non è espressamente qualificato a livello giuridico, è ampiamente riconosciuto sul piano dogmatico⁴⁷.

Nell'assicurazione contro i danni, l'oggetto dell'assicurazione si fonda sull'interesse dell'assicurato al risarcimento, nucleo concettuale attorno a cui si muove la garanzia contrattuale⁴⁸. In tale prospettiva, l'interesse esiste in quanto tale, ma rileva, ai fini del contratto assicurativo, solo quando è minacciato da un rischio⁴⁹. Il rischio non costituisce, dunque, la premessa dell'esistenza dell'interesse, ma la condizione della sua assicurabilità.

Nelle assicurazioni contro i danni, il concetto di rischio è strettamente legato a quello di interesse al risarcimento del danno, nel senso che il rischio consiste nella possibilità della lesione di un interesse e, con specifico richiamo alla previsione di cui all'art. 1904 c.c., alla possibilità di subire un danno⁵⁰. L'art. 1904 c.c., da cui si deduce la natura indennitaria di tale contratto⁵¹, rappresenta la previsione cardine attorno a cui ruota ogni questione sull'interesse nell'assicurazione e, sebbene tale previsione non fa alcun riferimento testuale all'interesse assicurato, postula ai fini della valida costituzione del rapporto contrattuale, l'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno.

Sul piano sistematico, la figura del contratto di assicurazione di responsabilità civile costituisce una *species* del *genus* assicurazione contro i danni. Tale contratto disciplinato, a

⁴⁷ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 57; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit.; A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, p. 260; R. CAPOTOSTI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 16 ss.; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 444.

⁴⁸ Propende per tale inquadramento dogmatico, S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, Pisa, 1935, p. 21, che scrive: «tale teoria, oltreché possedere un preciso fondamento teorico, presenta numerosi vantaggi pratici. Così la possibilità di distinguere a priori, sulla base dell'interesse assicurato, tra più assicurazioni contratte su una stessa cosa, e ciò non solo dal lato concettuale, ma anche dal lato della terminologia, così la maggior chiarezza che, sulla base dell'interesse, acquista il concetto di valore di assicurazione e quello di doppia assicurazione».

⁴⁹ Il concetto di interesse assume, nell'ambito della teoria generale delle assicurazioni, particolare rilievo sia per la corretta costituzione che per il regolare svolgimento del rapporto assicurativo: G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, cit., p. 139.

⁵⁰ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, cit., p. 70, declama che «lo stesso concetto di “risarcimento del danno”, testualmente richiamato nelle citate disposizioni legislative, postula, nella teoria generale del danno e della responsabilità, [...] la nozione di interesse inteso come relazione tra il soggetto ed un bene idoneo alla soddisfazione dei suoi bisogni».

⁵¹ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, I, p. 7 ss.; secondo A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 29. «l'interesse è infatti fuori del rapporto assicurativo, costituendo solo un requisito estrinseco per la giuridica tutela di quel rapporto, per la giuridica validità del contratto».

livello codicistico, dall'art. 1917 c.c. ss., sul piano funzionale⁵², comporta la traslazione del rischio connesso al verificarsi di eventi, futuri ed incerti, che potrebbero produrre effetti dannosi sul patrimonio dall'assicurato⁵³. Carattere peculiare di tale figura contrattuale è quello di soddisfare un bisogno patrimoniale dell'assicurato⁵⁴.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile si basa sul principio indennitario⁵⁵, in ossequio al quale alla prestazione dell'assicuratore, che assume su di sé un rischio dell'assicurato⁵⁶, corrisponde una controprestazione dell'assicurato avente ad oggetto l'obbligo di pagare il premio assicurativo per il periodo pattuito, in base ad un vincolo di sinallagmaticità⁵⁷.

Attualmente, si registra la tendenza a conformare il contenuto dei contratti assicurativi, alle esigenze dell'impresa assicurativa⁵⁸, tale da riflettere la sostanziale posizione

⁵² O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, cit., p. 55, rileva come «il dibattito che segna il passaggio in premessa definito dal “contratto nell’impresa” “all’impresa nel contratto” costituisce una delle migliori testimonianze della “autonomia cognitiva” e del “limite cognitivo” del contratto, frammento quest’ultimo della contrattazione, dell’istituzione del contratto».

⁵³ A. FIORENTINO, *L’assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 12, secondo cui l’oggetto dell’obbligazione assunta dall’assicuratore «consiste nella reintegrazione totale o parziale nel patrimonio dell’assicurato del valore distrutto o danneggiato dal sinistro. [...] In ogni caso, inoltre, una obbligazione eventuale, cioè subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto. Il verificarsi di questo evento, cioè del sinistro, funziona come condizione della obbligazione dell’assicurato. [...] Essendo però condizionale una sola delle obbligazioni non è condizionale il contratto: questo è perfetto ed efficace nel momento nel quale viene concluso, perché solo così si giustifica l’obbligazione dell’assicurato di pagare il premio, anche se il sinistro non si verifica. Il contratto di assicurazione è un contratto con prestazioni corrispettive, il che non è in contrasto con la sua natura aleatoria ma ne costituisce anzi un requisito necessario. Si applica quindi al contratto di assicurazione la norma dell’art. 1460 sulla *exceptio inadimpleti contractus*, che normalmente potrà operare solo a favore dell’assicuratore, il quale potrà rifiutare il pagamento dell’indennizzo, eccedendo il non avvenuto pagamento del premio da parte dell’assicurato».

⁵⁴ A. GAMBINO, *Assicurazione. Contratto di assicurazione: profili generali*, cit., p. 2.

⁵⁵ Nei contratti assicurativi contro i danni, la funzione indennitaria, sebbene con le caratteristiche che meglio rispondono alla natura del rischio assicurato e del danno che si vuole indennizzare, permane (T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario di assicurazione. Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 397).

⁵⁶ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1952, p. 172; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 357.

⁵⁷ A. MAURA, *I contratti della borsa, delle assicurazioni e dei titoli di credito. Il contratto di assicurazione*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche. Clausole specifiche, giurisprudenza di riferimento*, I, Padova, 2010, p. 949 ss.

⁵⁸ In argomento: G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari nel diritto privato italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 114, M. BESSONE, *Contratti di adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 3; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto, usi negoziali e principio di effettività*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 31. Per una riflessione di diritto comparato: E. FERRANTE e R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 695 ss.

di squilibrio esistente fra i contraenti⁵⁹. In tale ottica, è sempre più avvertita l'esigenza di approntare un sistema di presidi e tutele in favore del contraente assicurato⁶⁰.

In termini generali, occorre rilevare che la morfologia dei contratti di assicurazione prevede, sempre, condizioni generali di contratto e che, tali contratti, sono conclusi mediante la predisposizione di moduli e formulari standard. Ne deriva che, in una prospettiva di tutela dell'aderente, la verifica della vessatorietà delle previsioni contenute nelle condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dalle imprese di

⁵⁹ In argomento si innesta il dibattito intervenuto fra due autori che si sono interrogati sull'inquadramento del contratto come accordo, propendendo in favore di due diverse posizioni: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347; *contra*, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. Si veda, in materia, C.M. BIANCA, *Tecniche di formazione del contratto e nuove tutele: alla ricerca di un diritto privato europeo*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea (Messina 4-7 giugno 2002), a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 885 ss., secondo cui «a fronte di queste nuove forme di manifestazione della volontà contrattuale, vi è chi ha annunziato la morte del contratto [...] poiché non vi sarebbe più l'accordo. In realtà non si tratta della morte del contratto ma dell'avvento dei contratti di massa, che non conoscono la vicenda che normalmente precede la conclusione di affari individuali, la trattativa». Sulla formazione del contratto, cfr. A. DI MAJO, *Accordo contrattuale e dintorni*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, p. 567, secondo cui, «a ben riflettere, anche sul piano del contenuto, l'accordo riceve più deroghe che conferme. Il fenomeno che va sotto il nome di "condizioni generali di contratto", disciplinato nel nostro codice agli artt. 1341 e 1342 ed oggi vieppiù potenziato sul versante dei consumatori [...] non può che testimoniare come, con riguardo all'aspetto più propriamente "normativo" del contratto, la conoscenza e/o conoscibilità di quanto "predisposto" da una delle parti è sufficiente al fine della conclusione del contratto. Si è parlato di contratto senza "negoziato individuale". Il contenuto del contratto non è quindi negoziato ma solo "conosciuto" e cioè fatto oggetto di conoscenza».

⁶⁰ Il contratto di assicurazione, come tutti i contratti c.d. di massa, è un contratto per adesione che si conclude mediante accettazione, di una delle parti, dello schema contrattuale predisposto dall'altro contraente: M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, in C.M. BIANCA (a cura di), I, Milano, 1979, p. 155 ss., secondo il quale, «se si osserva l'ambito ed il modo in cui lo strumento delle c.g.c. opera, ci si accorge che esse sono qualcosa di diverso dal contratto inteso come accordo, diretto a regolare un dato assetto di interessi fra soggetti privati dotati di pari (o diversa) forza economica. La c.d. tipizzazione contrattuale, in cui si manifesta e si risolve la tecnica delle c.g.c., rappresenta uno strumento comodo e pratico per risolvere "una volta per tutte", la regolamentazione di una data operazione economica. In altre parole, il contratto *standard* è la conseguenza diretta di una sempre crescente massificazione della società [...]. In altri termini, il riferimento al profilo socio-economico delle contrattazioni standardizzate non è sufficiente a spiegare le ragioni per le quali questo tipo di contrattazione è stato adottato ed è stato utilizzato in così vaste proporzioni»; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 42, pone in evidenza, come, alla luce dello «sviluppo dell'economia e della società capitalistica porta con sé i fenomeni della massificazione e della standardizzazione. Essi incidono fortemente sulla moderna figura del contratto. L'economia e la società di massa inducono bisogni standardizzati. [...] Il fenomeno della standardizzazione implica gli ulteriori fenomeni della predisposizione unilaterale e dell'adesione. I contratti della moderna economia di massa sono unilateralmente predisposti: il testo contrattuale non esce da una trattativa fra l'impresa e il cliente, nella quale questi possa far valere le proprie ragioni e i propri interessi, e in relazione a questi conformare il contratto; bensì viene elaborato dalla stessa impresa interessata, che presenta al cliente un contratto compiutamente confezionato e non modificabile. Per questo i contratti della moderna economia di massa sono contratti "per adesione": il cliente "aderisce" al contratto standard, ovvero lo accetta senza discuterlo o comunque senza riuscire a influenzarne il contenuto»; F. REALMONTE, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, pp. 80 ss., spec. 118.

assicurazione, non può non collegarsi alla previsione contenuta nell'art. 1932 c.c.⁶¹, che sancisce un divieto di *reformatio in pejus* delle clausole negoziali contenute all'art. 1917 c.c., commi 3 e 4, aggiungendo che le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite, di diritto, dalle corrispondenti disposizioni di legge, in virtù del secondo comma della norma di cui all'art. 1932 c.c.

«L'art. 1932, nel complesso, ha emancipato il giudizio di vessatorietà dal mero arbitrio dell'autorità ancorandolo oggettivamente allo squilibrio *inter partes* di diritti ed obblighi che deriva dal raffronto con la norma inderogabile *in pejus*, la cui verifica permette di ritenere fondato il sospetto di abuso della libertà contrattuale a prescindere dalla discussione attorno al significato da assegnare alla clausola generale di buona fede»⁶². La *ratio* sottesa a tale norma, è quella di esercitare una funzione di controllo in caso di uso distorto della libertà contrattuale⁶³. In quest'ordine di idee, dunque, il controllo sul contenuto del contratto si ispira ad una finalità di giustizia protettiva, al fine di favorire la congruità e l'equilibrio del regolamento negoziale⁶⁴.

Occorre rilevare come, in particolare nel settore della responsabilità professionale, si è affermata la prassi di conformare il contratto alle peculiari esigenze dell'assicurato, mediante predisposizione di condizioni speciali di polizza⁶⁵.

⁶¹ R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2012, p. 24, secondo cui, «il freno all'uso unilaterale (ossia al monopolio) delle prerogative contrattuali nella fase costrittiva dell'accordo deriva dalle norme le quali, pur non rispondendo a direttive di ordine pubblico, risultano qualificate dall'impronta assiologica che soddisfa il bisogno di regolare il traffico mercantile nel rispetto del principio della equilibrata distribuzione del rischio economico scaturente dalla libera iniziativa privata»; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania*, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p. 25 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 239.

⁶² R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, cit., p. 19.

⁶³ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 19 ss., spec. 25.

⁶⁴ M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss., spec. p. 49, precisa che, parametrando sulla buona fede il giudizio di vessatorietà, il legislatore comunitario ha inteso sancire il principio secondo il quale non ogni squilibrio, per quanto «significativo», legittima l'intervento ablativo dell'ordinamento, ma solo quello che non si sarebbe prodotto in condizioni di mercato efficiente. In una prospettiva europea, H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 83 ss.

⁶⁵ A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 59, sottolinea che «le parti discutono e fissano di volta in volta solo le "clausole particolari" del contratto (c.d. "condizioni speciali di polizza"), quelle cioè che devono necessariamente essere diverse per ogni contratto, mentre le "clausole generali" [...] non

In tale prospettiva, si pone il problema di valutare il grado di ragionevolezza e di giustificabilità delle eventuali divergenze del contratto concluso mediante condizioni speciali di polizza, emblematico è il meccanismo della clausola *claims made*, rispetto a quello concluso mediante condizioni generali. A nostro avviso, la soluzione potrebbe essere quella di operare un confronto fra il modello legale e quello particolare divisato dalle parti, in termini di compatibilità rispetto alle norme contenute nel codice civile, nonché nel codice delle assicurazioni, specie per quanto concerne il rispetto degli obblighi informativi⁶⁶, al fine evitare il pericolo che si affermino prassi distorsive, specie in un ambito ove esiste una forte connotazione asimmetrica dello scambio contrattuale⁶⁷.

3. *Analisi funzionale ed effettività della tutela del contraente assicurato*

Un tema classico su cui, da tempo, si registra un acceso dibattito a livello dottrinale e giurisprudenziale, anche sulla scorta delle recenti tendenze che fanno leva sulla concezione dinamica dell'autonomia privata, è quello che investe la causa del contratto di assicurazione⁶⁸.

A livello generale, costituisce – da sempre – questione di natura problematica l'individuazione della nozione di causa del contratto.

Una prima impostazione⁶⁹ qualifica la causa come «funzione economico-sociale» del contratto, in linea di continuità con i redattori del codice civile⁷⁰.

possono essere dal contraente aderente, che accettate in blocco». A parte gli effetti, in vario senso vincolanti, che vengono ricondotti alle condizioni generali nel contratto di assicurazione, la valutazione giuridica delle modalità di formazione dell'accordo, non può esaurirsi negli schemi propri delle tecniche di formazione del contratto, ma deve anche tenere conto della conformità di esso ai valori espressi dal nostro sistema giuridico, nei limiti in cui questi possano adeguarsi alla tendenza dell'economia a razionalizzare i suoi strumenti di azione, in seguito alle mutate esigenze economiche e sociali. In tale direzione, S. VICIANI, *Alcune considerazioni sull'art. 1341 c.c. (primo comma): l'ermeneusi del procedimento di formazione dell'accordo contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 263 ss., spec. 264; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 22 ss.

⁶⁶ V. SANGIOVANNI, *Le regole di comportamento di imprese e intermediari assicurativi*, in *Danno resp.*, 2010, pp. 93 ss., spec. 127; A. TENCATI, *L'assicurazione*, in *Tratt. dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, I, *Danni in generale. Integrità fisica e psichica. Criteri di risarcimento*, Padova, 2011, p. 299 ss.

⁶⁷ Così, M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 167.

⁶⁸ A. PALERMO, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, 1969, p. 202; M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, in *Il diritto delle assicurazioni*, I, cit., p. 734.

⁶⁹ E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, *Noviss. Digesto*, III, Torino, 1957, p. 32 ss. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 3^a ed., XV, 2, Torino, 1960, pp. 39 ss., spec. 51.

⁷⁰ La *Relazione* (n. 603) del Ministro della Giustizia al codice civile, a proposito dell'art. 1322 c.c. reca, testualmente: «Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di nuovo

Tale teoria fondata sulla nozione di causa c.d. oggettiva non è stata, tuttavia, esente da critiche, sulla scorta di considerazioni secondo cui, così inteso, il requisito della funzione economico-sociale non sembra essere «susceptibile di applicazioni pratiche che lo distinguano dall'illiceità del contratto»⁷¹, né, tantomeno, sembra idoneo a tutelare, nell'economia dell'affare, gli interessi dei contraenti⁷².

Come è stato notato, «in realtà nessuno tra gli autori che hanno fornito i più rilevanti contributi sull'argomento ha ommesso di considerare che la nozione di causa presenta un duplice profilo di rilievo: sia *in abstracto*, cioè quale funzione economico-sociale dell'operazione posta in essere dalle parti, al fine di valutarne la meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.; sia *in concreto*, cioè quale scopo reale ed effettivo del contratto stipulato dalle parti»⁷³.

La propensione a circoscrivere l'ambito degli interessi rilevanti a quelli che sono caratteristici di un tipo legale o, comunque, *ex art.* 1322 c.c., socialmente apprezzabili, appare

tipo, se il risultato pratico, che i contraenti si propongono con essi di perseguire, sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma secondo); l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte».

⁷¹ Secondo, G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, pp. 199 ss., 203, «la teoria della causa del contratto come funzione economico-sociale è il prodotto più squisito di un certo metodo (insensibile alla storia e al diritto comparato) di nebulose astrazioni e di equivoche generalizzazioni, croce e delizia di una parte notevole dei nostri scienziati del diritto, quelli che, nella storia della *civil law*, si chiamano i «savants»». Per C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 251 ss., spec. 253, tale impostazione, non trova riscontro nella nostra disciplina civilistica, che distingue nettamente i due momenti della liceità della causa e della meritevolezza degli interessi contrattuali. Ma, soprattutto, essa non appare costituzionalmente orientata.

⁷² C. MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, I, p. 323 ss.; ID., *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.*, 1951, p. 323 ss.

⁷³ M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, in *Il diritto delle assicurazioni*, I, Padova, 2011, p. 736, continua, sostenendo che «l'uno e l'altro profilo vanno congiuntamente considerati, con la conseguenza che, così come non potrebbe ritenersi dotato di una causa valida un contratto atipico volto a realizzare un'operazione commerciale non meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento (e quindi per vizio della causa astratta), allo stesso modo non può ritenersi valido un contratto che, pur corrispondendo allo schema legale tipico, in realtà è stato posto in essere dalle parti distorcendo lo strumento contrattuale tipico per ottenere risultati ad esso estranei (e quindi per vizio della causa concreta)».

difficilmente compatibile con il ruolo che, nelle moderne contrattazioni, le parti assegnano al contratto⁷⁴.

In tale prospettiva, sembra essere definitivamente entrata in crisi l'intera costruzione teorica fondata sul concetto di causa, quale funzione economico-sociale del contratto, alla luce della considerazione secondo cui la ragione giustificativa di un contratto non si esaurisce, necessariamente, nella sua funzione tipica⁷⁵.

L'analisi in termini di causa del contratto, non può ritenersi completa se non si richiama il diritto giurisprudenziale che, da circa una decade⁷⁶, iscrive la causa nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, «ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale»⁷⁷.

In tale prospettiva, la causa non si ricollega più al tipo negoziale⁷⁸, ma allo specifico assetto di interessi, in concreto, delineato dai contraenti⁷⁹, nell'ottica di qualificare correttamente il tipo negoziale ed individuare, conseguentemente, la disciplina applicabile⁸⁰.

Allo stato attuale, appare predicabile un'ermeneutica della nozione di causa fondata su una ricostruzione in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a rea-

⁷⁴ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 214 ss., spec. 262.

⁷⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1960, pp. 122 ss., spec. 133, critica la teoria della causa come funzione economico-sociale del contratto, che rende fissa e immutabile la causa per ogni tipo di contratto, almeno per i contratti tipici. Tale teoria, pur nel suo rigore, non riesce a giustificare la regolamentazione legislativa data da una serie di ipotesi di anormalità del contratto.

⁷⁶ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.

⁷⁷ Così, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit. Non priva di critiche è l'applicazione giurisprudenziale del principio della causa concreta, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 957 ss. Alcuni rilievi critici sono posti da M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012.

⁷⁸ Sul legame fra causa del contratto e tipo negoziale: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. Sul tipo negoziale, fondamentale il contributo di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

⁷⁹ Sul concetto di causa e sui profili applicativi, si veda R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416 ss.; A. LANOTTE, *La causa: uno, nessuno, centomila*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 541 ss.

⁸⁰ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 44.

lizzare, da qualificare come funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere⁸¹.

L'inquadramento della nozione di causa da sempre riveste uno degli aspetti più problematici anche nello studio del diritto delle assicurazioni⁸².

Le conseguenze che discendono dalla qualificazione della nozione di causa del contratto di assicurazione, si riflettono in termini di individuazione delle norme applicabili alle singole tipologie contrattuali⁸³, a seconda che le si sussuma nell'assicurazione vita o in quella danni; e che si qualifichi la prestazione dovuta dall'assicuratore in termini di *dare* (pagare l'indennità), ovvero in termini di *facere* (assumere o sopportare il rischio)⁸⁴.

In tale prospettiva affermare l'esistenza di una causa unitaria del contratto di assicurazione, in particolare con riferimento alla diversità della specie di rischi coperti, pone l'interprete dinanzi all'arduo compito di individuare quali sono le norme generali compatibili con la specialità del rapporto.

Rispetto all'assicurazione, la legge pone questa esigenza non solo per le assicurazioni contrattuali, ma anche per le assicurazioni sociali, disponendo che in mancanza di norme speciali, si applicano le disposizioni sulle assicurazioni in generale (art. 1886)⁸⁵.

Il codice civile reca una nozione di contratto di assicurazione dalla quale si desume la qualificazione della causa in termini di assunzione, da parte dell'assicuratore, di un rischio preesistente al contratto⁸⁶, al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dal verifi-

⁸¹ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 44.

⁸² N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, cit., pp. 563 ss., spec. 583.

⁸³ La prassi assicurativa, accogliendo le sollecitazioni del mercato e le necessità sociali, ha generato nuovi prodotti. «Il fatto che tali prodotti siano commercializzati con il nome di contratti di assicurazione, polizze di assicurazione o coperture assicurative, come noto, non risolve il problema della relativa qualificazione tipologica. Tuttavia, è naturale che l'interprete prenda in esame il tipo legale di riferimento come primo elemento di valutazione e di raffronto, fosse anche solo per escluderne la ricorrenza nel caso di specie. Infatti, assai spesso l'attività di ricostruzione della volontà delle parti come espressa nel regolamento negoziale si interseca con quella di qualificazione del tipo, e le due operazioni ermeneutiche, inevitabilmente, finiscono per condizionarsi» (M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 41).

⁸⁴ M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, cit., p. 737.

⁸⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, pp. 133 ss., 258.

⁸⁶ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 172, precisa che «l'assicuratore, in cambio della corresponsione di una somma di denaro, (premio), da parte del contraente, si obbliga a sollevare (tenere indenne; la legge dice con espressione meno corretta "rivalere") l'assicurato dalle perdite, o dai danni, che possono derivargli da determinati sinistri (o casi fortuiti); ovvero a pagare (all'assicurato o a un terzo) una somma di denaro, secondo la durata, o gli eventi della vita di una o più persone. Il che significa, appunto, che l'assicuratore assume sopra di sé (o "copre") un rischio di altri, ossia dell'assicurato».

carsi di un sinistro o di un evento attinente la vita umana, dietro pagamento di un corrispettivo, definito premio, da parte dell'assicurato⁸⁷.

Nello studio dei contratti di assicurazione, la causa assurge ad elemento fondamentale ai fini della classificazione dei contratti⁸⁸. In tale ottica, l'obbligo di risarcire il danno⁸⁹, fa parte dell'elemento causale di talune forme di assicurazione (assicurazione di responsabilità civile), mentre rimane del tutto estraneo all'elemento causale di altre (assicurazione vita)⁹⁰.

L'analisi funzionale del contratto di assicurazione di responsabilità civile, conduce a ritenere che la causa di tale contratto sia relativa al trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore⁹¹, che si traduce nell'obbligo risarcitorio cui soggiace l'assicuratore in luogo dell'assicurato, per effetto della garanzia assicurativa. Anch'esso è un contratto d'indennità, «tuttavia, qui non si tratta di risarcire l'assicurato, bensì di accollarsi l'obbligazione di risarcimento verso un terzo cui egli era esposto, per avergli arrecato danno col fatto proprio. [...] L'assicurazione di responsabilità costituisce eccezione al principio per cui non possono assicurarsi le conseguenze del proprio illecito»⁹².

4. *L'incidenza della clausola claims made nei modelli contrattuali assicurativi del settore medico-sanitario*

Il dibattito sul fondamento e i limiti del contratto di assicurazione della responsabilità civile con meccanismo *claims made* riveste, attualmente, rilievo centrale, almeno per due ordini di considerazioni. Da un lato, in ragione della sostanziale prevalenza di siffatto modello di assicurazione, divenuto ormai paradigma negoziale nel settore della responsabilità professionale; dall'altro, per il rinnovato interesse che tale materia riveste, anche alla luce dell'assicurazione obbligatoria per gli esercenti le professioni sanitarie.

⁸⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 457.

⁸⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 133 ss.; ID., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, p. 1168.

⁸⁹ G. VALERI, *La classificazione dei contratti di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 347 ss, spec. 350.

⁹⁰ G. VALERI, *op. cit.*, p. 350: «tale classificazione ha indiscutibilmente una solida base tecnico-economica ma sotto l'aspetto giuridico, non può dirsi che vada oltre la superficie, che soddisfi necessità sistematiche profonde di danni patrimoniali»; ID., *Natura giuridica delle assicurazioni contro gli accidenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, II, p. 571.

⁹¹ G. LEONE, *Il concetto di danno nel contratto d'assicurazione contro i danni*, in *Ass.*, 1963, I, pp. 492 ss, spec. 495; A. DONATI, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 327.

⁹² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, cit., p. 192.

Il diritto delle assicurazioni si integra con la realtà operativa⁹³, a conferma del forte intreccio esistente tra la teoria generale del diritto delle assicurazioni e la prassi assicurativa.

Emblematica, in tal senso, è la prassi sviluppatasi nell'ambito dell'assicurazione di responsabilità professionale di inserire, nella polizza assicurativa, la clausola *claims made* o a «richiesta fatta»⁹⁴. In particolare, nel settore della responsabilità medica, può accadere che possa trascorrere un considerevole lasso di tempo dal momento in cui si è verificato il danno al momento in cui esso si produce o si manifesta⁹⁵.

Sulla scorta di tale dato, nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale è frequente la predisposizione di clausole c.d. *claims made*, con le quali si deroga allo schema codicistico contenuto all'art. 1917 c.c., modellato sul sistema c.d. *loss occurrence*, che ancora la garanzia assicurativa all'ipotesi di insorgenza del danno nel periodo di efficacia del contratto, vale a dire la copertura assicurativa opera in relazione a tutti i sinistri verificatisi nel periodo di validità del contratto di assicurazione.

Tale clausola, al contrario, introduce un principio in base al quale si circoscrive l'operatività della garanzia assicurativa ai soli sinistri per i quali, nel periodo di vigenza del contratto, il danneggiato promuove un'azione risarcitoria nei confronti dell'assicurato tenuto, contestualmente, a denunciare il sinistro all'assicuratore.

Le ragioni sottese alla scelta di promuovere il meccanismo *claims made* da parte delle imprese assicurative⁹⁶ si fondano sulla certezza, in termini di durata, dell'esposizione al rischio assicurativo, con evidenti ricadute anche in termini di riserve economiche da accan-

⁹³ G. BELLUSSI, *Teoria generale e diritto delle assicurazioni*, Firenze, 1974, p. 35 scrive: «la soluzione topica ci tiene strettamente legati al problema, e quindi alla realtà data dai rapporti economici».

⁹⁴ Per un affresco dell'operatività, nei principali Paesi europei, di tale meccanismo di matrice convenzionale, F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, pp. 799 ss., spec. 824.

⁹⁵ In argomento, L. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza. Modelli e tutele*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 235 ss.

⁹⁶ Secondo M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 89, «gli innegabili vantaggi che il regime *claims made* assicura alle Compagnie assicurative ne hanno garantito la fortuna e consigliato poi l'adozione anche in riferimento ad altri tipi di assicurazione, primo fra tutti l'assicurazione della responsabilità professionale», relativamente ai quali non si riscontrano analoghe difficoltà rispetto a quelle registrate negli Stati Uniti in relazione a danni cagionati da farmaci; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 14.

tonare da parte delle compagnie assicurative, nonché in termini di agevolazioni ai fini del calcolo del premio assicurativo.

A livello di prassi assicurativa, si annoverano diversi tipi di clausole, ma quelle più ricorrenti sono la c.d. *claims made* «pura», in cui l'assicuratore assume l'obbligo di manleva per tutte le richieste risarcitorie formulate e i sinistri denunciati dall'assicurato nel corso di durata della polizza assicurativa, qualunque sia l'epoca in cui sia stato commesso il fatto illecito⁹⁷, e la c.d. *claims made* «mista o impura», che prevede la copertura assicurativa dei sinistri denunciati nel periodo di operatività della polizza, ma verificatisi in un preciso arco temporale limitato, convenzionalmente pattuito che, generalmente, non supera il quinquennio anteriore alla stipula del contratto.

Infine, è stata elaborata, nella prassi assicurativa, un'ipotesi espressamente rivolta ai professionisti che siano in stato di quiescenza o intendano cessare la propria attività lavorativa. In tale prospettiva, per beneficiare degli effetti della polizza assicurativa e conservare la garanzia per il tempo in cui vigeva la clausola *claims made*, anche al fine di evitare «buchi di copertura assicurativa», essi sono tenuti a stipulare una polizza contenente la c.d. clausola di ultrattività (*sunset clause*)⁹⁸.

La legittimità, sul piano pattizio, delle clausole *claims made* solleva numerose questioni sia in termini di validità, sia in termini di causa del contratto⁹⁹.

Da un lato, i giudici di legittimità¹⁰⁰, tendono ad affermarne la validità¹⁰¹, mentre la giurisprudenza di merito è divisa fra un orientamento, minoritario, che ne afferma la validità¹⁰², ed uno, maggioritario, che si esprime in termini di nullità per difetto di causa¹⁰³.

⁹⁷ I. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 2006, p. 600.

⁹⁸ M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 93, sottolinea come «neanche tale ben costosa accortezza elimina del tutto il rischio di restare sprovvisti di garanzia per i sinistri c.d. tardivi. Tale copertura aggiuntiva (c.d. postuma) sarà infatti possibile [...] a condizione che all'atto della stipula il libero professionista non sia a conoscenza di fatti che possano dar luogo a richieste risarcitorie».

⁹⁹ S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.* 2013, p. 701; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 401; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, p. 887.

¹⁰⁰ Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Resp. civ.*, 2005, p. 961, con commento di L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*. La Corte di legittimità esprime censure in termini di vessatorietà della clausola che, dunque, non opererebbe, se priva della doppia sottoscrizione. Conforme, Cass. 22 marzo 2013, n. 7273, ove si è ribadito che la clausola *claims made* «non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico, generalmente lecito ex art. 1322, poiché, del suindicato art. 1917, l'art. 1932 prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – del terzo e del

La giurisprudenza di merito¹⁰⁴, giunge ad affermare la nullità della *claims made*, sulla scorta di argomentazioni fondate sulla contrarietà all'art. 1895 c.c., il quale vieta di assicurare un rischio inesistente, nonché un rischio putativo, quale evento verificatosi anteriormente alla stipula del contratto ma di cui le parti non hanno conoscenza. Secondo altra impostazione giurisprudenziale¹⁰⁵, la nullità deriverebbe, invece, dal contrasto con l'art. 1917, comma 1, c.c., norma primaria e imperativa in materia di contratto di assicurazione. Diverso orientamento di merito propende per la vessatorietà della clausola, esclusivamente nelle ipotesi in cui la clausola non preveda una retroattività illimitata, o almeno decennale, termini di prescrizione dell'azione di tutela contrattuale¹⁰⁶.

quarto comma, ma non anche del primo, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell'assicurazione, di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno, da parte del danneggiato, sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di efficacia cronologica del medesimo».

¹⁰¹ La S. Corte ha riconosciuto, la validità di tale clausola, pur se confinata al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto. Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, è commentata da L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss., nonché da F.A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 803 ss., il quale precisa che «l'interprete che esamini con attenzione il nuovo intervento della suprema Corte sul tema del contratto di assicurazione cd. *claims made*, dopo l'iniziale impressione di una conferma della validità, almeno teorica e generale, di tale schema contrattuale, conformemente ad altre prese di posizione delle suprema Corte, è costretto a ricredersi e a non comprendere se siamo dianzi al prologo di un ripensamento o se, invece, non debba darsi gran peso ad un mero *obiter dictum* e a qualche altra perplessa osservazione che si legge nelle pieghe della motivazione. [...] Ma la decisione si segnala soprattutto per quanto non dice o meglio accenna, lasciando intendere di nutrire dubbi su un meccanismo, il *claims made* appunto, che affida la copertura al momento della richiesta risarcitoria e non dell'accadimento. Nel lanciare il sasso (del dubbio) nascondendo la mano (della precisa indicazione delle ragioni di tale perplessità), la suprema Corte non rinnega se stessa rispetto a quanto poco prima affermato, perché, come visto, la copertura dei sinistri precedenti non è di esclusivo appannaggio dei contratti *claims made* ma è spesso contenuta anche nelle garanzie tipiche di *loss occurrence*, quando contengono anche un'estensione retroattiva».

¹⁰² Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 438, che riconosce la validità assoluta della clausola, prescindendo da qualsiasi censura in termini di vessatorietà, ritenendola espressione del principio dell'autonomia contrattuale, pur nei limiti del vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti; Trib. Napoli, 11 febbraio 2010, in *Ass.*, 2011, p. 131 ss.

¹⁰³ Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711 ss.

¹⁰⁴ Trib. Roma, 1° agosto 2006, n. 16975, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 171 ss., con nota di D. DE STROBEL, *Claim's made e rischio putativo*.

¹⁰⁵ Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss., con nota di I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*.

¹⁰⁶ Trib. Milano, 10 gennaio 2012, in *Resp. civ. prev.*, 2012, con nota di L. BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*.

Di recente, la giurisprudenza¹⁰⁷ conferma il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* in termini di atipicità¹⁰⁸, in linea generale lecito, aggiungendo che tale clausola delimita, esclusivamente, l'oggetto della copertura assicurativa, in quanto individua i sinistri indennizzabili. In tale prospettiva, pare necessario sottoporre ad un vaglio *in concreto* il contratto di assicurazione con clausola *claims made*, al fine di verificare se tale clausola, per il suo specifico atteggiarsi, sia valida o contenga una limitazione della responsabilità a favore dell'assicuratore.

Tale approccio non appare risolutivo¹⁰⁹, atteso che un contratto tipico ben può connotarsi di elementi e clausole convenute pattiziamente, senza che tali elementi siano in grado di far perdere alla operazione negoziale la sua connotazione di contratto tipico. In tal senso, la dottrina afferma che «costituisce un risultato ormai acquisito alla teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato di meritevolezza anche alla singola clausola atipica inserita in un contratto tipico»¹¹⁰.

Assume particolare rilievo problematico la questione diretta ad accertare se tale clausola possa comportare una deviazione incidente sulla causa del contratto, *ex art.* 1917 c.c.¹¹¹.

La giurisprudenza di merito¹¹² ha ritenuto che attraverso il meccanismo del *claims made* si verrebbe a delineare una fattispecie negoziale priva di causa, ai sensi dell'art. 1917, comma 1, c.c., poiché verrebbe a mancare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore. Ne deriva che tale clausola sarebbe idonea ad alterare la struttura del con-

¹⁰⁷ Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, riafferma il principio manifestato con la sentenza n. 5624/2005, teso a configurare la fattispecie relativa alla clausola *claims made* in termini di atipicità.

¹⁰⁸ *Contra*, Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 864, secondo cui non vi sarebbe alcuna deviazione della clausola *claims made* dallo schema tipico previsto dall'art. 1917 c.c., non variando la natura del rischio oggetto del contratto assicurativo e senza il venir meno dell'alea, sussistendo, dunque, tutti i requisiti di tipicità del sistema.

¹⁰⁹ Secondo P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, cit., p. 433, è ben difficile negare che sia qualificabile come atipica la clausola; anche L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss., sostiene che la «semplice non coincidenza del regolamento negoziale con quello legale non sembra sufficiente ad escludere la qualifica del contratto secondo un determinato tipo; un contratto tipico può recepire clausole subordinate aggiunte dalle parti che comportino prestazioni sussidiarie, senza che il dato sia sufficiente a far perdere al negozio la sua connotazione nominata».

¹¹⁰ M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 107.

¹¹¹ L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, nota a Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 153.

¹¹² Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 784 ss., con nota di G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*.

tratto di assicurazione della responsabilità civile, conformato al modello dell'insorgenza del danno, atteso che essa subordina la copertura dei sinistri a condizione che ne venga chiesto il ristoro entro un periodo di tempo determinato coincidente con la vigenza della polizza, decorso il quale cessa ogni obbligo di garanzia assicurativa.

Negli stessi termini, si muove anche la dottrina prevalente¹¹³, secondo cui la clausola *claims made* è affetta da nullità, in quanto vanificherebbe la causa del contratto di assicurazione, individuata, con specifico riferimento all'assicurazione della responsabilità professionale, nel trasferimento, dall'assicuratore all'assicurato, dei rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale¹¹⁴.

Sulla scia del diritto giurisprudenziale che, da circa una decade, iscrive la causa del contratto nella dimensione funzionale concreta, la S. Corte, al fine di accertare la natura di un contratto, apparentemente assicurativo e, conseguentemente, al fine di vagliare la natura vessatoria o meno di una clausola inserita nel contratto, ha statuito che «nel procedere all'identificazione del rapporto contrattuale al fine di individuare la disciplina che lo regola, è necessario effettuare una valutazione in concreto della causa intesa quale composizione degli interessi che le parti, con il contratto posto in essere, intendono perseguire»¹¹⁵. Così, anche in tema di contratto di assicurazione sulla vita¹¹⁶, i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario operare un vaglio in termini di funzione concreta che quel contratto era teso a realizzare, contemperando interessi in gioco¹¹⁷.

Particolare rilievo assume, in materia, il recente intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, secondo cui l'estensione della garanzia assicurativa alla responsabilità dell'assicurato

¹¹³ F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 134.

¹¹⁴ A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, p. 180.

¹¹⁵ Cass. 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, p. 1795 ss.

¹¹⁶ Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448 ss., con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*.

¹¹⁷ Forti critiche a tale lettura sono espresse da V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 971: «Qui davvero la distorsione è forte, e si manifestano i pericoli di un uso poco sorvegliato della categoria. La sentenza si attira almeno due censure. La prima riguarda la giusta collocazione e relazione delle categorie. Qui in gioco non c'è altro, se non un problema di interpretazione del testo di una clausola del contratto. E allora cosa c'entra la causa? Proprio nulla, direi. Perché tirare in ballo la categoria della causa (concreta), che serve a stabilire se il contratto è valido e può stare in piedi, quando il problema è tutt'altro, e cioè scoprire in via ermeneutica, con i criteri legali degli artt. 1362 ss. c.c. [...]. Forse il giudicante non ci ha pensato: ma sovrapporre, come egli fa, l'elemento della causa con l'elemento dell'accordo significa identificare la causa con la volontà, e in definitiva assorbire la prima nella seconda, decretandone la superfluità: che è – come noto – l'essenza del pensiero anticausalista! La seconda censura riguarda i contenuti che la sentenza sembra assegnare alla categoria».

per fatti verificatisi anteriormente alla stipula del contratto di assicurazione «non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato), ne ignoravano l'esistenza, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex artt.* 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte e reticenti. [...] Ne deriva che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato»¹¹⁸. Da ciò discende che il patto *claims made* impuro, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa ad un fattore temporale aggiuntivo, rispetto all'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, è finalizzato ad individuare, rispetto al paradigma designato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili e, dunque, delimita esclusivamente l'oggetto della copertura assicurativa e non la responsabilità.

Tale orientamento è pienamente coerente con la famosa sentenza in materia di causa concreta, specie quando afferma che lo scrutinio di validità della clausola *claims made* deve essere condotto sotto il profilo della meritevolezza, in concreto, degli interessi, con riferimento alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete¹¹⁹.

Ne deriva che, qualsiasi analisi in termini di vessatorietà della clausola *claims made*, costituisce un *posterius* rispetto alla preliminare indagine in termini di liceità del contratto contenente il modello *claims made*, sulla scorta di un vaglio, preliminare, sulla causa concreta del contratto, per verificare se l'assetto di interessi in concreto sia effettivamente meritevole di tutela¹²⁰.

¹¹⁸ Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *www.insexplorer.it*.

¹¹⁹ Evidenti sono i punti di contiguità nelle parole delle Sezioni Unite n. 9140/2006, rispetto a Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, con nota di C. UNGARI TRASATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 184 ss., che iscrive la causa, nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma quale funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, tenda a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica e, a suo modo unica, convenzione negoziale.

¹²⁰ Secondo F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1075, «l'eventuale accertamento dell'assenza di una causa concreta del contratto, oltre a rendere superfluo il giudizio di vessatorietà, pone l'ulteriore problema delle conseguenze, perché è quantomeno

In conclusione può affermarsi la necessità di introdurre un sistema di regole in grado di disciplinare la clausola *claims made*, fino ad oggi esclusivamente demandata al diritto giurisprudenziale, al fine di evitare che, anche alla luce dell'ingresso dell'obbligo assicurativo, possano essere favoriti meccanismi distorsivi dell'autonomia contrattuale, a vantaggio delle compagnie assicurative.

In tal senso, persuasiva appare la scelta compiuta in Francia, che ha previsto un fondamento su base legale della clausola *base réclamation*, introdotta dalla *Loi About*, n. 2002-1577 del 30 dicembre 2002, e, definitivamente consacrata dalla *Loi* n. 2003-76 del 1° agosto 2003, relativa alla *sécurité financière*. In tale prospettiva, l'art. L. 124-5, al. 1°, *Code des assurances*, ai fini dell'operatività della garanzia assicurativa, pone la scelta entro due regimi, quello legato all'avverarsi del fatto dannoso e quello subordinato alla proposizione della richiesta del danneggiato¹²¹.

5. Verso un modello integrato di socializzazione dei rischi sanitari

L'ambito della responsabilità professionale rappresenta, attualmente, un settore assicurativo in continua evoluzione. In particolare, il comparto relativo alle professioni sanitarie è connotato da un forte dinamismo, in ragione del costante aumento dei rischi professionali e dell'elevato livello di conflittualità risarcitoria¹²².

In termini generali può affermarsi che l'area della responsabilità medica è, attualmente, connotata da un sistema di regole, di matrice giurisprudenziale, la cui incidenza è stata così forte da aver costruito un «sottosistema»¹²³ di regole. In tale prospettiva, significativa è la diversa articolazione delle regole probatorie¹²⁴ e l'adozione di criteri di accertamento del nesso causale¹²⁵.

dubbio che si possa affermare la sostituzione di diritto del *claims* con il *loss*, stante anche la natura non imperativa dell'art. 1917, comma 1, c.c.».

¹²¹ H. GROUDEL, *De la difficulté d'élaborer une règle de droit. À propos de la garantie dans le temps en assurance de responsabilité*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris, 2005, p. 161; J. KULLMANN (sous la direction de), *Contrat d'assurance*, Lamy Assurances, Rueil-Malmaison, 2014, p. 518 ss.; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, 2012, p. 1 ss.

¹²² G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, cit., p. 572.

¹²³ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

¹²⁴ L'aumento considerevole del contenzioso nella responsabilità medica è stato, certamente, favorito dall'ingresso, per via giurisprudenziale, di un sistema di regole probatorio, introdotto dal famoso arresto delle Sezioni Unite n. 13533/2001, in *Corr. giur.*, p. 1569 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, nonché in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con nota di

Occorre rilevare come, attualmente, specie nel settore della responsabilità medica, si assiste all'emersione di nuove esigenze e di nuovi rischi sanitari che hanno contribuito, progressivamente, ad individuare una nuova funzione assolta dal modello assicurativo, tendente sempre più a rispondere ad istanze solidaristiche e di sicurezza sociale. Tale stato di cose, inevitabilmente, si riflette sul corretto funzionamento del meccanismo assicurativo nonché in termini di aumento dei relativi costi del settore della responsabilità professionale¹²⁶.

Il problema dei costi assicurativi è stato rilevato anche dai giudici della Consulta che, in una pronuncia in tema di legittimità costituzionale sull'art. 139 cod. ass., hanno osservato come, in un sistema di assicurazione obbligatoria, come quello introdotto nel settore della responsabilità sanitaria, «d'interesse risarcitorio del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi»¹²⁷.

La scelta di introdurre l'obbligo assicurativo per gli esercenti le professioni sanitarie è maturata, dunque, in un contesto istituzionale e politico che attribuisce un forte peso ad alcuni bisogni ed esigenze, fra cui quello di garantire, attraverso il meccanismo assicurativo, una funzione di sicurezza individuale e sociale¹²⁸. In tale ottica, la scelta di rendere obbliga-

U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; nonché, *ex multis*, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss. In tema di obbligazione di fare, si è fondato il principio in base al quale il creditore che agisca per la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno o l'adempimento deve soltanto dimostrare la fonte (legale o negoziale) del suo diritto, limitandosi alla sola allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere di provare l'adempimento. Nell'area medica, le Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577 in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, hanno fissato il principio in ossequio al quale, «l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danni lamentato».

¹²⁵ Sul criterio di accertamento del nesso causale, da ultimo, Cass., 20 febbraio 2015, n. 3390, in *www.insexplorer.it*, ha ribadito l'utilizzo del criterio della preponderanza dell'evidenza, altrimenti definito anche «del più probabile che non», criterio che implica una valutazione dell'idoneità della condotta del sanitario a cagionare il danno lamentato dal paziente che deve essere correlata alle condizioni del medesimo, nella loro irripetibile singolarità. In dottrina, in termini di prova del nesso causale, è stato affermato come, nel settore della responsabilità medica, si sia giunti ad una «presunzione del nesso di causa»: così, G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, nota a Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno resp.*, 2014, p. 33 ss.; L. BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 322 ss.

¹²⁶ M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 19.

¹²⁷ Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

¹²⁸ M. MINIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Dir. econ. ass.*, 2001, p. 1005 ss., precisa che «l'assicurazione della responsabilità civile delle aziende sanitarie ed ospedaliere e dei medici,

torio il meccanismo assicurativo può costituire un fattore virtuoso in grado di correggere l'andamento negativo dell'assicurazione di responsabilità civile dell'area medica¹²⁹.

Come giustamente rilevato, tuttavia, sarebbe un falso postulato «che si dia sovente per presupposto (anche a livello implicito) la possibilità di ripararsi da qualsiasi forma di responsabilità civile mediante una copertura assicurativa in una sorta di “immunizzazione” dalle difficoltà tecnico-giuridiche e tecnico-organizzative»¹³⁰.

Lo strumento assicurativo rappresenta il mezzo mediante il quale si realizza una funzione di socializzazione dei rischi¹³¹, attraverso un accorgimento, di carattere tecnico, consistente nell'assunzione, da parte dell'impresa assicurativa, di una pluralità di rischi, la cui concentrazione permette di prevederne, secondo leggi statistiche, la verifica, sostituendo ad un rischio incerto la previsione dell'accadimento di una determinata percentuale di sinistri. La diffusa presenza dei rischi nel mercato è constatazione evidente, il cui costo ricade su un soggetto (assicuratore) che lo sopporta. In tale prospettiva, al fine di predisporre gli strumenti idonei a garantire la solvibilità del soggetto obbligato, l'impresa assicurativa è tenuta ad accantonare le risorse economiche per la realizzazione di un fondo, costituito dall'insieme dei premi raccolti che, per propria natura, si modula secondo le obbligazioni assunte dall'impresa.

La funzione posta alla base dello scambio dei rischi nel contratto di assicurazione¹³² presenta varie ragioni di utilità, individuale e sociale¹³³. Ne deriva che la finalità economica sottesa all'operazione assicurativa è strettamente connessa alla funzione sociale che si

avendo riguardo all'esercizio dell'attività assicurativa, è ricompresa nel ramo delle assicurazioni danni individuato dalla legge come “r.c. generale”».

¹²⁹ A. D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, p. 539 ss., rileva come «la rivisitazione di tali postulati alla luce delle analisi potrebbe aprire orizzonti di indagine, (di per sé interessanti) nell'ottica del gemellaggio RC-Assicurazione. Si allude, in particolare, alla visione di un'americanizzazione del sistema della responsabilità civile la quale inevitabilmente ci condurrebbe alla ricerca di un criterio per distribuire il rischio».

¹³⁰ Così, A. D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, cit., p. 539 ss.

¹³¹ M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 461 ss.

¹³² V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, p. 13.

¹³³ «La prima ragione è costituita dal fatto che se un individuo è esposto ad un rischio e non ama il rischio, trova un altro individuo o organizzazione per i quali la sopportazione del rischio ha un costo minore, disposti ad assumerlo in cambio di un premio in senso ampio, ed entrambi i contraenti a seguito della contrattazione migliorano la loro situazione economica, mentre nessun altro individuo esterno al contratto peggiora la sua situazione economica, la società e il suo complesso trae guadagno» (V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, cit., p. 3).

realizza mediante l'esercizio dell'attività assicurativa¹³⁴, quale strumento teso a favorire un'allocazione del peso risarcitorio su soggetti che operano professionalmente e ritenuti in grado di sostenerlo¹³⁵. La finalità insita nella costituzione del fondo è, dunque, quella di far fronte ad un bisogno di sicurezza, anche mediante la certezza della capienza patrimoniale dell'assicuratore, quale scopo essenziale del contratto di assicurazione¹³⁶.

L'indagine condotta muove dall'analisi del rapporto tra assicurazione e responsabilità civile, alla luce della particolare incidenza, nel settore medico-sanitario del verificarsi di eventi dannosi. Negli ultimi anni si è assistito ad un ricorso massivo al sistema assicurativo, mediante stipula di polizze assicurative di responsabilità civile i cui contenuti sono conformati dalla prassi assicurativa. Paradigmatico è il fenomeno delle clausole *claims made* che possono dare luogo a fenomeni degenerativi, sul piano funzionale, del contratto di assicurazione di responsabilità professionale¹³⁷.

In termini generali, lo sviluppo delle assicurazioni obbligatorie è un fenomeno strettamente connesso alla progressiva oggettivazione del sistema della responsabilità civile e si pone nel solco di una tendenza, già da tempo avvertita in altri modelli giuridici (basti pensare al modello nordamericano legato ad un sistema *no fault*), di allocare il peso risarcitorio sul soggetto più idoneo a sostenerlo. ***

L'assicurazione della responsabilità civile presuppone una matrice sottostante assolutamente indeclinabile, fondata sul legame virtuoso, da sempre esistente, fra assicurazione e responsabilità civile¹³⁸. Appare perciò coerente una riflessione su quali siano gli strumenti e

¹³⁴ Per comprendere meglio tale affermazione, è necessario operare una distinzione tra contratto di assicurazione e mezzo, l'impresa, attraverso il quale si realizzano gli effetti del contratto, R. CAPOSTOSTI, *Note in tema di qualificazione del contratto di assicurazione*, in P. CORRIAS e G. RACUGNO (a cura di), *Prestazioni di facere e contratto di assicurazione*, in *Quaderni giur. comm.*, Milano, 2013, p. 79 ss. In tema, si vedano anche le riflessioni di A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 160.

¹³⁵ V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, cit., p. 12.

¹³⁶ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., p. 339.

¹³⁷ «Il che vale soprattutto nell'assicurazione della responsabilità civile (*third party insurance*) ancor più che nell'assicurazione contro gli infortuni (*first party insurance*). [...] I nuovi compiti della responsabilità civile, inaugurati dagli studi pionieristici di Calabresi e Posner, trovano, dunque, nel meccanismo assicurativo il loro logico completamento. Infine, la crescita della responsabilità, e la nascita di nuovi criteri di imputazione della responsabilità diversi ed alternativi rispetto alla colpa, sono stati sempre accompagnati, infatti, dal meccanismo assicurativo» (G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, cit., p. 571 ss.).

¹³⁸ R. PARDOLESI, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea tra discipline nazionali ed armonizzazione comunitaria*, in *Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 422, sottolinea che «se funzione precipua dell'assicurazione è garantire la compensazione, allora dovremmo ripensare le

i meccanismi in grado, effettivamente, di garantire una tutela alle vittime di errori medici. Le modalità prescelte, sul piano normativo, per garantire l'obbligo assicurativo si muovono intorno ad alcune direttrici fondamentali.

La prima, riguarda la costituzione di un fondo di garanzia diretto a fornire un'adeguata copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Tale fondo¹³⁹ è finalizzato a consentire un effettivo accesso alle coperture assicurative a prezzi sostenibili ed accessibili¹⁴⁰. In tal senso, evidenti sono le divergenze rispetto ai fondi di garanzia operanti nel settore della circolazione dei veicoli *ex* l. n. 990/1969, ove tale fondo interviene nell'ipotesi di danno cagionato da veicolo non assicurato, da veicolo anonimo o in caso di liquidazione coatta amministrativa della compagnia assicurativa nonché quello inerente l'attività venatoria¹⁴¹.

Inoltre, appare discutibile la disciplina relativa alle modalità di finanziamento del fondo, in parte costituite con il contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta e, in parte, con l'ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio.

finalità della responsabilità civile che, dagli anni '70 in poi, abbiamo focalizzato sul ristoro di tutti i costi, ossia sull'allargamento dell'area del danno risarcibile» (p. 424).

¹³⁹ In argomento, anche al fine di rilevare i limiti di operatività dei fondi di garanzia, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 659, secondo cui «il proliferare di fondi di garanzia, volti a estendere l'area di riparazione dei danni che rimangono sforniti di tutela assicurativa, cerca di correggere la struttura decisamente imperfetta dell'assicurazione di responsabilità, testimoniando l'aspirazione del sistema italiano a risarcire incondizionatamente le lesioni dell'integrità psicofisica anche mediante la previsione di meccanismi di sicurezza sociale. I fondi per le vittime della strada o della caccia, che hanno lo scopo di indennizzare i danni provocati a terzi da soggetti non assicurati (presso un ente solvibile) o non identificati, ribadiscono la funzione solidaristica di tali strumenti e compravano le profonde interazioni esistenti tra la struttura dell'illecito e il momento assicurativo. [...] I fondi di garanzia, pur contribuendo a rappresentare un esempio di modello misto che tende a combinare strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale, hanno dimostrato di funzionare male e non sembrano idonei a realizzare in modo efficiente quelle finalità di solidarietà sociale che invece avrebbero dovuto assolvere».

¹⁴⁰ M. HAZAN e D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., p. 49, osservano come il fondo di garanzia in Italia è, evidentemente, «destinato a svolgere funzioni prossime a quelle riservate in Francia al *Bureaux de Tarification*. Ma è soprattutto da un punto di vista ben più sostanziale che la nuova norma sembra aver voluto ripristinare la funzionalità di un mercato connotato dalla difficile sostenibilità dei rischi sanitari [...] con una rimodulazione generale degli assetti, penali e civili – della responsabilità sanitaria, riportandola ad un regime tale da diminuire i costi della stessa complessivamente indotti dal sistema».

¹⁴¹ G. PONZANELLI, *Caccia e circolazione stradale: Corte costituzionale, identità di disciplina e legislatore «distratto»*, nota a Corte Cost. n. 470/2000, in *Danno resp.*, 2001, p. 369 ss.

Altro profilo critico riguarda l'aver previsto che i contratti di assicurazione della responsabilità professionale medico-sanitaria debbano possedere requisiti legali minimi ed uniformi, predisposti mediante regolamento, allo stato non ancora attuato. Tale disposizione si presta almeno ad un'obiezione, fondata sull'assenza di indicazioni legali minime circa il contenuto del contratto.

Per rafforzare la tutela dell'assicurato vi è chi ha prospettato la possibilità di demandare all'Ivass il potere di conformazione dell'attività negoziale¹⁴², al fine di escludere che nell'assicurazione di responsabilità professionale, specie nei modelli con clausola *claims made*, vi possano essere ingiuste limitazioni di garanzia a danno dell'assicurato¹⁴³.

Tale processo di eterodeterminazione del contenuto del contratto non è, peraltro, un fenomeno nuovo. Basti pensare alla disciplina dei modelli contrattuali nel settore bancario (*ex art. 117, comma 8, TUB*)¹⁴⁴, nel quale si è assistito ad un affidamento, da parte del legislatore, all'organo di vigilanza, del potere di conformazione dell'attività negoziale, dettata da «finalità di “trasparenza” dell'operazione economica, ma realizzata tramite lo strumento della tipizzazione e della complementare descrizione del contratto»¹⁴⁵.

Ulteriore novità è quella relativa all'introduzione di un sistema di bonus-malus per i premi, in relazione al verificarsi o meno di sinistri, nonché quella di subordinare la possibilità, da parte della compagnia assicurativa, di esercitare una disdetta della polizza solo in caso di reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario, accertata con sentenza definitiva.

¹⁴² M. GAZZARRA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1219 ss. F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della «clausola» claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, in *Corr. merito*, 2013, p. 1162 ss.

¹⁴³ F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1076. ID., *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazioni di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 834.

¹⁴⁴ T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. n. 385/1993, aggiornato al d.lgs. n. 72/2016, in www.bancaditalia.it, all'art. 117, comma 8, sotto la rubrica, *Contratti*, dispone: «La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia».

¹⁴⁵ V. CUFFARO, *Descrizione legale e contenuto del contratto*, Milano, 2000, p. 4; in argomento, G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 935; G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 498.

Dall'analisi dell'attuale modello di assicurazione obbligatoria medico-sanitaria, emerge come esso sia improntato alla logica di garantire un'effettiva tutela sia del professionista assicurato sia dei terzi danneggiati, «i quali dovrebbero a rigor di logica costituire i beneficiari ultimi, nella *ratio legis*, della previsione dell'obbligo assicurativo»¹⁴⁶.

La disciplina relativa all'obbligo assicurativo in materia sanitaria, al di là dei profili segnalati, si presta ad un'ulteriore censura fondata sulla mancata previsione di meccanismi di garanzia e di socializzazione dei rischi, che intervengano a proteggere il paziente danneggiato, in ipotesi di danno non imputabile ad errore medico.

In tale prospettiva, particolare interesse suscita la scelta effettuata nel modello giuridico francese, con la *Loi Kouchner* Legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002¹⁴⁷, sui diritti del malato e la qualità del sistema sanitario, che ha previsto l'introduzione di un regime speciale di indennizzo, profondamente innovativo del sistema, che conduce a trasferire sulla collettività il peso della riparazione, in una prospettiva di socializzazione dei rischi sanitari.

Nel modello giuridico francese, da una parte, operano le tradizionali regole di diritto comune che disciplinano la «*responsabilité civile des professionnels de santé*» fondate sulla colpa, quale criterio generale di imputazione della responsabilità¹⁴⁸, dall'altra, sussiste una regola speciale che riconosce, in favore delle vittime di *accidents médicaux*, la possibilità di ottenere un risarcimento, ricorrendo ad un sistema posto a carico della *solidarité nationale*¹⁴⁹, in caso di «*accident médicale, infection iatrogene, infection nosocomiale*», ove i danni non siano imputabili, secondo le regole del nesso causale, a colpa medica o della struttura sanitaria, e presentino un carattere di apprezzabile gravità.

¹⁴⁶ M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 20, anche se ad una rapida ricognizione delle polizze ad oggi operanti nel settore medico, si rileva che esse mal si accordano con una logica di assicurazione obbligatoria e di tutela del terzo danneggiato, per una molteplicità di ragioni.

¹⁴⁷ J.O. 5 mars 2002, P. MISTRETTA, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critique sur un droit en plein mutation*, in *Sem. jur.*, ed. gén., 2002, I, p. 141 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, in *Dalloz*, 2002, p. 1291; CH. RADE, *La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002*, in *Resp. civ. Ass.*, 2002, p. 7.

¹⁴⁸ P. JOURDAIN, *Le principe de la responsabilité civile*, Paris, 6^e ed., 2003.

¹⁴⁹ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE e R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 14^e ed., 2001.

La logica sottesa a tale scelta normativa si fonda sul principio secondo cui «qualsiasi danno deve trovare adeguata collocazione all'interno del sistema»¹⁵⁰, in una prospettiva tesa a garantire un'effettiva tutela al paziente danneggiato¹⁵¹.

Ne deriva che, anche nel nostro sistema giuridico, alla luce del crescere del rischio sanitario, dovuto a fattori di progresso delle tecniche mediche e chirurgiche, possono sussistere ipotesi di danni non ascrivibili ad errore medico, ma a fattori di rischio intrinseco all'attività diagnostica e terapeutica¹⁵².

In questi termini sarebbe opportuno un ripensamento, in termini di scelte di politica del diritto, specie nel settore medico, ove l'esercizio dell'attività è potenziale fonte di pregiudizi, secondo una prospettiva di un sistema integrato di socializzazione dei rischi e di migliore distribuzione delle perdite¹⁵³, connesso alle tradizionali regole di diritto comune che disciplinano la responsabilità professionale, fondate sulla colpa¹⁵⁴, in linea con le soluzioni normative adottate nel modello giuridico francese¹⁵⁵.

¹⁵⁰ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, Orléans, 2004, p. 465.

¹⁵¹ G. PIGNARRE, *La responsabilità: débat autour d'une polysémie*, in *La responsabilità civile à l'aube du XXI siècle. Bilan et prospectif*, in *Resp. civ. assur.*, 2001, p. 14 ss.

¹⁵² Fondamentali le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 787 ss., secondo cui il fenomeno di oggettivazione della colpa che ha, progressivamente, dilatato i suoi confini, specie in alcuni ambiti (tutela del consumatore, tutela ambientale), è indice dell'esigenza, in materia di responsabilità civile, «di ampliare l'area della responsabilità in favore di esso. Questa linea di tendenza, sul terreno dei criteri di imputazione si traduce nel tendenziale disancoraggio dal principio della colpa che ha caratterizzato ogni momento del graduale spostamento dell'asse della responsabilità civile verso il danneggiato».

¹⁵³ U. NATOLI, F.D. BUSNELLI e A. GALOPPINI, *Responsabilità, assicurazione e solidarietà sociale nel risarcimento dei danni*, in *Ann. dir. comp.*, 1970, p. 56 ss.; M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e «costo sociale» dei sistemi di risarcimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 719 ss.; G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, I, p. 540 ss.

¹⁵⁴ R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, cit., p. 5, osserva come l'interferenza dell'assicurazione sul sistema della responsabilità civile abbia una precisa valenza giuridica: «l'influenza dell'assicurazione sul fenomeno della responsabilità civile non è stato solo di tipo quantitativo, ma anche di tipo qualitativo: essa si è svolta non solo su un piano fattuale, ma anche su un piano giuridico. Deve così essere pienamente condivisa l'affermazione secondo cui, qualora l'attività umana non avesse potuto neutralizzare grazie allo strumento tecnico assicurativo i crescenti rischi della responsabilità patrimoniale, nessun legislatore avrebbe potuto accentuare tanto intensamente la tutela del danneggiato assecondando in tal modo lo sviluppo economico della moderna società di massa».

¹⁵⁵ L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'alternativa francese a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2012, pp. 449 ss., spec. 454, mette in evidenza come il modello francese disegna «un sistema che non fornisce più un'unica risposta istituzionale (la responsabilità civile) al problema del danno alla persona in sanità, ma una pluralità di risposte fra loro combinate: in caso di colpa del medico, il paziente può convenire in giudizio il medesimo per ottenere il pieno ristoro dei danni sofferti; in caso di assenza di colpa il paziente può ottenere dal sistema della solidarietà nazionale un ristoro (sebbene parziale) del danno sofferto».

Camerino, luglio 2016.

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2016

CONTRIBUTI DI:

ANNA DEL FANTE

Professore aggregato di Diritto di famiglia presso l'Università degli studi di Camerino.

annamaria.delfante@unicam.it

MARIA PAOLA MANTOVANI

Assegnista di ricerca di Diritto privato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali dell'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

mpmantovani@libero.it